

SUMMA DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

BIENES

SERVICIOS

OBRAS

JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL
EN CONTRATACIONES DEL ESTADO

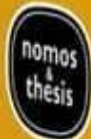
DELITOS
EN MATERIA DE CONTRATACIONES

Cecilia Ruiz Morales

Prólogo de
Ricardo Salazar Chávez

2019

Totalmente
actualizada



SUMMA DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

BIENES • SERVICIOS • OBRAS • CONSTITUCIONAL • DELITOS

Toda la jurisprudencia sobre contrataciones del Estado vinculante,
relevante y actual en un solo volumen

Cecilia Ruiz Morales

Abogada especialista en Contrataciones del Estado

Prólogo de

Ricardo Salazar Chávez

Ex Presidente del CONSUCODE
Ex Presidente Ejecutivo del OSCE

Acceso en línea al texto
completo de más de

2300

acuerdos, precedentes,
resoluciones, pronunciamientos,
opiniones y sentencias

Acuerdos de Sala Plena
Precedentes de observancia obligatoria
Jurisprudencia de la Corte Suprema
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional
Directivas vigentes



2019

totalmente
actualizada
conforme al
D. S. 344-2018-EF,
Nuevo Reglamento
de la Ley de
Contrataciones del
Estado



SUMMA DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

BIENES • SERVICIOS • OBRAS • CONSTITUCIONAL • DELITOS

Toda la jurisprudencia sobre contrataciones del Estado vinculante,
relevante y actual en un solo volumen

Cecilia Ruiz Morales

Abogada especialista en Contrataciones del Estado

Prólogo de

Ricardo Salazar Chávez

Ex Presidente del CONSUCODE
Ex Presidente Ejecutivo del OSCE

Acceso en línea al texto
completo de más de

2300

acuerdos, precedentes,
resoluciones, pronunciamientos,
opiniones y sentencias

Acuerdos de Sala Plena
Precedentes de observancia obligatoria
Jurisprudencia de la Corte Suprema
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional
Directivas vigentes

2019

Totalmente actualizada
conforme al TUO de la
Ley de Contrataciones
del Estado,
D. S. 082-2019-EF,
y a su Nuevo Reglamento,
D. S. 344-2018-EF



SUMMA DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

AUTORA: Cecilia Ruiz Morales

© **Editorial Nomos & Thesis, 2019**

SERIE: SUMMA, 5

PRÓLOGO

Ricardo Salazar Chávez

COLABORADORES

Gerardo Kong Curaca, Lisbeth Escudero Del Pezo, Yoel Lobato Gálvez, Antony Navarro Montoya, Adriana Rojas Alvarado, Eduardo Castro Arroyo y Maricruz Vargas Leandro

ASISTENTE EDITORIAL

Jasmín Guillén Arévalo

EDITOR JEFE

Carlos Atocsa García

Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L.

Av. Brasil N.º 3068, Of. 1101, Magdalena del Mar, Lima - Perú

Ventas: 5553380 / 979768775 / 940162462 / info@nomos.pe / www.nomos.pe

RUC: 20509431273

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Glenn Montoya Velasco

Primera edición: abril de 2019

Tiraje: 1500 ejemplares

Impreso por Ático Editores E.I.R.L.

Av. Brasil N.º 3068, Of. 1108, Magdalena del Mar, Lima - Perú

Teléfono: 4600359 / Mail: editorial.atico@gmail.com

Marzo de 2019

ISBN: 978-612-47405-0-7

Registro de Proyecto Editorial N.º 31501201900276

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2019-03639

Publicado en el mes de abril de 2019

DERECHOS RESERVADOS. Prohibida su reproducción parcial o total (D. Leg. 822)

PRÓLOGO

El contrato de la administración pública es el acuerdo de dos o más partes para crear (que es lo más usual), regular, modificar o extinguir un vínculo jurídico de carácter patrimonial, acuerdo en el cual por lo menos una de las partes que lo celebra es una entidad de la Administración Pública.

La definición de contrato público señalada se deriva de la situación por la que cada entidad de la Administración Pública, para el cumplimiento de sus fines, determina, de entre los diversos instrumentos o medios que tiene a su disposición, el que sea más pertinente, siendo uno de ellos la figura del contrato. Sin embargo, este contrato tendrá características especiales, por cuanto en dicha relación entran en contacto una entidad pública con una persona privada o dos entidades públicas, lo cual implica que se vinculan una entidad que ejerce poder (específicamente, función administrativa del Poder, calificando por ello como entidad de la Administración Pública) con una persona privada (sea persona natural o persona jurídica) que ejerce su libertad en el ámbito contractual (en este caso acotada, pues si bien es absolutamente libre para decidir si contrata con la entidad pública, en caso decida hacerlo, debe someterse a las reglas de orden público que rigen la formación de los contratos de la Administración Pública) o se vinculan y relacionan dos entidades que ejercen poder (función administrativa del Poder, siendo ambas, por tanto, entidades de la Administración Pública).

Todo ello significa, a su vez, que en cada contrato público se relacionan el interés público (en razón a que las entidades públicas que contratan ejercen poder y éste tiene como finalidad incrementar el valor público, coadyuvando a hacer realidad valores y metas programáticas en favor de la comunidad) con el interés privado (de la persona natural o persona jurídica privada que contrata); o se relacionan dos aspectos del interés público (cuando son dos entidades públicas las que contratan).

Lo indicado explica que haya sido una opción, para la casi totalidad de los países del mundo, que la contratación pública se rija por principios y normas jurídicas especiales, que integran la rama del Derecho que regula las relaciones en las cuales por lo menos uno de quienes se relacionan ejerce poder (relaciones de poder), como es el Derecho Público; aunque con inevitable presencia de principios y figuras jurídicas provenientes de Derecho Privado o del Derecho Social, que se incorporan -de modo íntegro o en lo que es compatible- dentro del cúmulo de principios y normas que regulan la contratación pública.

Cabe precisar que debido a que el poder ejercido por la entidad pública que contrata, sustantivamente, es función administrativa del Poder, la rama del Derecho específica que corresponde a la contratación pública, es el Derecho Administrativo, con insertos de principios y figuras jurídicas provenientes del Derecho Privado o de Derecho Social, en tanto sean compatibles –íntegra o parcialmente- con los componentes esenciales de la Contratación Pública, todas ellas integradas en una fórmula que vincula Poder con Libertad (cuando contratan una entidad pública con una persona privada) o Poder con Poder (cuando contratan dos entidades públicas), la misma que debe manifestarse en una relación Gana-Gana, dentro de un contexto específico.

Lo señalado da lugar a que se desarrollen principios y normas jurídicas que van configurando una rama específica del Derecho (Derecho Contractual Público), con elementos conceptuales esenciales, pero sujeto a renovación constante, en función a los cambios del entorno dentro del cual se realiza la contratación pública. Una opción clave de los regímenes contractuales públicos es que, en diversos casos -como el peruano-, la respectiva Constitución Política contiene mandatos específicos sobre Contratación Pública, mostrando, con ello, el alto interés que tiene el tema, pues se encuentra dentro de los asuntos que merecen, a criterio del constituyente, ser incorporados dentro de las decisiones de nuestra organización esencial de la comunidad. Es así que, en el caso peruano, diversos artículos constitucionales norman la materia, entre los cuales destaca el 76°, el mismo que establece la obligación de que cuando se disponga de fondos o recursos públicos -para el cumplimiento de finalidades públicas- y se deba recurrir a la figura del contrato, necesariamente se deben celebrar contratos públicos, debiendo seguir, para el efecto, los procedimientos especiales que corresponden, los cuales se agrupan en la categoría genéricamente denominada *procedimiento licitatorio*. La misma norma constitucional prevé la posibilidad de que el régimen tenga algunas excepciones, pero señala claramente una vía principal, la misma que, tomando en consideración el carácter mandatorio de la norma constitucional citada, constituye una norma de orden público y confiere de dicho carácter a las normas legislativas reglamentarias de desarrollo, salvo las excepciones que la legislación indique, tal como lo prevé el mismo artículo constitucional.

Lo mencionado explica que la normativa del régimen contractual público sea aplicación directa en la actividad contractual; es decir, a diferencia de la normativa sobre contratación privada (como la establecida por el Código Civil), que es supletoria a la voluntad de las partes (salvo las escasas disposiciones que deben cumplirse bajo sanción de nulidad), en el caso de la contratación pública, la normativa es de aplicación directa, salvo los limitados casos en que se admite la negociación de las partes (tal el caso de definir el centro arbitral) o en el caso de flexibilidades de procedimiento que prevén márgenes de discrecionalidad en favor del servidor público, pero siempre sujetas al principio esencial de razonabilidad. De ahí que, en caso de incumplimiento de los principios o de la normativa positiva sobre contratación pública, lo efectuado adolece de nulidad de pleno derecho, salvo las excepciones que permiten la subsanación o la aplicación de criterios que permiten la concreción o continuidad de la operación contractual.

Los principios y normas provenientes de las fuentes constitucionales, legislativas y reglamentarias sobre contratación pública son complementadas por normas y criterios provenientes de otras fuentes, como son la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, jurisprudencia del Poder Judicial, pronunciamientos arbitrales, precedentes administrativos emitidos por órganos como el Tribunal de Contrataciones del Estado, pronunciamientos vinculantes de entidades como el OSCE, así como las fuentes doctrinarias. Todo ello constituye el régimen contractual público y que debe guiar, tanto la gestión contractual, como el comportamiento de los actores públicos y privados que participan en esta actividad.

La contratación pública se realiza en tres fases, como son la Fase Preparatoria, la Fase de Selección y la Fase de Ejecución Contractual, cada una de las cuales contiene un conjunto de actuaciones mínimas, a las que se agregan otras actuaciones, según sea la complejidad, monto económico u otros factores comprometidos en la contratación. La Fase Preparatoria y la Fase de Selección integran el denominado Procedimiento Licitario, cuyo punto culminante es el perfeccionamiento del contrato. Conforme a la actual legislación de contratación pública sobre bienes, servicios y obras, son modalidades de procedimiento licitatorio, la Licitación Pública, el Concurso Público, la Adjudicación Simplificada, la Selección de Consultores Individuales, la Comparación de Precios, la Subasta Inversa Electrónica, el Acuerdo Marco, así como la Contratación Directa, debiendo precisar que dichas modalidades han tenido variaciones y es probable que lo sigan teniendo, según lo indiquen las circunstancias para el mejoramiento del Sistema Contractual Público. Culminado el Procedimiento Licitario, se abre la Fase de Ejecución, que termina con la liquidación o actuación equivalente.

El Método Clásico respeta los componentes del Procedimiento Licitario, aunque su desarrollo es de manera concentrada, pues, la entidad contratante conduce todo el procedimiento. Dicho método combina actuaciones íntegramente regladas y actuaciones con margen discrecional para la toma de decisiones (estas incrementan el riesgo, pues, en caso de conflicto, se discute usualmente sobre aspectos en que se aplicó margen discrecional). Es un método pertinente para propuestas de contenido técnico disímil.

El Acuerdo Marco respeta los componentes del Procedimiento Licitario, pero asignando unas actuaciones a PERÚ COMPRAS y otras actuaciones a la Entidad contratante. Favorece la reducción de márgenes discretionales y de dispersión de decisiones. Es pertinente para propuestas de contenido técnico similar. Fundamentalmente aplica para bienes y servicios similares, pero es factible utilizarlo para determinados tipos de obras. PERÚ COMPRAS conduce una primera fase (implementación) y las entidades contratantes actúan en la segunda fase (operatividad). A partir de la implementación del Acuerdo Marco, es obligatorio contratar por esta vía.

Las contrataciones vía Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco se realizan por vía electrónica. Hasta menos de 100,000 soles, la entidad contratante hace su requerimiento al sistema electrónico y este le arroja un listado de mejores ofertas, entre las cuales la enti-

dad escoge la más conveniente (Compra Ordinaria). En este caso, la entidad contratante tiene un margen acotado de discrecionalidad para influir en el resultado, por lo que debe guiarse por criterios razonables al ejercer el margen discrecional que la normativa le otorga. Desde 100,000 soles, la entidad contratante hace un requerimiento al sistema y este le arroja la propuesta ganadora (Gran Compra). En este caso, la entidad contratante no tiene margen discrecional para influir en el resultado.

La Subasta Inversa Electrónica respeta los componentes del Procedimiento Licitatorio, pero asignando unas actuaciones a PERÚ COMPRAS y otras actuaciones a la entidad contratante. Favorece la reducción de márgenes discrecionales y de dispersión de decisiones. Es pertinente para propuestas de contenido técnico igual, es decir, aplica a bienes y servicios iguales, respecto de los cuales sólo se debe competir por precio. Formaliza la estandarización de lo naturalmente estándar. PERÚ COMPRAS elabora la ficha del bien o servicio, a partir de lo cual es obligatorio contratar por esta vía. La entidad no decide las características. Los proveedores compiten sólo por precio y se realiza exclusivamente por vía electrónica. Las impugnaciones son prácticamente inexistentes, respecto de la operación. Básicamente las impugnaciones versan sobre aspectos externos a la operación como falsificación de documentos.

Un factor clave es el aprovechamiento de las tecnologías de comunicación e información en la Contratación Pública, pues potencian las condiciones de eficiencia, eficacia y transparencia, además de ser la vía por la que, de manera creciente, transita la contratación pública. A este respecto, el SEACE y los módulos informáticos relacionados a éste, cumplen un rol muy relevante.

Dentro del escenario señalado, se están abriendo paso determinadas estrategias que se aplican con el propósito de incrementar las condiciones de eficiencia y que tienen alto impacto en la transparencia de las contrataciones de bienes y servicios, pudiendo aplicarse a determinados tipos de obras.

La primera consiste en la Homologación, en virtud de la cual, las entidades facultadas para definir políticas nacionales (como los ministerios), determinan características comunes que deben tener determinados bienes o servicios, hecho lo cual, las entidades de todo el Estado se encuentran obligadas a respetar dichas características. Las homologaciones, a su vez, facilitan el desarrollo de los procedimientos clásicos, la subasta inversa electrónica y el acuerdo marco, pues al estandarizar evitan los requerimientos dispares para satisfacer necesidades iguales.

La segunda estrategia consiste en la Compra Corporativa, por la cual dos o más entidades contratan conjuntamente con el propósito de aprovechar los beneficios de la contratación agregada. La normativa prevé que la Compra Corporativa puede ser facultativa u obligatoria.

La tercera estrategia es el Encargo de Contratación, por la cual una entidad le encarga a otra la conducción de actuaciones de contratación, que puede incluir actuaciones

preparatorias y actuaciones de selección, buscando impactar positivamente en las condiciones de eficiencia y oportunidad en la contratación de la entidad encargante.

En el caso de obras, se utiliza básicamente el Método Clásico. Algunos tipos de obras podrían ingresar a Acuerdo Marco o Subasta Inversa Electrónica, pero gran parte de las contrataciones sobre obras sólo pueden efectuarse por el Método Clásico. Sin embargo, recientemente se ha establecido en la Ley la posibilidad del uso de herramientas de modelamiento y simplificación como el BIM (Building Information Modeling, esto es, modelado de información de construcción), con alto impacto probado en la reducción de adicionales, tiempo y costos.

En cambio, tratándose de bienes y servicios, la casi totalidad de ambos puede ser contratada vía Acuerdo Marco o Subasta Inversa Electrónica, favorecidas por las homologaciones, así como por las compras corporativas y los encargos de procedimiento de contratación. Probablemente, ambas herramientas impactan de modo creciente en mejorar las condiciones de eficiencia, oportunidad, ahorro y transparencia.

Como es lógico suponer, y no obstante que la Subasta Inversa Electrónica y el Acuerdo Marco han impactado en la reducción progresiva de situaciones conflictivas, los conflictos se pueden incubar en cualquiera de las fases de la contratación y se manifiestan fundamentalmente en las fases de selección y de ejecución. Al respecto, nuestro régimen de contrataciones sobre bienes, servicios y obras prevé medios como las impugnaciones a bases (observaciones), con una vía expeditiva de carácter administrativo; impugnaciones a la buena pro, sujetas a una vía administrativa; así como impugnaciones a actos de ejecución contractual, que deben actuarse en vías de conciliación y arbitraje.

Cabe indicar que existen dos entidades estatales directamente vinculadas a la actividad contractual pública regida por el TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, como son el OSCE y PERÚ COMPRAS.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE es la entidad de supervisión, de emisión de pronunciamientos vinculantes sobre la conducción de procedimientos contractuales clásicos, de administración del Registro Nacional de Proveedores, de desarrollo y administración del SEACE, de solución de controversias en vía administrativa y conducción de procedimientos administrativos sancionadores (través del Tribunal de Contrataciones del Estado), de administración de arbitrajes y de capacitación.

Por su parte, la Central de Compras Públicas - PERÚ COMPRAS es la entidad que tiene a su cargo el ordenamiento y optimización de las contrataciones del Estado, en materia de Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, Homologación, Listado de Bienes y Servicios Comunes, así como promover la subasta inversa, realizar Compras Corporativas Obligatorias, Compras Corporativas Facultativas y las adquisiciones que le encarguen otras entidades del Estado.

Recientemente, se ha emitido el Decreto Legislativo N° 1439, mediante el cual se desarrolla el Sistema Nacional de Abastecimiento, estableciendo principios, procesos básicos, criterios de modernización, así como reglas para la integración intersistémica e

intrasistémica. La composición organizativa de dicho Sistema comprenderá a la Dirección General de Abastecimiento -órgano por crearse en el Ministerio de Economía y Finanzas- así como por entidades ya existentes como son el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, la Central de Compras Públicas - PERÚ COMPRAS y la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales - SBN. Todas las entidades públicas estarán sujetas al Sistema. En consecuencia, la Contratación Pública, sin perder su identidad, se integrará progresivamente a macroprocesos de abastecimiento.

La globalización plantea diversos retos de estandarización global de principios y prácticas, así como de interacción de sistemas de contrataciones entre países. Temas como la contratación pública para el desarrollo sostenible, aplicación del principio de valor por dinero, el perfeccionamiento de los mecanismos de transparencia y rendición de cuentas, la formación de capacidades tendiente a la profesionalización de la actividad de contratación pública, así como la interoperabilidad de los sistemas de contrataciones, son algunos de los tópicos que ya forman parte de las agendas de integración internacional y que invitan a la participación activa del país.

El conjunto de temas señalados, constituye un escenario que lleva a la permanente generación de criterios jurídicos, técnicos y prácticos, para la gestión cotidiana y la mejora continua de la contratación pública, todos los cuales deben ser organizados, relacionados y sistematizados, a fin de que el operador público o privado, así como quienes tengan interés académico en la materia tengan instrumentos que faciliten su labor. Dentro de ese contexto, el libro *Summa de Contrataciones del Estado*, de Cecilia Ruiz Morales, que tengo el honor de prologar, constituye un aporte oportuno y valioso, por cuanto ordena y presenta, de manera sistematizada, diversa información jurídica proveniente de diferentes fuentes del Derecho, en materia de contratación pública sobre bienes, servicios y obras. En tal sentido, se convierte en un instrumento muy útil para la actividad diaria de gestión y reflexión sobre contratación pública. Considero que su impacto positivo es absolutamente previsible y expreso mi deseo de que la autora esté siempre motivada a realizar entregas adicionales, siempre provechosas.

Lima, marzo de 2019

Ricardo Salazar Chávez

Ex Presidente del CONSUCODE

Ex Presidente Ejecutivo del OSCE

PRESENTACIÓN

Summa de Contrataciones del Estado es un libro de jurisprudencia que sigue en su composición la estructura del nuevo Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado (recientemente aprobado por el Decreto Supremo N.º 082-2019-EF [EP, 13-03-2019]), del nuevo Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (aprobado por el Decreto Supremo N.º 344-2018-EF [EP, 31-12-2018]) y de todas las Directivas vigentes del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE. Abarca toda la jurisprudencia vinculante, relevante y actual en materia de contrataciones del Estado, habida en más de 2300 acuerdos, precedentes, resoluciones, pronunciamientos, opiniones y sentencias.

En esta obra se exponen ordenada y sistemáticamente todos los Acuerdos de Sala Plena del Tribunal de Contrataciones del Estado, los precedentes administrativos de observancia obligatoria del OSCE, los precedentes administrativos de observancia obligatoria del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República, las resoluciones del Tribunal de Contrataciones del Estado y las opiniones y pronunciamientos más importantes y recientes del OSCE. El libro incluye también sendos apartados dedicados a todos los precedentes vinculantes y a la más importante jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional aplicable a las contrataciones del Estado; y a las sentencias más relevantes y recientes de la Corte Suprema sobre delitos cometidos en los procesos de contratación del Estado.

Por su carácter de compendio, *Summa de Contrataciones del Estado* ha seleccionado las resoluciones, pronunciamientos, opiniones y sentencias más importantes, las que más son utilizadas en la práctica, las más citadas por la doctrina y las que han tenido mayor repercusión en esta materia.

Cada una de estas resoluciones aparece con un resumen o sumilla de su contenido principal. Se reproducen íntegramente sus fundamentos más importantes, recogiendo lo esencial de cada una de ellas y se realiza una transcripción escrupulosa del texto original. Asimismo, cada resolución está precedida de un título que describe fielmente el contenido de la sumilla.

Es una obra que será muy importante para especialistas, funcionarios, abogados, profesores universitarios, estudiantes y profesionales relacionados con la compra estatal. Sirve además para estar actualizado en cada una de las materias objeto del libro y para ser utilizada como una herramienta eficaz para la solución de problemas jurídicos concretos, pues recoge con rigor la práctica de nuestros tribunales y del OSCE.

La culminación de este enorme esfuerzo ha sido posible gracias al apoyo de un brillante equipo de colaboradores que me ha acompañado en esta labor. Mi reconocimiento por ello a Gerardo Kong Curaca, Lisbeth Escudero Del Pezo, Yoel Lobato Gálvez, Antony Navarro Montoya, Adriana Rojas Alvarado, Eduardo Castro Arroyo y Maricruz Vargas Leandro.

Mi agradecimiento también al profesor Ricardo Salazar Chávez, por el generoso prólogo que nos hizo llegar, así como a Carlos Atocsa García, director de Nomos & Thesis, por confiar en mí y por la impecable edición de este libro.

Lima, marzo de 2019

Cecilia Ruiz Morales

ABREVIATURAS

art. / arts.	artículo / artículos
Cas.	Casación
CC	Código Civil (Decreto Legislativo N.º 295, de 25-07-1984)
Const.	Constitución Política del Perú
CONSUCODE	Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado
<i>Contrataciones</i>	MORANTE GUERRERO, Luis Eduardo, <i>Contrataciones del Estado</i> , Instituto Pacífico, Lima, 2018.
CP	Código Penal (Decreto Legislativo N.º 635, de 08-04-1991)
CPCConst.	Código Procesal Constitucional (Ley N.º 28237, de 31-05-2004)
D	Directiva
DC	disposición complementaria
DCD	disposición complementaria derogatoria
DCDU	disposición complementaria derogatoria única
DCF	disposición complementaria y final
DCFU	disposición complementaria final única
DCMU	disposición complementaria modificatoria única
DCTF	disposición complementaria, transitoria y final
DD	disposición derogatoria
DDF	disposición derogatoria y final
DDL	Datos de la licitación
DDSF	disposición derogatoria, sustitutoria y final
DF	disposición final
DFTD	disposición final, transitoria y derogatoria
Dir.	Directiva
D. Leg.	Decreto Legislativo

D. Ley / DL	Decreto Ley
DM	disposición modificatoria
DMD	disposición modificatoria y derogatoria
DOP	Dirección de Operaciones del Consucode
D. S.	Decreto Supremo
DSU	Dirección de Supervisión del OSCE
DT	disposición transitoria
DTN	Dirección Técnico Normativa del OSCE
DTU	disposición transitoria única
ed.	edición
EETT	Especificaciones técnicas
EP	Diario oficial El Peruano
<i>et al.</i>	Del latín <i>et alii</i> , que significa “y otros”
Exp.	Expediente
f. / ff.	fundamento / fundamentos
f. j. / ff. jj.	fundamento jurídico / fundamentos jurídicos
GTN	Gerencia Técnico Normativa del Consucode
inc. / incs.	inciso / incisos
Ley	Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N.º 082-2019-EF (EP, 13-03-2019)
Nuevo Reglamento	Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N.º 344-2018-EF (EP, 31-12-2018)
OSCE	Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
p. / pp.	página / páginas
PAC	Plan Anual de Contrataciones
párr. / párrs.	párrafo / párrafos
R. A.	Resolución Administrativa
R. M.	Resolución Ministerial
Res.	Resolución
RTF	Resolución del Tribunal Fiscal
s. / ss.	siguiente / siguientes
S1	Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado
S2	Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado
S3	Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado

S4	Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado
SEACE	Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado
SNIP	Sistema Nacional de Inversión Pública
SU	Sala Única del Tribunal de Contrataciones del Estado
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tribunal de Contrataciones del Estado
TDR	Términos de referencia

PRINCIPALES NORMAS CON JURISPRUDENCIA INCLUIDAS EN LA PRESENTE OBRA

• Constitución Política del Perú.....	21
• Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo N.º 082-2019-EF [EP, 13-03-2019]).....	55
• Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo N.º 344-2018-EF [EP, 31-12-2018]).....	403
• Directivas del OSCE.....	1009
• Código Penal.....	1351

PRIMERA PARTE

**MARCO CONSTITUCIONAL
DE LAS CONTRATACIONES
DEL ESTADO**

TÍTULO I DE LA PERSONA Y DE LA SOCIEDAD

CAPÍTULO I DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

Artículo 2: Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DERECHO A LA IGUALDAD

(INCISO 2)

§ 1. La igualdad ante la ley como principio constitucional. Implicancia (inc. 2). 6. La igualdad ante la ley es un principio constitucional a la vez que un derecho subjetivo que garantiza el trato igual de los iguales y el desigual de los desiguales. En ese sentido, y con el objeto de determinar cuándo se está frente a una medida que implica un trato desigual no válido a la luz de cláusula de la igualdad, la medida diferenciadora no solo debe sustentarse en una base objetiva, sino, además, encontrarse conforme con el test de razonabilidad. Mediante este test se controla si el tratamiento diferenciado está provisto de una justificación. En segundo lugar, si entre la medida adoptada y la finalidad perseguida existe relación. Y, finalmente, determinar si se trata de una medida adecuada y necesaria, esto es, si respeta el principio de proporcionalidad. (Exp. N.º 649-2002-AA/TC, del 20-08-2002 [Web: 05-04-2003 / EP: 05-04-2003], f. j. 6. Texto completo: <bit.ly/2JBDXL5>).

§ 2. Conceptualización de la igualdad (inc. 2). 2. [...] [La] igualdad es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones. Por consiguiente, supone la afirmación *a priori* y apodíctica de la homologación entre todos los seres humanos, por la identidad de naturaleza que el derecho estatal se limita a reconocer y garantizar. [...] (Exp. N.º 018-2003-AI/TC [Caso *Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 27633*], de 26-04-2004 [Web: 04-05-2004 / EP: 07-05-2004], f. j. 2. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2wOdTet>).

§ 3. El principio de igualdad no se encuentra reñido con el reconocimiento legal de la diferencia de trato, en tanto este se sustente en una base objetiva, razonable, racional y proporcional (inc. 2). 4. [...] [La] igualdad es un principio derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones. 5. Como ya lo ha señalado anteriormente este Colegiado en la sentencia recaída en el Exp. N.º 018-2003-AI/TC [§ 2], “[...] el principio de igualdad no se encuentra reñido con el reconocimiento legal de la diferencia de trato, en tanto este se sustente en una base objetiva, razonable, racional y proporcional. El tratamiento jurídico de las personas debe ser igual, salvo en lo atinente a la diferencia de sus “calidades accidentales” y a la naturaleza de las cosas que las vinculan coexistencialmente.” “El principio de igualdad no impide al operador del derecho determinar, entre las personas, distinciones que expresamente obedezcan a las diferencias que las mismas circunstancias prácticas establecen de manera indubitable”. [...] (Exp. N.º 1875-2004-AA/TC, de 05-10-2004, ff. jj. 4 y 5. Texto completo: <bit.ly/2Hlm1aV>).

§ 4. No toda desigualdad constituye una discriminación, ni vulnera el principio de igualdad (inc. 2). 61. [La] igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables. (Exp. N.º 0048-2004-PI/TC [*Acción de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la Ley N.º 28258 - Ley de Regalía Minera*], de 01-04-2005 [Web: 01-04-2005 / EP: 07-04-2005], f. j. 61. Texto completo: <bit.ly/2K6Cahr>).

§ 5. Noción del derecho de igualdad procesal (inc. 2). 5. El derecho de igualdad procesal o de igualdad de armas se deriva de la interpretación sistemática del artículo 2, inciso 2 (igualdad) y del artículo 139, inciso 3 (debido proceso), de la Constitución. En tal sentido, todo proceso, judicial, administrativo o en sede privada, debe garantizar que las partes del proceso detenten las mismas oportunidades de alegar, defenderse o probar, de modo que no se ocasione una desventaja en ninguna de ellas respecto a la otra. Tal exigencia constituye un componente del debido proceso ya que ningún proceso que inobserve dicho imperativo puede reputarse como “debido”. (Exp. N.º 06135-2006-PA/TC, del 19-10-2007, f. j. 5. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2rR4ddu>).

REMISIÓN

§ 6. Sobre el principio de igualdad de trato. Véase la jurisprudencia del inciso b) del artículo 2º de la Ley [§ 115 ss.].

TÍTULO III DEL RÉGIMEN ECONÓMICO

CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 61: Libre competencia

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§ 7. Requisitos que deben estar presentes en la libre competencia. [...] LA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA. El artículo 61 de la Constitución prescribe que “El Estado facilita y vigila la libre competencia”. La libre competencia se define como la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos. Esta facultad económica plantea el libre juego de la oferta y la demanda, y presupone la presencia de los tres requisitos siguientes: a) La autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica. Dicho supuesto no se encuentra afectado por los alcances de la Ley N.º 27633 [Ley que modifica la Ley de promoción temporal del desarrollo productivo nacional]. b) La autodeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etc.). Dicho supuesto tampoco se ve quebrantado por los alcances de la Ley N.º 27633. c) La igualdad de los competidores ante la ley (la no discriminación). Dicho supuesto debe ser necesariamente concordado con el concepto de diferenciación e igualdad real de oportunidades anteriormente expuesto. En consecuencia, también debe desecharse la imputación de violación de los alcances del artículo 61º de la Constitución. [...] (Exp. N.º 018-2003-AI/TC [Caso *Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 27633*], de 26-04-2004 [Web: 04-05-2004 / EP: 07-05-2004]. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2wOdTet>).

§ 8. Límites a la libre competencia. 17. [...] [La] libre competencia aparecería, en principio, como una libertad presuntamente ilimitada en tanto la competencia misma es en esencia un fenómeno de la realidad [...]. Ocurre, sin embargo, que el hecho de que tal fenómeno responda a circunstancias de suyo fácticas no significa tampoco que no existan o no puedan darse desde el Derecho. Dentro de tal contexto, no se trata naturalmente de que el Derecho intervenga con el objeto de alterar las reglas propias del mercado, sino más bien (y en eso reside su intervención) de garantizar que este funcione de la manera más correcta y efectiva y que a su vez ofrezca la garantía de que las propias condiciones de libre competencia que la Constitución presupone, estén siendo realmente cumplidas. Intervenciones en el ámbito de acceso al mercado pueden darse, por ejemplo, cuando el producto o servicio que pueda ser ofertado no se encuentre permitido por la ley. Por el contrario, intervenciones en el ámbito de la autodeterminación dentro del mercado pueden darse, cuando tras la puesta en movimiento de las propias reglas que lo caracterizan, se generen situaciones distorsionantes de la libre competencia, como sucede con los monopolios o las prácticas dominantes. (Exp. N.º 03315-2004-AA/TC, de 17-01-2005 [Web: 16-06-2005], f. j. 17. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2Pw4zoB>).

REMISIÓN

§ 9. Sobre el principio de competencia. Véase la jurisprudencia del inciso e) del artículo 2º de la Ley [§ 153 ss.].

Artículo 62: Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§ 10. **Derecho a la libre contratación. 26.** [...] b) *El derecho a la libre contratación* [...] se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público. Tal derecho garantiza *prima facie*: - Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante. - Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual. [...] (Exp. N.º 0008-2003-AI/TC [Caso *Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 140-2001*], del 11-03-2003 [Web: 12-11-2003], f. j. 26. Texto completo: <bit.ly/2vPuPR8>).

§ 11. **Derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. 3.** [...] d) si bien el artículo 62 de la Constitución establece que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar según las normas vigentes al momento del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo 2, inciso 14, que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. Por consiguiente, y a despecho de lo que pueda suponer una conclusión apresurada, es necesaria una lectura sistemática de la Constitución que, acorde con lo citado, permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no solo por límites explícitos, sino también implícitos; e) *límites explícitos* a la contratación, conforme a la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. *Límites implícitos*, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. Asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de los derechos [...]. (Exp. N.º 2670-2002-AA/TC, de 28-10-2011 [Web: 04-03-2004], f. j. 3. Texto completo: <bit.ly/2JZJyvX>).

§ 12. **Si una empresa no puede contratar con una determinada entidad estatal, pero sí está en condiciones de hacerlo con otras, el respeto a su libertad de contratar está garantizado. 6.** De las pruebas aportadas por la parte demandante fluye que tanto la resolución administrativa cuestionada como otras resoluciones expedidas por diversas salas del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado [...] se derivan de apelaciones interpuestas por [la empresa recurrente] en procesos de selección convocados por EsSalud, de ahí que no se advierta un impedimento para contratar con otras entidades públicas -como se consigna en la demanda-, sino, aparentemente, solo con EsSalud. Esta situación permite afirmar que no existe una afectación concreta al derecho a la libre contratación de [dicha empresa] [...] tal como este Tribunal ha señalado en la STC 0008-2003-AI [§ 10] [...]. Esta libertad de contratar debe respetar, en el caso de la contratación estatal, los principios y normas que regulan todos sus aspectos (procesos de selección, comité especial, bases, etc.). Por ende, si por efecto de dicha

regulación especial [Ley de Contratación y su Reglamento], la empresa [...] no pudo contratar con una determinada entidad estatal, pero sí estaba en condiciones de hacerlo con otras, el respeto a su libertad de contratar está garantizado. Y esto es así porque “La contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones.” (STC 0020-2003-AI, FJ. 11) [§ 36]. 7. Cuando este Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el marco constitucional de las contrataciones estatales, previsto en el artículo 76 de la Carta Magna, ha señalado “La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos.” (STC 0020-2003-AI, FJ. 12) [§ 36]. (Exp. N.º 01442-2008-PA/TC, de 30-06-2010 [Web: 16-08-2010 / EP: 11-12-2010], ff. jj. 6 y 7. Texto completo: <bit.ly/2sM7QIO>).

§ 13. No cualquier transgresión o irregularidad procesal puede ser considerada como una vulneración del derecho constitucional a la libre contratación. Recurrente que alega, entre otras cosas, que el gerente general de una persona jurídica no contaba con facultades específicas para la interposición de recursos impugnativos. 1. [La] empresa recurrente interpone demanda de amparo contra el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, solicitando que se suspendan y anulen los efectos jurídicos de la Resolución N.º 1016-2002-TC-S1, su fecha 13 de diciembre de 2002, y que en consecuencia, se devuelvan efectos jurídicos a la Buena Pro de fecha 24 de setiembre de 2002, por haberse violado los derechos relativos a la libre contratación con el Estado y haberse cometido las siguientes irregularidades en el procedimiento administrativo: a) la entidad emplazada le ha dado la razón al gerente general de una persona jurídica que no contaba con facultades específicas para la interposición de recursos; b) la entidad emplazada ha afirmado que las facturas presentadas por el mencionado gerente corren en el anexo 1 del expediente; sin embargo, la ley obliga a que quien presenta recursos de apelación y de revisión está en la obligación de anexar toda la documentación sustentatoria de la otra parte, no habiéndose dado cumplimiento a ello, puesto que la ahora demandante no recibió completa dicha documentación; e) la entidad emplazada ha aceptado, recibido, proveído y notificado recursos y escritos a un abogado que no se encontraba hábil en el ejercicio de la profesión; y, d) la entidad emplazada le ha dado la razón a la impugnante, excediéndose en sus atribuciones administrativas, suplantando las labores propias del Comité Calificador y del Ministerio de Salud. 2. [De] lo afirmado por la empresa demandante, no se aprecia la afectación del derecho a la libre contratación, puesto que la recurrente ha participado en un proceso de licitación en la que se otorgó la Buena Pro a una empresa; de otro lado, los hechos en los que pretende sustentar su pretensión, están vinculados a normas infraconstitucionales y su aplicación no puede considerarse, *per se*, como un atentado contra derecho constitucional alguno, puesto que ello no ha quedado acreditado en autos. Más aún, y en el supuesto de que pudiera alegarse la afectación del derecho al debido proceso en sede administrativa, debe precisarse que no cualquier transgresión o irregularidad procesal puede ser considerada como una vulneración de dicho derecho, puesto que la parte presuntamente afectada debe acreditar mínimamente cuál garantía procesal constitucional ha sido vulnerada, lo que tampoco ha quedado demostrado en autos. (Exp. N.º 2157-2006-PA/TC, de 04-04-2017 [Web: 10-04-2007], ff. jj. 1 y 2. Texto completo: <bit.ly/2Ms7QjG>).

§ 14. No existe vulneración a la garantía de inmodificabilidad de los términos inicialmente pactados entre las partes, pues estos contratos concluyeron antes de la convocatoria a concurso público. ANTECEDENTES: [Con fecha 20 de mayo de 2004, tres empresas [de turismo] interpusieron demandas de amparo contra el Jefe del Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA) [y otros].

A través de sus demandas, las empresas demandantes solicitaron el cese de las violaciones cometidas contra sus derechos constitucionales a la libertad de contratar, al derecho al trabajo, el derecho de los consumidores y usuarios, el derecho a la inmodificabilidad de los contratos y el derecho al uso de los recursos naturales. En este sentido, solicitan deje sin efecto la Resolución Jefatura [...] que aprueba la convocatoria a Concurso Público para el otorgamiento de concesiones para la prestación de servicios con fines turísticos y recreativos bajo la modalidad de campamentos, en zona del bajo Río Manu, al interior del Parque Nacional del Manu y se conforma un comisión ad hoc para conducir el concurso público. Refieren las empresas demandantes que a través del concurso público en cuestión, se pretende concesionar los campamentos edificados por las empresas demandantes, sin respetar para ello el derecho de preferencia consignado en los contratos suscritos con el Estado] 3. En relación al derecho a la libertad de contratar, [...] obra copia [de los] contrato[s] suscrito[s] [por estas empresas con] el INRENA. La cláusula decimotercera de todos ellos establece lo siguiente “CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: DE LA DURACIÓN. El presente Contrato tendrá vigencia hasta el tres (03) de enero del año 2004, siendo este plazo improrrogable. No hay necesidad de comunicación alguna entre las partes para el fin de la vigencia del presente Contrato...”. En este sentido, los contratos suscritos entre el INRENA y las empresas demandantes concluyeron en enero del 2004, por lo que *a priori* no resulta posible alegar en el presente caso que la Resolución Jefatural [...] que aprueba la convocatoria a Concurso Público para la concesión de los campamentos de las demandantes suponga una modificación de los términos inicialmente pactados entre las empresas demandantes y el INRENA. [...] 5. Asimismo, respecto de la garantía de inmodificabilidad de los contratos que menciona el artículo 62° de la Constitución, este Tribunal ha señalado a través de la STC N.º 003-2004-AI/TC [§ 15] que está referida a la imposibilidad de modificar a través de leyes u otras disposiciones de cualquier clase cualquier término contractual. En este sentido, tampoco existe vulneración alguna de esta garantía en el presente caso, toda vez que, tal y como se desprende de lo establecido en el contrato, el término de los mismos se produjo en enero del año 2004. (Exp. N.º 01183-2008-PA/TC, de 07-10-2009 [Web: 20-10-2009 / EP: 19-11-2009], ff. jj. 3 y 5. Texto completo: <bit.ly/2RHEtjx>).

§ 15. Imposibilidad de modificar a través de leyes u otras disposiciones de cualquier clase (en este caso, de ordenanzas) cualquier término contractual. Municipalidad que deja sin efecto el procedimiento de selección y el otorgamiento de la buena pro a empresa para la gestión de residuos sólidos. 1. El recurrente [...] alega que [...] la Ordenanza [...] expedida por la Municipalidad [...] contravienen el artículo 62° de la Constitución, que protege la libertad de contratar y la inviolabilidad de los contratos ley [...]. Sostiene que dicha Ordenanza es inconstitucional por haber dejado sin efecto el procedimiento de selección en el que participó la empresa [que él representa], producto de lo cual se anuló el otorgamiento de la buena pro y se declararon nulos el Convenio [...] suscrito entre la referida empresa y la Municipalidad para la gestión de residuos sólidos; y el Convenio de Estabilidad Jurídica [...] que amparaba el Convenio de gestión y, por consiguiente, todos los actos administrativos relacionados con el mismo. [...] 12. [...] [Las] ordenanzas municipales, como normas con rango de ley y manifestaciones de la autonomía municipal, no pueden extralimitar sus competencias y/o vulnerar principios constitucionales. Por ello, para este Tribunal queda claro que, estando establecidos en las leyes de la materia -sea la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado o la Ley del Procedimiento Administrativo General- los mecanismos para declarar la nulidad de los procesos de selección o de cualquier acto administrativo, o luego de ello, para invocar la nulidad de los contratos derivados de dichos procesos de selección, es lógico que la ordenanza municipal no puede ni debe ser utilizada para estos fines, puesto que al hacerlo, como en el caso de autos, se estaría vulnerando no sólo el carácter general de la norma sino, además, el artículo 103° de la Constitución, que establece que “ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo”. 13. Al respecto, este Colegiado ha precisado que de una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62° de la Constitución se establece una regla de carácter general, y es que no sólo los términos contractuales contenidos en un contrato-ley, sino que, en general, todo término contractual, “no puede ser modificado por leyes u otras disposiciones de cualquier clase” [STC 0005-2003-AI/TC: Caso Contrato - Ley con Telefónica] [§ 19]. (Exp. N.º 003-

2004-AI/TC, de 23-09-2004 [Web: 12-01-2005 / EP: 17-01-2005], ff. jj. 1, 12 y 13. Texto completo: <bit.ly/2AXCz3R>).

§ 16. Si el contrato expresa la posibilidad de rescindir y resolver, la resolución por parte de la Administración no atenta contra la libertad contractual. 3. Sobre la libertad de contratar, el artículo 62 de la Constitución señala que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato, y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes o disposiciones de cualquier clase, debiendo resolverse los conflictos derivados de la relación contractual a través de la vía arbitral o la judicial, según los mismos mecanismos de protección previstos en el propio contrato o en la ley. **4.** Fluye de los actuados que los hechos materia de la acción de amparo presentan un conflicto de intereses para el cumplimiento del Contrato de Ejecución de Obra, [...] cuyas cláusulas señalan taxativamente los derechos y obligaciones de los contratantes, incluyendo la facultad de rescindir o resolver el contrato, por lo que resulta de aplicación a este caso el artículo 62 de la Carta Política, en armonía con lo legislado sobre el particular en el Código Civil. En consecuencia, no resulta amparable esta acción de garantía, por no haberse vulnerado derecho constitucional alguno, ni tampoco se ha acreditado una amenaza o afectación de derechos fundamentales de la demandante. (Exp. N.º 1177-2000-AA/TC, del 11-07-2002 [Web: 10-12-2002], ff. jj. 3, 4. Texto completo: <bit.ly/2hwxIzy>).

§ 17. Libertad de contrato y cláusulas irrazonables. 3. [...] [La] libertad de contrato garantiza la libre determinación del objeto y las condiciones de la prestación de un servicio, sin embargo, no la de cláusulas irrazonables que terminen anulando un sentido mínimo de justicia y el sentido común. Lo contrario significaría desnaturalizar la finalidad misma del contrato, en cuanto instituto, y dar la apariencia de acuerdo autónomo de las partes a condiciones manifiestamente contrarias u onerosas a los intereses de alguna de ellas. Tal no es el sentido de la libertad de contrato, constitucionalmente entendida. La libertad de contrato constituye un derecho fundamental y su ejercicio legítimo, en el marco de los principios y derechos fundamentales, requiere su compatibilidad con éstos, lo cual no supone una restricción del legítimo ámbito de este derecho, sino su exacto encuadramiento en ese marco. (Exp. N.º 06534-2006-AA/TC, del 15-11-2007 [Web: 22-02-2008 / EP: 23-05-2008], f. j. 3. Texto completo: <bit.ly/2jZRWCO>).

§ 18. El derecho a la libre contratación garantiza la autodeterminación para elegir al cocelebrante y para decidir la materia objeto de regulación contractual. 9. [El] derecho a la libre contratación [...] se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público. Tal derecho garantiza, *prima facie*: -Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante. -Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual. [...] (Exp. N.º 2736-2004-AA/TC, del 16-12-2005 [Web: 13-06-2006 / EP: 05-08-2006] f. j. 9. Texto completo: <bit.ly/2hxCljH>).

§ 19. Contrato-ley: concepto, objeto, contenido. 33. [...] [El] contrato-ley es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado, en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. Por medio de él, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, otorgándoles a ambas el carácter de intangibles. Es decir, mediante tales contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su *ius imperium*, crea garantías y otorga seguridades y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió este. **34.** [...] A través del contrato-ley, el Estado busca atraer inversiones privadas (de capital) a fin de que promuevan aquellas actividades que el Estado considera que vienen siendo insuficientemente desarrolladas, de acuerdo con los planes y objetivos que se pueda haber trazado en el diseño de la política económica del Estado. Tienen como contenido propiciar un marco de seguridad a los inversionistas no sólo en asuntos privados de la administración, sino, también, en la prestación de actividades de derecho público. [...] (Exp. N.º 0005-2003-AI/TC, de 03-10-2003 [Web: 15-10-2003] ff. jj. 33 y 34. Texto completo: <bit.ly/2wVcPjN>).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

§ 20. **Los límites explícitos e implícitos de la libertad de contratar.** *Tercero.* [Si] bien el artículo 62 de la Constitución Política del Estado establece que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar según las normas vigentes al momento del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo 2º inciso 14 que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos siempre que no se contravengan leyes de orden público, por consiguiente, y en desmedro de lo que pueda suponer una conclusión apresurada es necesaria una lectura sistemática de la Constitución que, acorde con lo citado permita considerar que el derecho a la contratación no es limitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no solo por límites explícitos, sino también implícitos; límites explícitos a la contratación son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Límites implícitos, en cambio serían restricciones de derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. Asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, significaría no reconocer un derecho fundamental sino un mecanismo de eventual desnaturalización de tales derechos. (Casación N.º 2102-2005-Piura, de 28-03-2007, f. j. 3. Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria [EP, 01-09-2008]. Texto completo: <bit.ly/2wStgCd>).

§ 21. **Límites explícitos e implícitos del derecho de contratación y contrato de trabajo.** *Segundo.* [...] [E]l derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no solo por límites explícitos, sino también implícitos; límites explícitos a la contratación, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. Asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de tales derechos. *Tercero.* [B]ajo este contexto, si el contrato de trabajo se transforma en un mecanismo que distorsiona derechos laborales o no permite garantizarlos del modo más adecuado, no cabe la menor duda que el objetivo de licitud se ve vulnerado, a lo que se suma el hecho de facilitar que derechos que se consideran constitucionalmente adquiridos e irrenunciables, puedan verse vaciados de contenido. (Casación N.º 1817-2004-Puno, de 11-07-2006, ff. jj. 2 y 3. Sala Civil Transitoria [EP, 31-05-2007]. Texto completo: <bit.ly/2yrBmxP>).

§ 22. **Los contratos no pueden ser únicamente lo que las partes lo denominen sino lo que por su naturaleza les corresponda.** *Segundo.* Constituye derecho de las personas, poder disponer de los derechos cuya titularidad posea, cuando la ley así lo permita, sean estos derechos de naturaleza real o personal. *Tercero.* Dicha disposición puede realizarse a modo de transferencia o cesión, existiendo tres maneras de realizar la misma, a saber: a) Cuando el titular del derecho se denomina vendedor, y se obliga a transferir la propiedad del mismo a un tercero denominado comprador, y éste a pagar su precio en dinero, nos encontramos ante una típica compraventa; b) Cuando titulares de derechos se obligan recíprocamente a transferirse la titularidad de los mismos, éstos se denominan permutantes y nos encontramos ante el típico caso de permuta; y c) Cuando el titular del derecho denominado donante se obliga a transferir gratuitamente a un tercero denominado donatario la propiedad del mismo. *Cuarto.* De la revisión de autos, concluimos que en el presente caso, nos encontramos ante el tercero de los conceptos expuestos en el considerando precedente, toda vez que el cesionario, de conformidad con la minuta [...], se obligó de manera voluntaria, a transferir la totalidad de sus derechos y acciones cuya titularidad ostentaba en el inmueble [sub litis]; sin que la recurrente haya correspondido en dicha transferencia con prestación o compensación alguna; por lo que siendo así, nos encurtamos ante una típica donación de bien inmueble. *Quinto.* Siendo ello así, el artículo 1625 del Código Civil, que regula la donación de bienes inmuebles resulta debidamente aplicado, no así, los artículos 1207 y 1215 del mismo Código, toda vez que los mismos si bien aluden a la cesión de derechos, debe tenerse presente que se encuentran ubicados

dentro del título transmisión de obligaciones, referido a derechos crediticios, supuesto totalmente ajeno al tema que nos ocupa. **Sexto.** Al respecto, es menester precisar que si bien el documento [presentado] ha sido denominado por las partes como contrato de cesión de derechos y acciones, por lo que la recurrente pretende que de conformidad con los artículos 1361 y 1363 del Código Sustantivo se haga valer lo expresado en el mismo; debe tenerse presente que los contratos no pueden ser únicamente lo que las partes lo denominen sino lo que por su naturaleza les corresponda; habiéndose ya determinado en los presentes actuados, la naturaleza del acto jurídico materia de litis. (Casación N.º 331-2003-Lima, de 26-07-2004, ff. jj. 2-5. Sala Civil Permanente [EP, 31-01-2005]. Texto completo: <bit.ly/2xKKWyT>).

§ 23. **Libertad de las partes para determinar libremente el contenido del contrato. Fuerza obligatoria del contrato se impone tanto a las partes intervinientes como al juez. Quinto.** El artículo 1354º del Código Civil establece que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. En doctrina encontramos que la autonomía de la voluntad constituye un postulado básico para la denominada teoría clásica del contrato. Los principios de esta son: a) el libre albedrío de las partes para celebrar contratos de cualquier contenido y atribuirles los efectos que deseen y b) la fuerza obligatoria del contrato se impone tanto a las partes intervinientes en él como el juez (“*pacta sunt servanda*”). (Casación N.º 1533-2001-Callao, de 22-03-2002, f. j. 5. Sala Civil Permanente [EP, 02-12-2002, p. 9536]. Texto completo: <bit.ly/2wsE7Sm>).

§ 24. **La ley y las limitaciones establecidas por la misma forman parte de la declaración contractual y son de obligatorio cumplimiento, por lo tanto, sustituyen a la voluntad de las partes. Décimo Segundo.** [La] Ley por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos. **Décimo Tercero.** [Las] partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. [...] **Décimo Séptimo.** [Esto] obliga a definir qué es una norma legal de carácter imperativo y el tratadista Manuel de la Puente y Lavalle [...] señala “son normas legales (leyes en sentido lato) imperativas aquellas que se imponen a la voluntad de las partes, de tal manera que deben ser necesariamente acatadas por los particulares, lo cual excluye, desde luego, la posibilidad de pacto en contrario o en sentido distinto. La característica, pues, de las Leyes imperativas es que no admiten derogación por parte de los particulares, de tal manera que, como dice Sacco, entre inderogabilidad e imperatividad de la norma existe una relación de identidad y no de mera derivación lógica”. “Las normas legales imperativas son, en realidad las manifestaciones del poder del ordenamiento jurídico que habiendo delegado parte de ese poder a los contratantes, no permite que se traspase determinados límites en el ejercicio de tal poder delegado”. **Décimo Octavo.** [...] [El] artículo 1355 del Código Civil, al establecer que la Ley puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos, está previendo expresamente la posibilidad legal del contrato normado, dado que tales reglas y limitaciones tienen el carácter imperativo. Si las partes pese a existir las pautas reguladoras del contrato, pactan en contra de ellas, las cláusulas resultantes de este pacto serán nulas y sustituidas automáticamente por las reglas impuestas o las limitaciones establecidas por la Ley. La nulidad es la consecuencia de la contrariedad de las cláusulas con la ley dictada por consideraciones de interés social, público o ético, que por coincidir, según se ha visto, con los principios que protegen el orden público y las buenas costumbres, determinan la nulidad de los actos contrarios a ellas, en virtud de lo dispuesto por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil. La sustitución por su parte, es la consecuencia de la aplicación del artículo 1355 del mismo Código, entendido en el sentido que se le da en el presente comentario, o sea que las reglas impuestas por la Ley y las limitaciones establecidas por la misma forman parte de la declaración contractual, aún en sustitución de las cláusulas que en contrario hayan sido puestas por las partes. [...] **Vigésimo.** [En el presente caso, los] artículos 12 de la Ley N.º 25988 e inc. c) del artículo 31 y artículo 43 de la Ley de Concesiones Eléctricas resultan ser normas imperativas porque se imponen a la voluntad de las partes y deben ser necesariamente acatadas. **Vigésimo Primero.** [A]demás son normas legales que por consideraciones de interés social han establecido limitaciones al contenido del contrato y que son de obligatorio cumplimiento y por lo tanto sustituyen a la voluntad de las partes. (Casación N.º 3418-

2000-Ica, de 19-03-2001, ff. jj. 13, 17, 18, 20 y 21. Sala Civil Transitoria [EP, 31-07-2001, p. 7445]. Texto completo: <bit.ly/2yGnyAz>).

§ 25. **Incoterms y reglas del comercio internacional. Sétimo.** [Los] INCOTERMS 1990 emitidos por la Cámara de Comercio Internacional de París, tienen por objeto el establecer un conjunto de reglas internacionales para la interpretación de los términos más utilizados en el comercio internacional, evitándose así, las incertidumbres derivadas de las distintas interpretaciones de tales términos en diferentes países [...]. **Octavo.** [S]i las partes acuerdan someterse a tales reglas del comercio internacional, ello no afecta el debido proceso y porque de acuerdo con el artículo 1354 del Código Civil las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo, que en este caso no existe. (Casación N.º 2502-99-Lima, de 13-01-2000, ff. jj. 7 y 8. Sala Civil Transitoria [EP, 07-04-2000, p. 4985]. Texto completo: <bit.ly/2x6rdcl>).

§ 26. **Libertad contractual y limitaciones que impone la ley. Tercero.** [Si] bien es cierto que las partes en ejercicio de su autonomía privada pueden determinar libremente los términos del contrato que han convenido en celebrar, gozando entonces de la libertad contractual o libertad de configuración interna, también lo es que dicha autonomía privada está sujeta a ciertas limitaciones que le impone la ley, en efecto, dicha libertad está limitada a las norma de carácter imperativo [...]. (Casación N.º 984-00-Cajamarca, de 14-07-2000, f. j. 3. Sala Civil Transitoria [EP, 30-10-2000, p. 6380]. Texto completo: <bit.ly/2yrFZbh>).

§ 27. **Paridad jurídica entre las partes. Noveno.** [El] contrato [...] presupone la existencia de la llamada paridad jurídica que en doctrina significa que ambos contratantes gocen de igual intensidad por parte de la ley, esto es, que ninguno de ellos, pueda apelar sin la libre determinación del otro para que estipule el contrato, dicho de otro modo, es el derecho de vincularse contractualmente (libertad de contratar) y que ninguno puede imponer unilateralmente el contenido del mismo. Por tanto, es la facultad que tienen las partes a establecer los términos y condiciones del contrato, lo que constituye una manifestación del principio de autonomía de la voluntad de las partes. (Casación N.º 5031-2009-Cusco, de 07-04-2011, f. j. 9. Sala Civil Permanente [EP, 01-08-2011, p. 30884]. Texto completo: <bit.ly/2wV3V5N>).

CAPÍTULO III DE LA PROPIEDAD

Artículo 73: Bienes estatales

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

PLENOS JURISDICCIONALES

§ 28. **Embargo de bienes estatales.** *¿Hasta dónde alcanza el deber colaboración del solicitante de la medida cautelar para identificar la naturaleza del bien a embargar? ¿Se debe indicar en qué banco existe la cuenta e indicar el número de ésta? ¿Acudir a la misma entidad demandada y pedir documentación para*

poner conocimiento al juzgado? ¿El Foncomún es una renta de la Municipalidad? ¿Al igual otras rentas como el cobro de tasas, arbitrios y ventas de activos no financiados, el Foncomún es embargable por ser de dominio privado? El Pleno acordó por UNANIMIDAD: “En virtud de las reglas fijadas por el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en los expedientes acumulados N.º 015-2001-AI/TC, N.º 016-2001-AI/TC, y N.º 004-2002-AI/TC [§ 34], es el Juez quien debe definir si un bien del Estado es o no de dominio privado, al margen de la actividad probatoria que puedan desarrollar las partes”. (Pleno Jurisdiccional Regional Comercial -Sobre Anulación y Ejecución de Laudos Arbitrales y Embargo de Bienes Estatales-, realizado en Lima, el 01-10-2016. Tema N.º III. Texto completo: <bit.ly/2LF3zaJ>).

§ 29. Ejecución de laudos arbitrales contra el Estado. *¿En qué etapa es aplicable la normativa especial para el pago de obligaciones del Estado?* El Pleno acordó por UNANIMIDAD: “El procedimiento previo, especial, que fijan las normas administrativas y presupuestales, así como los criterios vinculantes fijados por el Tribunal Constitucional, se refiere al pago de obligaciones dinerarias del Estado determinadas por sentencias con calidad de cosa juzgada; por tanto, es aplicable en la etapa de ejecución forzada. Tratándose de la ejecución de laudos, la etapa de ejecución forzada sucede a la emisión del auto definitivo que ordena llevar adelante la ejecución, por lo que será en esa etapa procesal, y no antes, que deberá respetarse dicho procedimiento especial”. (Pleno Jurisdiccional Regional Comercial -Sobre Anulación y Ejecución de Laudos Arbitrales y Embargo de Bienes Estatales-, realizado en Lima, el 01-10-2016. Tema N.º VI. Texto completo: <bit.ly/2LF3zaJ>).

§ 30. Embargo de bienes del Estado. *¿Hasta dónde alcanza el deber colaboración del solicitante de la medida cautelar para identificar la naturaleza del bien a embargar? ¿Se debe indicar en qué banco existe la cuenta e indicar el número de ésta? ¿Debe acudir a la misma entidad demandada y pedir documentación para poner conocimiento al juzgado? ¿El Foncomún es una renta de la Municipalidad? ¿Al igual otras rentas como el cobro de tasas, arbitrios y ventas de activos no financiados, el Foncomún es embargable por ser de dominio privado?* El Pleno acordó por UNANIMIDAD: “En virtud de las reglas fijadas por el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en los expedientes acumulados N.º 015-2001-AI/TC, N.º 016-2001-AI/TC, y N.º 004-2002-AI/TC [§ 34], es el Juez quien debe definir si un bien del Estado es o no de dominio privado, al margen de la actividad probatoria que puedan desarrollar las partes”. EN RELACIÓN A ESTE ACUERDO: La naturaleza de un bien estatal debe ser definida por el Juez mediante resolución debidamente motivada, al haberlo establecido así el Tribunal Constitucional en la Sentencia dictada en los expedientes acumulados N.º 015-2001-AI/TC, N.º 016-2001-AI/TC, y N.º 004-2002-AI/TC. Esto significa que el Juez debe tener el convencimiento o la duda razonable de que el bien del Estado que va a embargar es de dominio privado, pues en caso contrario no deberá otorgar la medida. Para esta tarea el Juez, de oficio, deberá agotar los medios y apremios que el ordenamiento jurídico le provee, garantizando el derecho de defensa de los justiciables, y si bien conforme a las normas procesales las partes deben prestar su diligente colaboración en las actuaciones judiciales, en el caso del embargo sobre los bienes del Estado, una vez formulado el pedido de embargo por la parte demandante, al margen de la suficiencia e idoneidad de los medios probatorios que éste pudiera ofrecer o aportar, le corresponde al Juez adoptar las medidas necesarias para informarse sobre la naturaleza del bien y definir si éste es o no de dominio privado, todo ello en atención al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en concreto el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, en virtud del cual el Estado debe cumplir con su obligación de satisfacer este derecho, a fin de evitar que la resolución con calidad de cosa juzgada que ha favorecido a la parte demandante, se vea neutralizada o resulte inoperante. (Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial 2015, realizado en Lima, el 05-06-2015. Tema N.º 1. Texto completo: <bit.ly/2OH9s9w>).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§ 31. Corresponde al juez, bajo responsabilidad, determinar, en cada caso concreto, qué bienes cumplen o no las condiciones de un bien de dominio privado y, por ende, son embargables. 2. Este [...] Tribunal Constitucional considera legítimo que, tomando en cuenta al sujeto procesal vencido en juicio y, en concreto, cuando ese vencido en juicio sea el Estado, el legislador pueda



establecer ciertos límites o restricciones al derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales firmes, en la medida en que éstas tengan una justificación constitucional. Uno de esos límites, derivado directamente de la Norma Suprema, lo constituye el mandato constitucional de que ciertos bienes del Estado, como los de dominio público, no pueden ser afectados, voluntaria o forzosamente. Ese fue el criterio implícitamente señalado por este Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Exp. N.º 006-96-AI/TC [§ 35], en la que se dejó entrever que, de conformidad con el artículo 73º de la Constitución, tales resoluciones judiciales o las que se emitan para ejecutarlas no pueden recaer sobre los denominados bienes de dominio público” (...) “que la inexistencia de una ley especial que determine qué bienes del Estado son embargables, no supone que el juez de ejecución y el órgano administrativo correspondiente no puedan dictar o ejecutar embargos sobre bienes del Estado”. Por el contrario, la inexistencia de una ley especial que fije qué bienes son embargables impone en ambos órganos públicos un deber especial de protección del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales. *En efecto, la procedencia del embargo sobre bienes del Estado, sean estos muebles o inmuebles, no debe tener más límite que el hecho de tratarse, o tener la condición, de bienes de dominio público, por lo que corresponde al juez, bajo responsabilidad, determinar, en cada caso concreto, qué bienes cumplen o no las condiciones de un bien de dominio privado y, por ende, son embargables. (...) “ante el vacío de legislación que precise qué bienes estatales pueden ser embargados, el principio general es que al juez le corresponde pronunciar el carácter embargable de un determinado bien, analizando, en cada caso concreto, si el bien sobre el que se ha trabado la ejecución forzosa está o no relacionado con el cumplimiento de las funciones del órgano público, y si está afecto o no a un uso público.* (Exp. N.º 01873-2011-PA/TC, de 08-03-2012 [Web: 05-07-2012 / EP: 05-07-2012], f. j. 2. Texto completo: <bit.ly/2R7ctAm>).

§ 32. Deber de valoración, motivación y fundamentación al momento de determinar el carácter embargable de un determinado bien del Estado. 4. [...] [E]ste Colegiado, en cumplimiento de su labor de pacificación sobre la interpretación constitucional y de integración de las disposiciones constitucionales, así como en aras de tutelar el derecho fundamental a la ejecución de las resoluciones judiciales de las partes litigantes que resulten vencedoras en procesos contra el Estado, ha señalado que resulta constitucionalmente legítimo proceder a la ejecución forzosa contra los bienes del Estado, siempre y cuando estos sean de dominio privado. Sin perjuicio de ello le ha impuesto a la judicatura y a los órganos públicos revestidos de competencias ejecutivas un deber de valoración, motivación y fundamentación al momento de determinar el carácter embargable de un determinado bien del Estado, otorgándole dos parámetros de evaluación: i) si el bien a embargar tiene relación con el cumplimiento de las funciones del órgano público, y ii) si el bien a embargar está afectado a un uso público. 5. Habiéndose impuesto dichos deberes de valoración, motivación y fundamentación al momento de determinar el carácter embargable de un bien del Estado, en el caso de autos, [...] se aprecia que dichos deberes han sido completamente inobservados o incumplidos por parte de la Sala demandada, pues la resolución cuestionada no contiene valoración, motivación, ni fundamentación alguna respecto a si los ingresos por concepto de tasas que percibe la Municipalidad [...] eran utilizados o no en el cumplimiento de sus funciones institucionales o si se encontraban o no afectos al uso público. Por el contrario, la resolución cuestionada, respecto al carácter embargable de los ingresos por concepto de tasas, solamente argumenta que “(...) *la demandada no ha informado al juez ni ha acreditado con documento alguno, que los conceptos embargados, están relacionados con el cumplimiento de sus funciones como órgano público, y si los mismos, están o no afectos a un uso público, no correspondiendo al juez sustituirse a las partes, por cuanto, la actividad probatoria en nuestro sistema jurídico procesal, se rige por el principio de que la carga de la prueba corresponde a los sujetos de la relación procesal (...)*”. Con esta argumentación esbozada, se aprecia pues que la Sala demandada no efectuó una determinación concreta del carácter embargable de los ingresos por concepto de tasas, no efectuó el análisis acerca de si los ingresos por concepto de tasas tienen o no relación con el cumplimiento de las funciones institucionales de la Municipalidad [...], y por último, no analizó si los ingresos por concepto de tasas estaban afectos o no a un uso público. (Exp. N.º 06614-2008-PA/TC, de 23-08-2010 [Web: 07-09-2010 / EP: 01-10-2010], ff. jj. 4 y 5. Texto completo: <bit.ly/2RZeof0>).

§ 33. La disposición de que los bienes de dominio público sean inalienables e imprescriptibles no puede ser entendida en el sentido de otorgar una justificación para que el Estado deje de honrar sus deudas. 10. [El] artículo 73° de la Constitución establece que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. No obstante, tal y como fue desarrollado por este Tribunal en la STC N.º 006-[96]-AI/TC [§ 35] tal disposición no puede ser entendida en el sentido de otorgar una justificación para que el Estado deje de honrar sus deudas. Así, como resultado de dicha sentencia el artículo 648° del Código Procesal Civil quedó redactado en los siguientes términos: “Son inembargables los bienes del Estado. Las resoluciones judiciales o administrativas consentidas o ejecutoriadas que dispongan el pago de obligaciones a cargo del Estado, sólo serán atendidas con las partidas previamente presupuestadas del Sector al que corresponden”. 11. En atención a lo expuesto, este Tribunal no puede estimar la demanda, advirtiendo, sin embargo, al mandado de la necesidad de realizar la ejecución coactiva de su deuda -de resultar necesario- guardando estricta observancia de las normas legales y presupuestarias que resulten aplicables. (Exp. N.º 00017-2008-PA/TC, de 13-10-2008 [Web: 31-10-2008 / EP: 13-11-2008], ff. jj. 10 y 11. Texto completo: <bit.ly/2FPSCUm>).

§ 34. El Juez debe tener el convencimiento o la duda razonable de que el bien del Estado que va a embargar es de dominio privado, pues en caso contrario no deberá otorgar la medida. 25. Es preciso insistir en que la inexistencia de una ley especial que determine qué bienes del Estado son embargables, no supone que el juez de ejecución y el órgano administrativo correspondiente no puedan dictar o ejecutar embargos sobre bienes del Estado. Por el contrario, la inexistencia de una ley especial que fije qué bienes son embargables, impone en ambos órganos públicos un deber especial de protección del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales. En efecto, la procedencia del embargo sobre bienes del Estado, sean estos muebles o inmuebles, no debe tener más límite que el hecho de tratarse, o tener la condición, de bienes de dominio público, por lo que corresponde al juez, bajo responsabilidad, determinar, en cada caso concreto, qué bienes cumplen o no las condiciones de un bien de dominio privado y, por ende, son embargables. (Exps. Acumulados N.ºs 0015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC [Sobre ejecución de sentencias que ordenan el pago de sumas de dinero contra el Estado], de 29-01-2004 [Web: 30-01-2004], f. j. 25. Texto completo: <bit.ly/2ORAg7v>).

§ 35. Los bienes que no están afectos al servicio público constituyen, *prima facie*, bienes de dominio privado y, como tal, son embargables. [Los] bienes del Estado se dividen en bienes de dominio privado y bienes de dominio público; sobre los primeros el Estado ejerce su propiedad como cualquier persona de derecho privado; sobre los segundos ejerce administración de carácter tuitivo y público. El artículo 73° de la Constitución Política del Estado establece que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, deduciéndose de ello, que no gozan de aquellas inmunidades los bienes que conforman el patrimonio privado del Estado. (Exp. N.º 006-96-AI/TC [Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 26599, que modifica el artículo 648.1 CPC], de 30-01-1997 [Web: 07-03-1997]. Texto completo: <bit.ly/2WifT7s>).

CAPÍTULO IV DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO Y PRESUPUESTAL

Artículo 76: Contratación pública

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.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§ 36. Marco constitucional de las contrataciones del Estado. 11. La contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones. **12.** La función constitucional [del artículo 76 de la Constitución] es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos. [...] **14.** Resulta claro que la finalidad de eficiencia y transparencia en las adquisiciones puede conseguirse de mejor modo mediante procesos de selección como los establecidos por el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pues la serie de etapas que presenta (convocatoria, apertura de propuestas técnicas y económicas, y adjudicación de la buena pro, las cuales son supervisadas por un comité especial encargado de llevar a cabo el proceso y sobre el cual descansa la responsabilidad del mismo), garantizan, en cierto modo, la imparcialidad frente a los postores y la mejor decisión a favor del uso de recursos públicos. **15.** Sin embargo, la propia experiencia de los últimos años ha demostrado que inclusive estos mecanismos de adquisición han sido afectados por la corrupción, por lo que, para el resguardo de recursos públicos, no sólo basta un procedimiento especial de adquisición, sino que, además, resulta necesario un rígido sistema de control y fiscalización, tanto a nivel de la propia entidad adquirente (control previo), como en el máximo órgano de control, a cargo de la Contraloría General de la República (control posterior). En cualquier caso, ambos tienen como principal propósito garantizar el principio de oportunidad, pues una fiscalización tardía haría incluso inoperativa una posible sanción penal por el cómputo de los plazos de prescripción. **16.** Como se ha señalado, la eficiencia y transparencia en el manejo de recursos, así como la imparcialidad y el trato igualitario frente a los postores, son los objetivos principales de las adquisiciones estatales, y constituyen la esencia de lo dispuesto en el artículo bajo análisis. Por ello, aun cuando la Constitución únicamente hace referencia a los procesos de selección denominados licitaciones y concursos públicos, es lógico inferir que esta finalidad también sea la misma en el caso de las adquisiciones directas, de las adquisiciones de menor cuantía - también reconocidas en el TUO-, y de las excepciones que establezca la ley. (Exp. N.º 020-2003-AI/TC [*Proceso de inconstitucionalidad contra la tercera disposición final de la Ley N.º 27635*], del 17-05-2004 [Web: 12-07-2004 / EP: 14-07-2004], ff. jj. 11, 12, 14, 15 y 16. Texto completo: <bit.ly/2DE6CzC>).

§ 37. Precisión sobre las excepciones a la obligación de contratación y licitación pública en las obras y en la adquisición de suministros y bienes con utilización de fondos o recursos públicos. 18. Este Tribunal considera [...] que cuando la Constitución prescribe que “la ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”, no se refiere exclusivamente a las excepciones del artículo 19º del TUO [cfr. art. 27º de la Ley vigente], pues el artículo 76º de la Constitución no hace referencia a las disposiciones de una ley específica, sino a los mecanismos y principios que deben regir obligatoriamente la contratación estatal. **19.** [Si] bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76º de la Constitución, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución, y cuya única condición exigible será que estén regula-

dos por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública. Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario. **20.** Este Colegiado reconoce que hoy en día la búsqueda de una mayor eficacia en la administración pública puede determinar que, debido a particulares y específicas necesidades de cada entidad, en términos de costo y tiempo -necesidades que van surgiendo como consecuencia de la modernización del Estado-, se opte por mecanismos alternos, pues como ya se ha señalado, lo que finalmente se busca con los procedimientos especiales de adquisición pública es lograr una mayor ventaja para el Estado, optimizando el uso de recursos públicos. **21.** Por lo expuesto precedentemente, y asumiendo como perspectiva de análisis el carácter dinámico de la Constitución, cuya finalidad es sistematizar e integrar la realidad a la norma constitucional, consideramos que -contrariamente a lo alegado por la parte demandante- la Constitución sí permite mecanismos alternos, siempre y cuando estén previstos por ley, respeten los principios que subyacen en el artículo 76º de la Constitución, y representen la consecución de mayores ventajas para el Estado y la sociedad en general. En ningún caso el mecanismo alternativo y de excepción estará exento de fiscalización previa o posterior, ni tampoco de la determinación de eventuales responsabilidades a que hubiera lugar. (Exp. N.º 020-2003-AI/TC [*Proceso de inconstitucionalidad contra la tercera disposición final de la Ley N.º 27635*], del 17-05-2004 [Web: 12-07-2004 / EP: 14-07-2004], ff. jj. 18-21. Texto completo: <bit.ly/2DE6CzC>).

§ 38. En la contratación estatal, al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones. Principios implícitos de la contratación pública. 18. Más allá de los fines de índole constitucional que sustentan de modo general la criminalización de los delitos contra la Administración Pública, de modo más específico para el delito de colusión, que se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública, cabe señalar los principios constitucionales que cumplimentan esta actividad. En este sentido, resulta relevante la disposición constitucional contenida en el artículo 76 de la Constitución [...]. **19.** Al respecto, este Tribunal ha señalado que la contratación estatal tiene un cariz singular que la diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones. (Exp. N.º 020-2003-AI, fundamento 11 [§ 36]). De este modo, el Tribunal Constitucional ha entendido como principios implícitos de la contratación pública -que se derivan de la citada disposición constitucional- la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores [...]. **20.** En este sentido, la persecución penal de los actos de colusión ilegal que se produzcan en el marco de la contratación estatal (artículo 384º del Código Penal) tiene por objeto proteger estas condiciones de transparencia, imparcialidad en la contratación estatal, el trato justo e igualitario a los posibles proveedores. (Exp. N.º 00017-2011-PI/TC [*Demanda de inconstitucionalidad contra algunas disposiciones de la Ley N.º 29703 que modifican el Código Penal en temas de colusión tráfico de influencias*], de 03-05-2012 [Web: 29-05-2012], ff. jj. 18-20. Texto completo: <bit.ly/2EsPkG8>).

Artículo 82: La Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.

El Contralor General es designado por el Congreso, a propuesta del Poder Ejecutivo, por siete años. Puede ser removido por el Congreso por falta grave.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§ 39. Autonomía y atribuciones de la Contraloría General de la República. 1. Conforme al artículo 82° de la Constitución Política del Perú, la Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control encargado de supervisar la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control. 2. Por su parte el inciso d) del artículo 22° de la Ley N.º 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, establece que una de sus atribuciones es la de disponer el inicio de las acciones legales pertinentes en forma inmediata, por el Procurador Público de la Contraloría General o el Procurador del Sector o el representante legal de la entidad examinada, en los casos en que en la ejecución directa de una acción de control se encuentre daño económico o presunción de ilícito penal. (Exp. N.º 05292-2007-PA/TC, de 18-09-2008 [Web: 22-10-2008 / EP: 08-11-2008], ff. jj. 1 y 2. Texto completo: <bit.ly/2TCcVsG>).

§ 40. La Contraloría General de la República puede exigir indemnización a los privados que incumplan con un contrato suscrito con el Estado. No se puede plantear la excepción de convenio arbitral frente a un proceso judicial derivado de una acción (en este caso de indemnización) del órgano superior de control. 7. [...] [La empresa demandante del presente amparo] invoca la afectación de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional; concretamente, se alega la trasgresión de los principios a la unidad de la función jurisdiccional y a la no contradicción, presuntamente lesionados por las resoluciones judiciales cuestionadas. Efectivamente, se cuestiona que los emplazados [el juzgado civil y los integrantes de la Corte Superior], a pesar de argumentar que la demandante del proceso indemnizatorio, es decir, la Contraloría General de la República, no es parte de la relación contractual, admiten a trámite la demanda, lo que es considerado como lesivo al principio de no contradicción. Asimismo, que las decisiones judiciales cuestionadas al pronunciarse respecto a la excepción deducida, se aparten de lo resuelto en [otro] Expediente [judicial anterior deducido ante otro juzgado], toda vez que a juicio del demandante de amparo, estos se encontraban vinculados a tal pronunciamiento. 8. Sobre el particular, de los autos se advierte que el Procurador Público Adjunto encargado de los asuntos judiciales de la Contraloría General de la República interpone demanda contra don FFE en su calidad de exdirector del Proyecto Especial Chavimochic y contra el Consorcio C-S, en su condición de exsupervisora del Proyecto Especial Chavimochic, con el objeto de que se le pague al Estado peruano la suma de S/. 76,956.58 [...] por concepto de indemnización por daños y perjuicios, causados por la inejecución de obligaciones [...]. Asimismo, se verifica que el Consorcio C-S -demandante del presente amparo- deduce, entre otras, la excepción de convenio arbitral, argumentando que no procede instaurar proceso alguno, dado que por disposición del pacto arbitral previsto en la cláusula vigésima primera del contrato, todas las controversias que surjan de la relación contractual deben ser ventiladas en dicha vía [...]. Tal pretensión se tramitó por vía incidental y se desestimó por resolución judicial [...], que al ser apelada se confirmó mediante resolución de vista N.º 4, sustentándose la confirmación del rechazo y la subsecuente tramitación de la causa ordinaria en que al no haber formado parte la Contraloría General de la República de la relación contractual sobre locación de servicios de supervisión de obra, no existe pacto ni convenio alguno que la obligue a recurrir a la jurisdicción arbitral en que se deduce la excepción, tanto más si la demanda indemnizatoria no se sustenta en el referido contrato, sino en la acción de control, lo que evidencia un daño económico en perjuicio del Estado, que en todo caso se resolverá con la cuestión de fondo en la sentencia de mérito que ponga fin a la instancia y no por la vía de excepción como se propone [...]. (Exp. N.º 05239-2011-PA/TC, de 12-12-2012 [Web: 22-04-2013 / EP: 18-09-2013], ff. jj. 7-8. Texto completo: <bit.ly/2SXzFTj>).

.....

TÍTULO IV DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO

CAPÍTULO VIII PODER JUDICIAL

Artículo 139: Principios de la función jurisdiccional

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

4. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley.

Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos.

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

6. La pluralidad de la instancia.

7. La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar.

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.

10. El principio de no ser penado sin proceso judicial.

11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.

12. El principio de no ser condenado en ausencia.

13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a

comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

15. El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención.

16. El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala.

17. La participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley.

18. La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida.

19. La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley. Los órganos jurisdiccionales no pueden darle posesión del cargo, bajo responsabilidad.

20. El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley.

21. El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados.

22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA DE LA CORTE SUPREMA

§ 41. **Debido proceso y cosa juzgada fraudulenta (inc. 3).** *Primero.* [C]uando la controversia en sede judicial se relacione con el estado de la cosa juzgada fraudulenta, no cabe duda [de] que esta se vincula de manera categórica con el debido proceso, que en nuestro sistema legal está relacionada de la misma manera con la tutela jurisdiccional efectiva a tenor de lo establecido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado. (Casación N.º 288-2005-Cusco, de 05-05-2005 [EP, 02-05-2006], f. j. 1, que constituye precedente de observancia obligatoria en el modo y forma previsto en la ley. Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social. Texto completo: <bit.ly/2raBDUV>).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE SUPREMA

PRECEDENTES VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE JURISDICCIÓN ARBITRAL

(NUMERAL 1)

§ 42. **Reglas de procedencia e improcedencia del amparo arbitral. Objeto del ejercicio del control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral (art. 139.1).** 20. [Con] la finalidad de establecer de modo claro y preciso los criterios a utilizarse en materia de amparo arbitral, este Supremo Intérprete de la Constitución establece, con calidad de precedentes vinculantes, las siguientes reglas: *Improcedencia del amparo arbitral* **a)** El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo N.º 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los recursos de apelación y anulación para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley N.º 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5º, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia. **b)** De conformidad con el inciso b) del artículo 63º del Decreto Legislativo N.º 1071, no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales aun cuando estos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva. La misma regla rige para los casos en que sea de aplicación la antigua Ley General de Arbitraje, Ley N.º 26572. **c)** Es improcedente el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral. En tales casos la vía idónea que corresponde es el recurso de anulación, de conformidad con el inciso a) del artículo 63º del Decreto Legislativo N.º 1071; o el recurso de apelación y anulación si correspondiera la aplicación del inciso 1 del artículo 65º e inciso 1 del artículo

culo 73° de la Ley N.º 26572, respectivamente. **d)** Cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederá el recurso de anulación (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, artículo 63° [incisos “e” y “f”]) o los recursos de apelación y anulación (Ley General de Arbitraje, respectivamente, artículos 65° [inciso 1] y 73° [inciso 7]), siendo improcedente el amparo alegándose el mencionado motivo (artículo 5°, inciso 2, del Código Procesal Constitucional). **e)** La interposición del amparo que desconozca las reglas de procedencia establecidas en esta sentencia no suspende ni interrumpe los plazos previstos para demandar en proceso ordinario el cuestionamiento del laudo arbitral vía recurso de anulación y/o apelación según corresponda. **f)** Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales solo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4° del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial. **21. Supuestos de procedencia del amparo arbitral.** No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5° inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos: **a)** Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional. **b)** Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. **c)** Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14° del Decreto Legislativo N.º 1071. En el caso de los supuestos a) y b) del presente fundamento, será necesario que quien se considere afectado haya previamente formulado un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que este haya sido desestimado, constituyendo tal reclamo y su respuesta, expresa o implícita, el agotamiento de la vía previa para la procedencia del amparo. La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. En ningún caso el juez o el Tribunal Constitucional podrán resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje. [...] **26.** No obstante, el ejercicio del control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral debe ser objeto, como se acaba de expresar, de modulación por este Supremo Intérprete de la Constitución, con el propósito de que cumpla debidamente su finalidad de garantizar la primacía de la Constitución y evitar así cualquier desviación en el uso de este control constitucional. Por ello, se instituye la siguiente regla: El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Solo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes. (Exp. N.º 00142-2011-PA/TC, del 21-09-2011 [Web: 26-09-2011 / EP: 05-10-2011], que declara que los criterios previstos en los ff. jj. 20, 21 y 26, constituyen precedente vinculante inmediato). Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2LUOV3d>).

§ 43. Supuestos de procedencia del proceso constitucional contra la jurisdicción arbitral (art. 139.1). **17.** En el contexto descrito y en la lógica de concretizar de un modo más aproximativo los supuestos en que se habilitaría el control constitucional sobre la jurisdicción arbitral, este Tribunal estima oportuno enfatizar que, desde un punto de vista casuístico, serían entre otras tres las situaciones o hipótesis principales en las que podría configurarse la citada variable fiscalizadora: **a)** Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.). Esta causal solo puede ser invocada una vez que se haya agotado la vía previa; **b)** Cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta

ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona (esto es, sin su autorización), como fórmula de solución de sus conflictos o de las situaciones que le incumben; c) Cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, esta verse sobre materias absolutamente indisponibles (derechos fundamentales, temas penales, etc.). **18.** En lo que respecta a la primera hipótesis, este Colegiado no tiene sino que reiterar los criterios de control constitucional que suelen invocarse en el caso de procesos constitucionales contra resoluciones judiciales. Lo dicho, en otras palabras, quiere significar que así como ocurre respecto de otras variables jurisdiccionales, y principalmente de la judicial, en el caso del supuesto examinado, la jurisdicción arbitral podrá ser enjuiciada constitucionalmente cuando vulnere o amenace cualquiera de los componentes de la tutela jurisdiccional efectiva (derecho de acceso a la jurisdicción o eficacia de lo decidido) o aquellos otros que integran el debido proceso; sea en su dimensión formal o procedimental (jurisdicción predeterminada, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, etc.); sea en su dimensión sustantiva o material (estándares de razonabilidad y proporcionalidad), elementos todos estos a los que, por lo demás y como bien se sabe, el Código Procesal Constitucional se refiere bajo la aproximación conceptual de tutela procesal efectiva (artículo 4). **19.** En lo que respecta a la segunda hipótesis enunciada, queda claro que la naturaleza de la jurisdicción arbitral es en esencia facultativa para el caso de los particulares o sujetos privados. Desde dicha perspectiva, es evidente que toda situación en que se le pretenda articular con carácter obligatorio o sin consentimiento expreso de quienes suscriban un contrato, se constituirá en un fenómeno abiertamente inconstitucional, que habilitará con toda legitimidad el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Lo señalado, en otras palabras, lleva implícita la regla de que los particulares no pueden ser despojados de su derecho a que sus conflictos o controversias sean *prima facie* ventilados ante la jurisdicción ordinaria, de manera tal que solo será en situaciones excepcionales, nacidas de su propia voluntad, en que se habilitará el ejercicio de la jurisdicción arbitral. **20.** Finalmente, y en lo que respecta a la tercera hipótesis de control, este Colegiado estima que, aun cuando la jurisdicción arbitral tenga su origen en el consentimiento de quienes participan de una relación contractual, ello de ninguna manera justificará el que hacia su estructura se reconduzcan asuntos por su propia naturaleza indisponibles por los propios sujetos participantes de dicha relación. Es eso precisamente lo que ocurre cuando se trata de derechos fundamentales que, como se sabe, no pueden ser objeto de negociación alguna ni siquiera en los casos en que exista la voluntad expresa de prescindir de los mismos o alterarlos en todo o parte de su contenido. Es eso también lo que sucede, por citar otros supuestos, con las materias penales o incluso con las materias tributarias en las que el Estado de ninguna manera puede renunciar a su capacidad de control y sanción. (Exp. N.º 4972-2006-PA/TC, del 04-08-2006 [Web: 18-10-2007 / EP: 11-04-2008], que declara que los criterios previstos en los ff. jj. 17 al 20, entre otros, constituyen precedente vinculante inmediato. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2IGnCoJ>).

§ 44. Naturaleza de la jurisdicción arbitral. Dimensiones subjetiva y objetiva del proceso arbitral. Principio de *kompetenz-kompetenz* y el control constitucional en la jurisdicción arbitral (art. 139.1). 8. [Cabe] preguntarse si es constitucionalmente legítimo el establecimiento de esta jurisdicción de carácter privado. Al respecto, conforme lo ha establecido este Colegiado "(...) el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber: a) Conflicto entre las partes. b) Interés social en la composición del conflicto. c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial. d) Aplicación de la ley o integración del derecho". Qué duda cabe, que *prima facie* la confluencia de estos cuatro requisitos definen la naturaleza de la jurisdicción arbitral, suponiendo un ejercicio de la potestad de administrar justicia, y en tal medida, resulta de aplicación en sede arbitral el artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional por el cual los jueces (y por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional. [...] **11.** Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del or-

den público constitucional. La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución. De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51º de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado. Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter vado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales. **12.** El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139º de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros -incluida autoridades administrativas y/o judiciales- destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes. **13.** Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la “kompetenz-kompetenz” previsto en el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje -Ley N.º 26572-, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44º del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial. Lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional. **14.** Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1º de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previsto en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5º, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo. [...] **17.** Entonces, el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro

de los valores y principios constitucionales antes señalados. En el caso del convenio arbitral, si bien se gesta a partir del sentido privatista de las relaciones contractuales, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean exclusiva y excluyentemente de Derecho Privado. Interpretarlo de este modo implicaría soslayar su naturaleza constitucional, sujeta a los principios y deberes primordiales de la función jurisdiccional consagrados en el artículo 139° de la Constitución; los mismos que deberán extenderse razonablemente a la jurisdicción arbitral. Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad deriva de la Constitución, no puede discutirse la facultad de controlarla por razones del orden público constitucional, máxime si la propia jurisdicción arbitral integra este. Esto supone e en un Estado constitucional, el poder se desagrega en múltiples centros de decisión equilibrados entre sí por un sistema de control de pesos y contrapesos, como postula el artículo 43° de la Constitución. Esto hace que el poder público, pero también el privado, estén sometidos al Derecho. 18. En este contexto el control constitucional jurisdiccional no queda excluido, sino que se desenvuelve a posteriori cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, los mismos que los vinculan en atención a los artículos VI *in fine* y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. (Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC [Caso *Fernando Cantuarias Salaverry*], del 28-02-2006 [Web: 09-03-2006 / EP: 23-03-2006], que declara que los criterios previstos en el ff. jj. 8, 11, 12, 13, 14, 17 y 18, constituyen precedente vinculante inmediato]. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2pveUSC>).

§ 45. La Contraloría General de la República puede exigir indemnización a los privados que incumplen con un contrato suscrito con el Estado. No se puede plantear la excepción de convenio arbitral frente a un proceso judicial derivado de una acción (en este caso de indemnización) del órgano superior de control (art. 139.1). Véase la jurisprudencia del artículo 82° de la Constitución [§ 40]. (Exp. N.º 05239-2011-PA/TC, de 12-12-2012 [Web: 22-04-2013 / EP: 18-09-2013], ff. jj. 7-8. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2SXzFTj>).

FUNCIÓN JURISDICCIONAL

(NUMERAL 2)

§ 46. Las anteriores resoluciones emitidas por la sala no resultan vinculantes para los magistrados por tratarse de diferentes miembros (art. 139.2). *Primero.* [...] [La] impugnante [alega]: [...] (iii) que la Sala Superior, incurre en errores al contradecirse, al haber emitido pronunciamiento hasta en tres oportunidades contra la misma pretensión en este proceso, ordenando al Juez de Primera Instancia que admita la demanda y le dé el trámite correspondiente [...]. [...] *Sétimo.* [En] cuanto a lo señalado en el punto (iii), debemos indicar que las anteriores resoluciones emitidas por la [...] Sala Civil [...], no resultan vinculantes para los magistrados que suscriben la recurrida, en razón de [...] tratarse de diferentes miembros de dicho órgano jurisdiccional. (Casación N.º 1321-07-Lambayeque, de 14-06-2007, ff. jj. 1 y 7. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema [EP, 02-01-2008, p. 21256]. Texto completo: <bit.ly/2LwJrZ4>).

COSA JUZGADA

(NUMERAL 2)

§ 47. Vulneración al principio de cosa juzgada producto de una reforma constitucional (art. 139.2). 116. [...] [No] es que la reforma constitucional acarree la nulidad de resoluciones judiciales ni mucho menos que desconozca el principio de cosa juzgada. Lo que ocurre es que algunos de los fundamentos jurídicos que condicionaron que las resoluciones judiciales a las que hacen alusión los demandantes sean estimatorias, han sido modificadas, e incluso, expresamente proscritos constitucionalmente (así resulta del nuevo contenido de los artículos 103 y primera disposición final y transitoria de la Constitución). En consecuencia, han devenido en inejecutables [...]. (Exp. N.º 050-2004-AI/TC y otros [*Proceso de Inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28389 y la Ley N.º*

28449] del 03-06-2005 [Web: 06-06-2005], f. j. 116. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2r7Bp0O>).

§ 48. **El juez está impedido de contradecir el contenido de una decisión firme dictada por sí mismo o por cualquier otro órgano jurisdiccional, sobre un proceso seguido a los mismos sujetos (art. 139.2).** 9. [Lo] que corresponde a los órganos jurisdiccionales es ajustarse a lo juzgado en un proceso anterior cuando tengan que decidir sobre una relación o situación jurídica respecto de la cual existe una sentencia firme, derivada de un proceso seguido entre las mismas partes (perfecta identidad), respecto de los mismos hechos y tramitado ante la misma autoridad jurisdiccional. Dicho pronunciamiento constituye, en consecuencia, un antecedente lógico respecto a aquello que nuevamente se pretende someter a juzgamiento. (Exp. N.º 3789-2005-PHC/TC, de 09-11-2005 [Web: 03-02-2006 / EP: 15-02-2006], f. j. 9. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2LwsXjH>).

DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

(NUMERAL 3)

GENERALIDADES

§ 49. **La tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido (art. 139.3).** 6. [...] [La] tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia. (Exp. N.º 763-2005-PA/TC, del 13-04-2005 [Web: 23-01-2006 / EP: 01-02-2006], f. j. 6. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2lca87F>).

§ 50. **Diferencia entre tutela jurisdiccional y debido proceso (art. 139.3).** 6. No se trata naturalmente de que el juez constitucional, de pronto, termine revisando todo lo que hizo un juez ordinario, sino, específicamente, que fiscalice si uno o algunos de los derechos procesales con valor constitucional están siendo vulnerados. Para proceder de dicha forma existen dos referentes de los derechos de los justiciables: la tutela judicial efectiva como marco objetivo y el debido proceso como expresión subjetiva y específica, ambos previstos en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú. Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos. El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido estas dos manifestaciones del debido proceso en sus sentencias recaídas en los expedientes 2192-2002-HC/TC (FJ 1); 2169-2002-HC/TC (FJ 2), y 3392-2004-HC/TC (FJ 6). (Exp. N.º 8123-2005-PHC/TC, de 14-11-2005 [Web: 15-06-2006 / 26-05-2006], f. j. 6. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2LTxi4E>).

§ 51. **El derecho de acceso a la justicia se encuentra condicionado, entre otros factores, a la existencia de legitimidad e interés para obrar (art. 139.3). 8.** [...] El derecho de acceso a la justicia como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 139 inciso 3) de la Constitución, como todo derecho fundamental, es un derecho relativo y, en su caso, específico, de configuración legal, toda vez que el acceso al proceso y el derecho a la expedición de una sentencia sobre el fondo de la cuestión, se encuentran condicionados, entre otros factores, a la existencia de legitimidad e interés para obrar, conforme a lo dispuesto por los incisos 1 y 2 del artículo 427 del Código Procesal Civil [...]. (Exp. N.º 0009-2004-AI/TC, de 02-08-2004 [Web: 21-03-2005 / EP: 28-03-2005], f. j. 8. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2uSLsYz>).

§ 52. **El acceso a la justicia es un componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional que no ha sido expresamente enunciado en la Constitución, pero ello no significa que carezca del mismo rango (art. 139.3). 10.** [El] derecho de acceso a la justicia es un componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, este derecho no ha sido expresamente enunciado en la Carta de 1993, pero ello no significa que carezca del mismo rango, pues se trata de un contenido implícito de un derecho expreso. Mediante el referido derecho se garantiza a todas las personas el acceso a un tribunal de justicia independiente, imparcial y competente para la sustanciación “de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, como lo señala el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, su contenido protegido no se agota en garantizar el “derecho al proceso”, entendido como facultad de excitar la actividad jurisdiccional del Estado y de gozar de determinadas garantías procesales en el transcurso de él, sino también garantiza que el proceso iniciado se desarrolle como un procedimiento de tutela idóneo para asegurar la plena satisfacción de los intereses accionados. [...] (Exp. N.º 010-2001-AI/TC, de 26-08-2003 [Web: 28-10-2003], f. j. 10. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2mgWX8l>).

§ 53. **El derecho de acceso a la justicia no comporta obtener una decisión acorde con las pretensiones que se formulen (art. 139.3). 12.** [...] [El] establecimiento de cualquier requisito para poder iniciar un proceso judicial importa, *per se*, una limitación del derecho de acceso a la justicia. Este derecho, como se ha dicho, garantiza, en su contenido inicial, el poder de acceder a un tribunal de justicia. Este derecho, como se ha dicho, garantiza, en su contenido inicial, el poder de acceder a un tribunal de justicia. Sin embargo, la garantía de acceso a un tribunal de justicia no “comporta obtener una decisión acorde con las pretensiones que se formulen, sino el derecho a que se dicte una resolución en Derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales” [...]. (Exp. N.º 010-2001-AI/TC, de 26-08-2003 [Web: 28-10-2003], f. j. 12. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2mgWX8l>).

§ 54. **El derecho al acceso a la justicia de tribunales internacionales (art. 139.3). 24.** [El] derecho fundamental de acceso a la justicia frente a toda vulneración de los derechos humanos, como manifestación del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución, no solo se reduce al acceso a los tribunales internos, sino también a los internacionales, tal como se tiene previsto en el artículo 205 de la Constitución [...]. (Exp. N.º 5854-2005-PA/TC, de 08-11-2005 [Web: 08-11-2005], f. j. 24. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2uSolx0>).

DERECHO AL DEBIDO PROCESO

§ 55. **Alcances del derecho al debido proceso (art. 139.3). 25.** [...] [El] derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo. Entre estos derechos constitucionales, especial relevancia para el presente caso adquieren los derechos de razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y motivación de las resoluciones [...]. (Exp. N.º 0090-2004-AA/TC, de 05-07-2004 [Web: 12-07-2004], f. j. 25. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2l9M0yE>).

§ 56. Delimitación del derecho al debido proceso (art. 139.3). 4. [El] derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, es un derecho cuyo ámbito de irradiación no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales. Así, por ejemplo, hemos subrayado que su respeto y protección, además del ámbito estrictamente judicial, debe observarse en todos los procesos o procedimientos en los que se diluciden los derechos e intereses de las personas, sean estas personas jurídicas de derecho privado, órganos y tribunales administrativos, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Consejo Nacional de la Magistratura, Congreso de la República, tribunales arbitrales, etc. (Exp. N.º 7289-2005-PA/TC, de 03-05-2006 [Web: 28-08-2006 / EP: 20-10-2006], f. j. 4. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2jUaZLZ>).

§ 57. Es deber del órgano jurisdiccional observar el debido proceso (art. 139.3). 12. La norma suprema consagra la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Es decir, garantiza al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido proceso y de impartir justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales. (Exp. N.º 3789-2005-PHC/TC, de 09-11-2005 [Web: 03-02-2006 / EP: 15-02-2006], f. j. 12. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2LwsXjH>).

§ 58. El debido proceso tiene dos expresiones: una formal y otra sustantiva (art. 139.3). 6. [...] El debido proceso tiene [...] dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer [...]. (Exp. N.º 8125-2005-PHC/TC, del 14-11-2005 [Web: 25-01-2006 / EP: 01-02-2006], f. j. 6. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2DNyc9V>).

§ 59. Las dimensiones del debido proceso se orientan a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (art. 139.3). 4. [...] [Las] dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.), sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas [...]. (Exp. N.º 3075-2006-PA/TC, del 02-05-2006 [Web: 20-09-2006], f. j. 4. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2k6mPCs>).

§ 60. El debido proceso forma parte del “modelo constitucional del proceso”, lo cual no solo es un derecho de connotación procesal, sino también una institución compleja que desborda el ámbito meramente jurisdiccional (art. 139.3). 5. En lo que respecta al derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución, cabe señalar que dicho atributo fundamental forma parte del “modelo constitucional del proceso”, cuyas garantías mínimas deben ser respetadas para que el proceso pueda considerarse debido. En ese sentido, la exigencia de su efectivo respeto no solo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando este participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera que sea la materia que en su seno se pueda dirimir, como puede ser la actividad investigatoria que desarrolla el fiscal penal en sede prejurisdiccional. De esta forma, el debido proceso no solo es un derecho de connotación procesal que se traduce [...] en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja que desborda el ámbito meramente jurisdiccional. (Exp.

N.º 2521-2005-PHC/TC, de 24-10-2005 [Web: 16-01-2006 / EP: 22-02-2006], f. j. 5. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2O2EIjq>).

§ 61. Cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea este administrativo o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (art. 139.3). 1. [sic] [...] [El] debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea este administrativo o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. Uno de los atributos del debido proceso lo constituye el derecho de defensa, que tiene como presupuesto, para su ejercicio, la debida notificación de las decisiones que pudieran afectar una situación jurídica. (Exp. N.º 2508-2004-AA/TC, de 12-11-2004 [Web: 30-11-2004], f. j. 1. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2L4KtyF>).

§ 62. El debido proceso constituye, antes que un principio de la función jurisdiccional, un derecho fundamental, por lo tanto, se manifiesta como tal en cualquier proceso y procedimiento, al margen de la naturaleza de que se trate (art. 139.3). 37. El artículo 139º, inciso 3 de la Constitución establece que: “[s]on principios y derechos de la función jurisdiccional (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...)”. Sobre esta disposición constitucional debe realizarse dos precisiones interpretativas. En primer lugar, pareciera desprenderse de la literalidad del texto de la disposición constitucional aludida que el debido proceso constituye, antes que un derecho fundamental, un principio de la función jurisdiccional. El Tribunal Constitucional no asume esta interpretación, pues desde la perspectiva de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales, y a la luz del principio *pro homine* (artículo V del Código Procesal Constitucional), es conforme con la Constitución que se interprete también que en dicha disposición constitucional se reconoce el derecho fundamental al debido proceso. **38.** [Si] se ha reconocido que en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución está implícito el derecho fundamental al debido proceso, tal interpretación debe ser integrada con aquella otra que extiende la vigencia y eficacia de este derecho fundamental más allá del ámbito de los procesos judiciales. Es decir, el debido proceso en tanto derecho fundamental también se manifiesta como tal en los procesos y procedimientos al margen de la naturaleza de que se trate. Esto es, en el ámbito judicial, parlamentario, militar, laboral, administrativo e incluso entre particulares, dado que los derechos fundamentales tienen una eficacia vertical -frente a los poderes públicos- y una eficacia horizontal -entre particulares-. (Exp. N.º 5156-2006-PA/TC, de 29-08-2006 [Web: 21-09-2006 / EP: 13-10-2006], ff. jj. 37 y 38. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2NNlvSN>).

§ 63. El derecho fundamental al debido proceso es un derecho inherente que ha de ser observado en todo tipo de procesos y procedimientos (art. 139.3). 6. [...] Una interpretación literal [del artículo 139, inciso 3 de la Constitución] podría llevar a afirmar que el debido proceso se circunscribe estrictamente a los procesos de naturaleza jurisdiccional. Sin embargo, una interpretación en ese sentido no es correcta. El derecho fundamental al debido proceso es un derecho que ha de ser observado en todo tipo de procesos y procedimientos, cualquiera que fuese su naturaleza. Ello es así en la medida en que el *principio de interdicción de la arbitrariedad* es un principio inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora. [...] (Exp. N.º 4241-2004-AA/TC, de 10-03-2005 [Web: 28-06-2005], f. j. 6. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2LaGBNo>).

§ 64. Diferencias entre el debido proceso y la tutela judicial efectiva (art. 139.3). 6. [...] Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos

subjetivos [...]. (Exp. N.º 8125-2005-PHC/TC, del 14-11-2005 [Web: 25-01-2006 / EP: 01-02-2006], f. j. 6. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2DNyc9V>).

§ 65. El debido proceso implica el respeto de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia (art. 139.3).

3. El debido proceso implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, [al] acceso a los recursos, a probar plazo razonable, etc. (Exp. N.º 0200-2002-AA/TC, de 15-10-2002 [Web: 07-03-2003 / EP: 07-03-2003], f. j. 3. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2Jl5nEA>).

§ 66. La dimensión sustancial del debido proceso implica que cualquier decisión judicial puede ser evaluada por el juez constitucional (art. 139.3). 31. [A] partir de la dimensión sustancial del debido proceso, cualquier decisión judicial puede ser evaluada por el juez constitucional no solo con relación a los derechos enunciativamente señalados en el artículo 4 del CPConst. sino a partir de la posible afectación que supongan en la esfera de los derechos constitucionales. En consecuencia el argumento de [la empresa demandante en el proceso civil], en el sentido de que el derecho a la libertad de empresa, comercio e industria no deben merecer análisis por este Colegiado al no tratarse de derechos incluidos en el ámbito de la tutela procesal efectiva, carece de sustento y en consecuencia se debe proseguir a su análisis. (Exp. N.º 1209-2006-PA/TC, de 14-03-2006 [Web: 23-10-2006 / EP: 30-11-2006], f. j. 31. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2LbZbDQ>).

DERECHO A LA EJECUCIÓN O EFECTIVIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

§ 67. Contenido constitucional del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales (art. 139.3). 12. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho [a la efectividad de las resoluciones judiciales] impone especiales exigencias a los sujetos pasivos del derecho, es decir, a los que se encuentran en principio vinculados y, en particular, a quienes participaron en calidad de partes en el proceso y, desde luego, al propio juez. Pero también lo está el Presidente de la República, a quien, en su condición de titular del Poder Ejecutivo, conforme establece el inciso 9) del artículo 118 de la Constitución, le corresponde “Cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales”. Respecto de los jueces, el glosado derecho exige un particular tipo de actuación. Y es que si el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia o en una resolución judicial sea cumplido, es claro que quienes las dictan, o quienes resulten responsables de ejecutarlas, tienen la obligación de adoptar, según las normas y procedimientos aplicables -y con independencia de que la resolución a ejecutar haya de ser cumplida por un ente público o no- las medidas necesarias y oportunas para su estricto cumplimiento. (Exps. Acumulados N.ºs 0015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC [*Sobre ejecución de sentencias que ordenan el pago de sumas de dinero contra el Estado*], de 29-01-2004 [Web: 30-01-2004], f. j. 12. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2ORAg7v>).

Y es que si el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia o en una resolución judicial sea cumplido, es claro que quienes las dictan, o quienes resulten responsables de ejecutarlas, tienen la obligación de adoptar, según las normas y procedimientos aplicables -y con independencia de que la resolución a ejecutar haya de ser cumplida por un ente público o no- las medidas necesarias y oportunas para su estricto cumplimiento. (Exps. Acumulados N.ºs 0015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC [*Sobre ejecución de sentencias que ordenan el pago de sumas de dinero contra el Estado*], de 29-01-2004 [Web: 30-01-2004], f. j. 12. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2ORAg7v>).

§ 68. El plazo razonable en la ejecución de sentencias debe entenderse también como una exigencia para lograr la efectividad del pronunciamiento judicial en un plazo que no exceda lo que la naturaleza del caso amerita (art. 139.3). 19. [...] [El] derecho a una decisión sobre el fondo y al cumplimiento de la misma en un plazo razonable es extrapolable a todo tipo de procesos jurisdiccionales. El plazo razonable no solo debe entenderse referido al trámite que existe entre la presentación de una demanda y la decisión sobre el fondo, sino que resulta indispensable que dicho concepto se entienda también como una exigencia para lograr la efectividad del pronunciamiento judicial en un plazo que no debe exceder lo que la naturaleza del caso y sus naturales complicaciones de cumplimiento ameriten, sin que en ningún caso su ejecución se difiera por dilaciones indebidas. (Exp. N.º 4080-2004-AC/TC, de 28-01-2005 [Web: 26-10-2005 / EP: 08-11-2005], f. j. 19. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2Licr1l>).

El plazo razonable no solo debe entenderse referido al trámite que existe entre la presentación de una demanda y la decisión sobre el fondo, sino que resulta indispensable que dicho concepto se entienda también como una exigencia para lograr la efectividad del pronunciamiento judicial en un plazo que no debe exceder lo que la naturaleza del caso y sus naturales complicaciones de cumplimiento ameriten, sin que en ningún caso su ejecución se difiera por dilaciones indebidas. (Exp. N.º 4080-2004-AC/TC, de 28-01-2005 [Web: 26-10-2005 / EP: 08-11-2005], f. j. 19. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2Licr1l>).

§ 69. El derecho a la tutela jurisdiccional no solo implica el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso, sino también el derecho a la “efectividad” de las resoluciones judiciales (art. 139.3). 16. El derecho a la tutela jurisdiccional es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución. Si bien la citada norma no hace referencia expresa a la “efectividad” de las resoluciones judiciales, dicha cualidad se desprende de su interpretación, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos [...]. 17. De este modo, el derecho a la tutela jurisdiccional no solo implica el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso, sino también el derecho a la “efectividad” de las resoluciones judiciales; busca garantizar que lo decidido por la autoridad jurisdiccional tenga un alcance práctico y se cumpla, de manera que no se convierta en una simple declaración de intenciones. (Exp. N.º 0015-2005-PI/TC [Caso *Proceso de inconstitucionalidad Ley que modifica la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva*], del 05-01-2006 [Web: 20-01-2006 / EP: 02-02-2006], ff. jj. 16 y 17. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2IJTp8l>).

MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

(NUMERAL 5)

§ 70. **Derecho a la motivación de las resoluciones judiciales (art. 139.5).** 7. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. (Exp. N.º 728-2008-PHC/TC [Caso *Giuliana Llamuja Hilares*], del 13-10-2008 [Web: 23-10-2008 / EP: 08-11-2008], f. j. 7. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2GdCQ6h>).

§ 71. **La tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios (art. 139.5).** 2. El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. [...] Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios. [...] [E]l análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión solo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. [...] (Exp. N.º 01480-2006-AA/TC [Caso *Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador*], de 27-03-2006 [Web: 20-07-2007-EP, 02-10-2007], f. j. 2. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2uVJiaA>).

§ 72. **El contenido esencial de la motivación se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión (art. 139.5).** 11. Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia

de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión. Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado. [...] (Exp. N.º 1230-2002-HC/TC [Caso *César Humberto Tineo Cabrera*], del 20-06-2002 [Web: 29-08-2002], f. j. 11. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2PyGpFZ>).

PLURALIDAD DE INSTANCIA

(NUMERAL 6)

§ 73. **El derecho a la pluralidad de instancias como garantía del derecho al debido proceso (art. 139.6).** 4. El derecho a la pluralidad de instancias constituye una garantía consustancial del derecho al debido proceso, con la cual se persigue que lo resuelto por un juez de primera instancia pueda ser revisado por un órgano funcionalmente superior y, de esa manera, permitir que lo resuelto por aquel, cuando menos, sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional. (Exp. N.º 0282-2004-AA/TC, de 29-10-2004 [Web: 18-01-2005], f. j. 4. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2muZ88d>).

§ 74. **El derecho a la doble instancia no es absoluto, sino que admite excepciones (art. 139.6).** 11. [En] relación al derecho de pluralidad de instancias, previsto en el inciso 6) del artículo 139° de la Constitución, no se advierte su vulneración, dado que respecto de la resolución que inicialmente pretende cuestionar en autos la parte demandante [...], no solo se pretendió cuestionar vía un pedido de nulidad, sino también mediante un recurso de queja de derecho. En ese sentido, cabe señalar que dicho derecho, al igual que otros contenidos en la Constitución, no es de naturaleza absoluta, por lo que puede ser objeto de límites, que en el caso concreto se traducen en la reglamentación que para el acceso a los medios impugnatorios, se ha establecido en los códigos procesales, en los que se establecen los requisitos a cumplir para cada caso. La violación a este derecho tiene lugar cuando habiéndose cumplido tales requisitos, se deniega el medio impugnatorio impidiendo que la resolución cuestionada sea revisada por la instancia superior, cuando corresponda; en ese sentido, no puede considerarse una vulneración de dicho derecho cuando, por la inactividad o negligencia de la parte, se incumplen tales requisitos, como la resolución cuestionada lo ha señalado en el presente caso. (Exp. N.º 01210-2010-PA/TC, de 12-08-2010 [Web: 20-08-2010], f. j. 11. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2vkWhnd>).

§ 75. **No pueden existir actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control (art. 139.6).** 5. Es inherente a la dimensión jurídica de la Constitución la capacidad de exigir, jurisdiccionalmente su cumplimiento. Afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder. En definitiva, una sociedad con una Constitución a la que no se suma el control jurisdiccional orientado *ad hoc* a asegurar su plena vigencia, en realidad, no tiene Constitución. (Exp. N.º 2730-2006-PA/TC, de 21-07-2006 [Web: 27-07-2006 / EP: 05-08-2006], f. j. 5. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2AlacbX>).

TÍTULO V DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Artículo 200: Acciones de garantía constitucional

Son garantías constitucionales:

1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas leales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular.

3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2º, incisos 5) y 6) de la Constitución.

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas.

El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137º de la Constitución.

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio:

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE LA CORTE SUPREMA Y DE LAS CORTES SUPERIORES

PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

(ÚLTIMO PÁRRAFO)

§ 76. La razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado (último párrafo). 35. [...] [Según] el principio de razonabilidad [...], las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que se deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. La razonabilidad implica que el acto estatal debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran. Así, la doctrina exige que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente “creador” o “motivador” del acto estatal y el

hecho consecuente derivado de aquél. En consecuencia, la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado. Por otro lado, la razonabilidad puede ser analizada desde una doble perspectiva: cuantitativa y cualitativa. La razonabilidad cuantitativa pondera el contenido del proceso discursivo o inferente que concluye con una proposición lógica y axiológicamente válida. Su fundamentación apuesta a la adecuación entre el hecho desencadenante del acto estatal y el resultado de este en cuanto a su magnitud numérica, dineraria, aritmética, etc. La razonabilidad cualitativa pondera el proceso discursivo o inferente que concluye con una regla simétrica o asimétrica de asignación de facultades, derechos, deberes, deberes o servicios, según sean iguales o diferentes los hechos generados por las personas. Así, su objeto será la determinación de consecuencias jurídicas homólogas para aquellos que se encuentren en idénticas circunstancias, y distintas para los que se hallen en disímiles circunstancias. El acto estatal debe acreditar la necesaria disposición o correspondencia entre la causa que lo origina y el efecto buscado. Existe, entonces, la necesidad de acreditar coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto estatal y la consecuencia derivada de aquél. La doctrina plantea la verificación lógico-axiológica de una proposición jurídica bicondicional; esto es, que se justifique la asignación de derechos, facultades, deberes o sanciones, si y solo si guardan armonía y sindéresis con los hechos, sucesos o circunstancias predeterminantes. [...] (Exp. N.º 0090-2004-AA/TC, de 05-07-2004 [Web: 12-07-2004], f. j. 35. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2I9M0yE>).

§ 77. Razonabilidad y arbitrariedad (último párrafo). 12. El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Por lo tanto, [...] “una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no solo por principios de pura razón), es esencialmente anti-jurídica”. Por lo mismo, las determinaciones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como “discrecionales”, no pueden ser “arbitrarias”, por cuanto son sucesivamente “jurídicas” y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la “crítica racional”. El concepto de arbitrario aparece tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica. De allí que, desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad. [...] (Exp. N.º 0090-2004-AA/TC, de 05-07-2004 [Web: 12-07-2004], f. j. 12. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2I9M0yE>).

§ 78. Determinación del nivel de justicia o razonabilidad de una decisión. 11. Determinar el nivel de justicia o razonabilidad de una decisión no es, sin embargo, y cualquiera que sea el ámbito de donde provenga, algo que pueda medirse conforme a un juego o interpretación sustentada en la libre discrecionalidad. En realidad, depende de varios factores que, aunque en ocasiones pueden darse por separado, también pueden presentarse de modo concurrente, siendo pertinente mencionar, como supuestos en los que procedería el control en salvaguarda del debido proceso sustantivo: a) el respeto o sujeción a los derechos y valores constitucionales, b) la interdicción a la arbitrariedad, c) la exigencia de sentido común o racionalidad en la toma de decisión. (Exp. N.º 02698-2012-AA/TC, de 12-10-2012 [Web: 10-07-2012], f. j. 11. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2qMzUnC>).

REMISIÓN

§ 78a. **Sobre el principio de razonabilidad.** Véase la jurisprudencia del artículo 2º de la Ley [§ 192 ss.] y del artículo 50º de la Ley [§ 822].

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**(ÚLTIMO PÁRRAFO)**

§ 79. **Principio de proporcionalidad: estructura. 18.** El principio de proporcionalidad [...] está estructurado por tres subprincipios: de necesidad, de adecuación y de proporcionalidad en sentido estricto. “De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas”. Esto supone que cuando el Tribunal se enfrenta a un caso donde existe conflicto entre dos principios constitucionales, deberá realizar no solo un ejercicio argumentativo enjuiciando las disposiciones constitucionales en conflicto (ponderación), sino también deberá evaluar también todas las posibilidades fácticas (necesidad, adecuación), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada. (Exp. N.º 2192-2004-AA/TC, de 11-10-2004 [Web: 09-02-2005], f. j. 18. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2I0ytfO>).

§ 80. **El principio de proporcionalidad constituye un test o canon de valoración para evaluar actos estatales que inciden sobre derechos subjetivos (último párrafo). 3.** En primer lugar, cabe precisar que el principio de proporcionalidad constituye un test o canon de valoración para evaluar actos estatales que inciden sobre derechos subjetivos (constitucionales o simplemente legales). Se trata de una técnica a partir de la cual el juzgador puede evaluar si la intromisión estatal en el ámbito de los derechos resulta, o no, excesiva. [...] (Exp. N.º 0760-2004-AA/TC, de 29-12-2003 [Web: 02-03-2006], f. j. 3. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2KYjP7L>).

§ 81. **La proporcionalidad exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto. La proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad (razonabilidad instrumental) (último párrafo). 35.** [...] La proporcionalidad exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal. En consecuencia, la proporcionalidad lo será cuando la razón del efecto sea deducible de la causa, o previsible a partir de ella. Ahora bien, más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad (razonabilidad instrumental). (Exp. N.º 0090-2004-AA/TC, de 05-07-2004 [Web: 12-07-2004], f. j. 35. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2I9M0yE>).

.....

SEGUNDA PARTE

**TUO DE LA LEY DE
CONTRATACIONES DEL ESTADO**

**DECRETO SUPREMO N.º 082-2019-EF
(EP, 13-03-2019)**

TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N.º 30225, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

DECRETO SUPREMO N.º 082-2019-EF

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, mediante la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado se establecen las disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contratación de bienes, servicios, consultorías y obras que realicen;

Que, mediante la Ley N.º 30353, el Decreto Legislativo N.º 1341 y la Ley N.º 30689 se modifican e incorporan algunos artículos de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, a fin de, entre otros, modificar el marco normativo del sistema de contrataciones del Estado, reorganizar el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, y modificar los supuestos de impedimentos para contratar con el Estado;

Que, asimismo, mediante el Decreto Legislativo N.º 1444 se modifican, incorporan y derogan algunos artículos de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, con la finalidad de impulsar la ejecución de políticas públicas nacionales y sectoriales mediante la agilización de los procesos de contratación; así como fortalecer al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado y a la Central de Compras Públicas para fomentar la eficiencia en las contrataciones;

Que, dado los cambios normativos introducidos, la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1444 dispuso que se apruebe el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, dentro de los treinta (30) días hábiles de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N.º 1444;

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 8) del artículo 118 de la Constitución Política del Perú, en la Ley N.º 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, y en el Decreto Legislativo N.º 1444, Decreto Legislativo que modifica la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado;

DECRETA:

Artículo 1: Aprobación del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.- Apruébase el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, que consta de ocho (8) títulos, sesenta y dos (62) artículos, veinticuatro (24) Disposiciones Complementarias Finales, dos (2) Disposiciones Complementarias Transitorias,

una (1) Disposición Complementaria Modificatoria y una (1) Disposición Complementaria Derogatoria, y que forma parte integrante del Decreto Supremo.

Artículo 2: Publicación.- Dispóngase la publicación del Decreto Supremo en el Diario Oficial El Peruano; así como en el Portal Institucional del Estado Peruano (www.peru.gob.pe) y en el Portal Institucional del Ministerio de Economía y Finanzas (www.mef.gob.pe), en la misma fecha de su publicación en el referido diario oficial.

Artículo 3: Refrendo.- El Decreto Supremo es refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los doce días del mes de marzo del año dos mil diecinueve.

MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO
Presidente de la República

CARLOS OLIVA NEYRA
Ministro de Economía y Finanzas

TÍTULO I DISPOSICIONES PRELIMINARES

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1: Finalidad

La presente norma tiene por finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos. Dichas normas se fundamentan en los principios que se enuncian en el artículo 2.

(Texto según el artículo 1 de la Ley N.º 30225)

DEFINICIONES

BIENES: Son objetos que requiere una Entidad para el desarrollo de sus actividades y el cumplimiento de sus funciones y fines.

SERVICIO: Actividad o labor que requiere una Entidad para el desarrollo de sus actividades y el cumplimiento de sus funciones y fines. Los servicios pueden clasificarse en servicios en general, consultoría en general y consultoría de obra. La mención a consultoría se entiende que alude a consultoría en general y consultoría de obras.

OBRA: Construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§ 82. **Finalidad de la Ley de Contrataciones del Estado.** 11. La contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones. 12. La función constitucional de esta disposición [art. 76 de la Constitución] es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos. [...] 14.

Resulta claro que la finalidad de eficiencia y transparencia en las adquisiciones puede conseguirse de mejor modo mediante procesos de selección como los establecidos por el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pues la serie de etapas que presenta (convocatoria, apertura de propuestas técnicas y económicas, y adjudicación de la buena pro, las cuales son supervisadas por un comité especial encargado de llevar a cabo el proceso y sobre el cual descansa la responsabilidad del mismo), garantizan, en cierto modo, la imparcialidad frente a los postores y la mejor decisión a favor del uso de recursos públicos. [...] **19.** [Si] bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76° de la Constitución, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución, y cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública. Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario. **20.** Este Colegiado reconoce que hoy en día la búsqueda de una mayor eficacia en la administración pública puede determinar que, debido a particulares y específicas necesidades de cada entidad, en términos de costo y tiempo -necesidades que van surgiendo como consecuencia de la modernización del Estado-, se opte por mecanismos alternos, pues como ya se ha señalado, lo que finalmente se busca con los procedimientos especiales de adquisición pública es lograr una mayor ventaja para el Estado, optimizando el uso de recursos públicos. **21.** Por lo expuesto precedentemente, y asumiendo como perspectiva de análisis el *carácter dinámico* de la Constitución, cuya finalidad es sistematizar e integrar la realidad a la norma constitucional, consideramos que -contrariamente a lo alegado por la parte demandante- la Constitución sí permite mecanismos alternos, siempre y cuando estén previstos por ley, respeten los principios que subyacen en el artículo 76° de la Constitución, y representen la consecución de mayores ventajas para el Estado y la sociedad en general. En ningún caso el mecanismo alternativo y de excepción estará exento de fiscalización previa o posterior, ni tampoco de la determinación de eventuales responsabilidades a que hubiera lugar. (Exp. N.º 020-2003-AI/TC [*Proceso de inconstitucionalidad contra la tercera disposición final de la Ley N.º 27635*], del 17-05-2004 [Web: 12-07-2004 / EP: 14-07-2004], ff. jj. 11, 12, 14, 19, 20 y 21. Texto completo: <bit.ly/2DE6CzC>).

§ 83. Límites a la actuación de la administración pública. 17. La administración pública obtiene todas sus competencias, así como los límites de su actuación, dentro del marco normativo establecido en la Constitución Política peruana, por lo que se prevé que la actuación de la misma se desarrolle dentro del marco normativo establecido en la misma, así como en las normas de superior jerarquía que contienen los preceptos sobre los cuales se asienta el Estado social de derecho. (Exp. N.º 1711-2005-PHC/TC, de 11-09-2006, f. j. 17. Texto completo: <bit.ly/2UGICsr>).

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 84. Finalidad de la normativa de contrataciones del Estado. 2. Con el propósito de dilucidar esta controversia, es relevante destacar que en reiteradas oportunidades este Tribunal ha enfatizado que las Bases constituyen las reglas definitivas del proceso de selección y es en función de ellas que debe efectuarse la calificación y evaluación de las propuestas, quedando tanto las Entidades como los postores sujetos a sus disposiciones. Es preciso recalcar que el análisis que efectúe este Tribunal debe tener como premisa que la finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra que las Entidades adquieran bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles, dentro de un escenario adecuado que garantice tanto la concurrencia entre potenciales proveedores como la debida transparencia en el uso de los recursos públicos. Bajo esta premisa, las exigencias de orden formal y sustancial que la normativa prevea o cuya aplicación surja a partir de su interpretación deben obedecer a la necesidad de asegurar el escenario más idóneo en el que, dentro de un contexto de libre competencia, se equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y se garantice el pleno ejercicio del derecho de las personas naturales y jurídicas para participar como proveedores del Estado. (Resolución N.º 323-2014-TC-S4, de 03-03-2014, f. 2. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2Psmuwc>).

§ 85. Finalidad de la normativa de contrataciones públicas. 12. [...] Es preciso recalcar que el análisis que efectúe este Tribunal debe tener como premisa que la finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra que las Entidades adquieran bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles, dentro de un escenario adecuado que garantice tanto la concurrencia entre potenciales proveedores como la debida transparencia en el uso de los recursos públicos. [...] (Resolución N.º 0280-2016-TCE-S4, de 04-03-2016, f. 12. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2HF3N4N>).

§ 86. Finalidad de la normativa de contratación pública. 15. [...] [La] finalidad de la normativa de contratación pública no es otra que las Entidades adquieran bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles, dentro de un escenario adecuado que garantice tanto la mayor concurrencia de potenciales proveedores como la debida transparencia y eficiencia en el uso de los recursos públicos. (Resolución N.º 526-2012-TC-S2, de 05-06-2012, f. 15. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2RgY3Os>).

§ 87. La finalidad de la normativa de las contrataciones públicas busca maximizar el valor de los recursos públicos invertidos. 4. Ahora bien, es preciso también recalcar que el análisis que efectúe este Tribunal debe tener como premisa que la finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra que las Entidades adquieran bienes, servicios y obras, maximizando el valor de los recursos públicos que se invierten bajo el enfoque de gestión por resultados, de tal manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios regulados en la Ley. Bajo esta premisa, las exigencias de orden formal y sustancial que la normativa prevea o cuya aplicación surja a partir de su interpretación, deben obedecer la necesidad de asegurar el escenario más idóneo en el que, dentro de un contexto de libre competencia, se equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y se garantice el pleno ejercicio del derecho de las personas naturales y jurídicas para participar como proveedores del Estado. [...] (Resolución N.º 2724-2016-TCE-S4, de 16-11-2016, f. 4. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2DiVZly>).

§ 88. La finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra que las entidades adquieran bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles. 5. [Es] preciso recalcar que el análisis que efectúe este Tribunal, debe tener como premisa que la finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra que las entidades adquieran bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles, dentro de un escenario adecuado que garantice tanto la concurrencia entre potenciales proveedores como la debida transparencia en el uso de los recursos públicos. Bajo esta premisa, las exigencias de orden formal y sustancial que la normativa prevea o cuya aplicación surja a partir de su interpretación, deben obedecer a la necesidad de asegurar el escenario más idóneo en el que, dentro de un contexto de libre competencia, se equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y se garantice el pleno ejercicio del derecho de las personas natural s jurídicas para participar como proveedores del Estado. (Resolución N.º 0039-2017-TCE-S1, de 06-01-2017, f. 5. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2QoCBqm>).

§ 89. Evaluación de experiencia a consorcios realizadas por el comité especial. Finalidad de la normativa sobre contratación pública. Véase la jurisprudencia del artículo 13º de la Ley [§ 413]. (Resolución N.º 0041-2016-TCE-S2, de 07-01-2016, f. 39. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2K325rq>).

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 90. Las normas especiales que regulan la ejecución de las prestaciones objeto de los procesos de selección son de aplicación obligatoria. [...] Sobre el particular, debe manifestarse que, si bien la normativa que regula la contratación gubernamental es de aplicación obligatoria para la realización de los procesos de selección, las normas especiales que regulan la ejecución de las prestaciones objeto de los procesos también lo es, constituyendo obligación de las Entidades, específicamente de los Comités Especiales durante la realización de los procesos de selección, respetar los parámetros que, a tal efecto, dichas normas hayan establecido. En efecto, tanto los proveedores como las Entidades del Estado deben

cumplir en forma obligatoria con lo dispuesto no sólo en la normativa general sobre contratación estatal sino además en las normas especiales que, de manera particular, regulen la prestación de aquello que constituye objeto del proceso. En consecuencia, este Consejo Superior acoge la observación formulada por el adquirente de Bases, por lo que el Comité Especial deberá cumplir con las disposiciones contenidas tanto con la normativa general que regula la contratación gubernamental como con la normativa especial que regula la prestación de aquello que constituye objeto del proceso de selección, por lo que sólo podrán participar aquellos postores que, de acuerdo a la legislación específica de la materia, se encuentran en aptitud legal para prestar dicho servicio. (Pronunciamiento N.º 038-2002/GTN, de 01-04-2002, Observación N.º 03. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Cc4kp4>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 91. La Ley de Contrataciones constituye la norma de desarrollo del artículo 76º de la Constitución Política. 2.2. Con la finalidad de lograr el mayor grado de eficacia en las contrataciones públicas -esto es, que las Entidades obtengan los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, al menor precio y con la mejor calidad, de forma oportuna- y la observancia de principios básicos que aseguren la transparencia en las transacciones, la imparcialidad de la Entidad, la libre concurrencia de proveedores, así como el trato justo e igualitario, el artículo 76º de la Constitución Política dispone que la contratación de bienes, servicios u obras con fondos públicos se efectúe obligatoriamente por licitación o concurso, de acuerdo con los procedimientos y requisitos señalados en la ley. En este sentido, la Ley de Contrataciones del Estado constituye la norma de desarrollo del citado precepto constitucional, dado que establece las reglas que deben observar las Entidades en las contrataciones que realicen con fondos públicos. (Opinión N.º 027-2009/DTN, de 30-04-2009, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2WgpATG>).

Artículo 2: Principios que rigen las contrataciones

Las contrataciones del Estado se desarrollan con fundamento en los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público que resulten aplicables al proceso de contratación.

Los principios sirven de criterio de interpretación para la aplicación de la presente Ley y su reglamento, de integración para solucionar sus vacíos y como parámetros para la actuación de quienes intervengan en dichas contrataciones:

a) **Libertad de concurrencia.** Las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.

b) **Igualdad de trato.** Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva.

c) **Transparencia.** Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

d) **Publicidad.** El proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones.

e) **Competencia.** Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.

f) **Eficacia y Eficiencia.** 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 para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos.

g) **Vigencia Tecnológica.** Los bienes, servicios y obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública para los que son requeridos, por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.

h) **Sostenibilidad ambiental y social.** En el diseño y desarrollo de la contratación pública se consideran criterios y prácticas que permitan contribuir tanto a la protección medioambiental como social y al desarrollo humano.

i) **Equidad.** Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.

j) **Integridad.** La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341)

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§ 92. **Afectación al derecho a la igualdad de trato.** Demandante sostiene que en sede administrativa ha sido objeto de un injustificado tratamiento diferenciado, ocasionado por la resolución que desestimó su recurso de apelación, a pesar de que con anterioridad la emplazada resolvió favorablemente la misma controversia expresando un parecer distinto (art. 2.b). 19. Este Colegiado ha explicado que el derecho a la igualdad tiene dos facetas: el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. En cuanto a la primera faceta, el derecho a la igualdad exige que la norma deba ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma jurídica; mientras que por lo que se refiere a la segunda, el derecho a la igualdad implica que un órgano no puede apartarse arbitrariamente del sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando se considere que se debe modificar sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. 20. En sede administrativa, en la STC N.º 1279-2002-AA/TC (fundamento 3) [§ 117], se ha señalado en particular que “el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley exige que un mismo órgano administrativo, al aplicar una misma ley, o una disposición de una ley, no lo haga de manera diferenciada o basándose en condiciones personales o sociales de los administrados. Se prohíbe, así, la expedición por un mismo órgano administrativo de actos o resoluciones administrativas arbitrarias, caprichosas y subjetivas, carentes de una base objetiva y razonable que la legitime. Dicha dimensión del derecho a la igualdad jurídica se encuentra, como es obvio, directamente conectado con el principio de seguridad jurídica que este Tribunal Constitucional ha proclamado como un principio implícito de nuestro ordenamiento constitucional: ‘Ningún particular puede ser discriminado o tratado diferenciadamente por los órganos -judiciales o administrativos- llamados a aplicar las leyes-’”. 21. En el caso de autos, el demandante ha sostenido que en sede administrativa ha sido objeto de un injustificado tratamiento diferenciado, ocasionado por la Resolución N.º 170-2012-TC-S1, que desestimó su recurso de apelación, a pesar de que con anterioridad la emplazada resolvió favorablemente la misma controversia expresando un parecer distinto, lo que constituye una

vulneración de su derecho a la igualdad. **22.** En relación con la evaluación de si un tratamiento diferenciado constituye una afectación al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, este Tribunal Constitucional ha establecido que el presunto agraviado debe plantear un término de comparación válido, a partir del cual se pueda contrastar la diferenciación y su arbitrariedad. En la STC N.º 01211-2006-PA/TC (fundamento 24) [§ 118], este Colegiado ha entendido que ese término de comparación es el examen de una o varias decisiones, previas o de la misma fecha, donde ante hechos similares y frente a una norma aplicable, el caso se haya resuelto de una manera contraria a la resolución judicial que se cuestiona. Este criterio, si bien ha sido construido originalmente enfocado en el ámbito jurisdiccional, este Colegiado estima que no existen mayores inconvenientes en extenderlo al ámbito procesal administrativo, puesto que en ambos escenarios, jurisdiccional y administrativo, existe la misma lógica de un orden conformado por reglas jurídicas, un órgano aplicador y un destinatario de la decisión, por lo que este criterio es apropiado y aplicable a la actuación administrativa a efectos de comprobar las afectaciones al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. **23.** En el presente caso, para la evaluación de la [cuestionada] Resolución N.º 170-2012-TC-S1 [de 15 de febrero de 2012], se ha planteado como término de comparación la reciente Resolución N.º 97-2012-TC-S1, de fecha 15 de enero de 2012. Para tal efecto, se verifica que ambas han sido emitidas por la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE; que la Sala en mención estuvo conformada por los mismos integrantes [...], que opinaron acerca del mismo supuesto de hecho, o sea, de la acreditación de los requisitos mínimos para el personal profesional de ingeniería, y que en ambas se expusieron pareceres jurídicos distintos; por lo que es un parámetro válido para evaluar la afectación al derecho a la igualdad. En consecuencia, corresponde a continuación examinar si la Resolución N.º 170-2012-TC-S1 ha ofrecido una justificación objetiva y razonable para realizar un trato desigual. [...] **25.** [De lo analizado] se observa lo siguiente. En una primera oportunidad, la Resolución N.º 97-2012-TC-S1 (15 de enero de 2012) establece que, sobre el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos para el profesional en ingeniería, la presentación del “Título Profesional es un documento prescindible, si es que se han adjuntado los diplomas de Colegiatura y Habilidad expedidos por el Colegio de Ingenieros del Perú. Conforme expresa la misma Resolución N.º 97-2012-TC-S1 [...], existe la suposición de que si el profesional tiene registro en el citado Colegio, se entiende entonces que necesariamente posee el título profesional, dado que según la Ley N.º 24648, Ley del Colegio de Ingenieros del Perú, la colegiatura es “obligatoria” y, según el Estatuto del mismo Colegio, para la incorporación como miembro ordinario es necesario tener título de ingeniero expedido, revalidado o reconocido. Luego, en la [cuestionada] Resolución N.º 170-2012-TC-S1 (15 de febrero de 2012), la misma Sala considera contrariamente que sí es indispensable adjuntar la “copia del Título Profesional”, aun cuando se haya cumplido con presentar los diplomas de Colegiatura y Habilidad. Cabe precisar que en ambas resoluciones administrativas se analiza la pertinencia de la presentación del referido documento a partir de sus propias bases, siendo que en ambas se exigía de igual modo, como uno de los medios para acreditar el grado profesional, la referida “copia del Título Profesional”. **26.** En consecuencia, este Colegiado concluye que en la Resolución N.º 170-2012-TC-S1 existió un tratamiento diferenciado injustificado. Se ha constatado que en ambas se analizó el mismo supuesto de hecho sobre la documentación idónea para acreditar el grado profesional del personal especializado y, en ambas, se adjudicó soluciones jurídicas distintas y contrarias entre sí. La Resolución N.º 170-2012-TC-S1 no expresó en su debida oportunidad las razones por las cuales no continuó el criterio preestablecido acerca de prescindir del título profesional cuando se hayan presentado los diplomas de Colegiatura y Habilidad expedidos por el Colegio de Ingenieros del Perú. En ese sentido, en este extremo debe estimarse la demanda, por haberse acreditado la vulneración al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. [...] Por estos [y otros] fundamentos, el Tribunal Constitucional [...] HA RESUELTO [...] declarar FUNDADA la demanda en el extremo referido a la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, causada por la Resolución N.º 170-2012-TC-S1, de fecha 15 de febrero de 2012, expedida por la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE. (3) Disponer que el Tribunal de Contrataciones del OSCE no vuelva a incurrir en la acción que motivó la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley [...]. (4) DEJAR SIN EFECTO el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC [§ 187], conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Admi-

nistración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo. (Exp. N.º 04293-2012-PA/TC del 18-03-2014 [Web: 14-04-2014 / EP: 03-07-2014], ff. jj. 19, 20, 21, 22, 23, 25 y 26, entre otros, que deja sin efecto el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, sobre el control difuso administrativo. Texto completo: <bit.ly/2LWEqfY>).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES Y DE ORGANISMOS SUPERVISORES, PRONUNCIAMIENTOS Y OPINIONES DEL OSCE

APLICACIÓN GENERAL DE LOS PRINCIPIOS

§ 93. Finalidad de los principios. 3. [...] [El] régimen de contratación pública se rige por diversos principios, los mismos que tienen como finalidad garantizar el adecuado marco en el que, dentro de un contexto de libre competencia, se equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y el derecho de las personas naturales y jurídicas a participar como proveedores del Estado, acorde con la consecución de los fines del Estado, de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias previstas en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado. (Resolución N.º 456-2008-TC-S4, de 12-02-2008, f. 3. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2MvRnLo>).

§ 94. Los principios de la contratación pública son de aplicación transversal a estas. 3. Considerando que principios tales como el de “Transparencia” y “Publicidad” son de aplicación transversal a toda contratación pública, incluyendo a aquella que se enmarque en regímenes legales de contratación de carácter especial, es responsabilidad de la Entidad adoptar las medidas necesarias a efectos de dotar de difusión a dichas contrataciones, pudiendo recurrir a publicaciones en su portal web, avisos en el local de la Entidad u otros medios que faciliten la supervisión y el control de las mismas. (Opinión N.º 188-2016/DTN, de 01-12-2016, f. 3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Hpo1zC>).

§ 95. Los principios encausan y delimitan la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento. 33. [...] [El] procedimiento administrativo se rige por principios, que constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos, por un lado, para encausar y delimitar la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento; y, por el otro, para controlar la discrecionalidad de la Administración en la interpretación de las normas aplicables, en la integración jurídica para resolver aquellos aspectos no regulados, así como para desarrollar las regulaciones administrativas complementarias. (Resolución N.º 1243-2010-TC-S2, de 24-06-2010, f. 33. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2sR0nBH>).

§ 96. Los principios controlan la discrecionalidad de las Entidades en la interpretación de las normas existentes. 19. [El] procedimiento administrativo se rige por principios, los cuales constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos para encausar, controlar y limitar la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento. Asimismo, controlan la discrecionalidad de las Entidades en la interpretación de las normas existentes. (Resolución N.º 435-2012-TC-S1, de 27-04-2012, f. 19. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Wf1Kp>).

§ 97. Los principios desempeñan un importante rol en las contrataciones al velar por el interés general. 12. La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos. (Exp. N.º 020-2003-AI/TC [Proceso de inconstitucionalidad contra la tercera disposición

final de la Ley N.º 27635], del 17-05-2004 [Web: 12-07-2004 / EP: 14-07-2004], f. j. 12. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2DE6CzC>).

§ 98. Los principios del procedimiento administrativo buscan orientar la actuación de la administración y controlar su discrecionalidad en la interpretación de las normas aplicables. 24. En adición a lo expresado, es menester destacar que el procedimiento administrativo se rige por principios, que constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos, por un lado, para encausar y delimitar la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento Y, por el otro, para controlar la discrecionalidad de la Administración en la interpretación de las normas aplicables, en la integración jurídica para resolver aquellos aspectos no regulados, así como para desarrollar las regulaciones administrativas complementarias. Garantizan ello, entre otros, los principios de eficacia y eficiencia, igualdad de trato, recogidos en el artículo 2 de la ley. (Resolución N.º 0318-2017-TCE-S1, de 14-03-2017, f. 24. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2QJugia>).

§ 99. Los principios de la Ley de Contrataciones del Estado resultan de observancia obligatoria a aquellas contrataciones que se sujeten a un régimen especial de contratación, aun cuando estas contrataciones se encuentren excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado por disposición expresa de la Ley. CONSULTA: 2.1. *“¿La Directiva de Adjudicación Directa para Terceros DES-26-001, emitida por SIMA PERU S.A., al amparo de su ley de creación -la cual por principio de especialidad prevalecería sobre la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado-, debe respetar los principios constitucionales (eficiencia, transparencia, trato igualitario) que rige toda Contratación Pública?”*. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Las contrataciones de servicios y adquisición de materiales, equipos, maquinarias y demás partes utilizadas en las actividades que desarrolle SIMA-PERU S.A., de acuerdo a la finalidad y objeto de su creación, serían realizadas de acuerdo a las normas que apruebe su Directorio, por lo que se encontrarían fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, debiendo la dependencia respectiva de dicha institución verificar la aplicación, interpretación y cumplimiento de su propia ley de creación así como de las condiciones y disposiciones que configurarían la no aplicación de las normas de contrataciones públicas a su régimen de carácter especial. 3.2. Los Principios de la Ley de Contrataciones del Estado sirven como criterios interpretativos o integradores y, además, como parámetros para las actuaciones de quienes intervengan en las contrataciones, por lo que resultan de observancia obligatoria a aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que se sujeten a un régimen especial de contratación, aun cuando estas contrataciones se encuentren excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado por disposición expresa de la Ley. (Opinión N.º 194-2016/DTN, de 07-12-2016, ff. 2.1, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EMNArj>).

§ 100. El cumplimiento de un principio no puede proscribir otro u otros. 2. [...] [L]os principios previstos por [...] la Ley no se materializan en forma individual o independientemente uno de otro, sino que su observancia debe ser conjunta o concurrente durante todo el desarrollo del procedimiento, desde la elaboración de las Bases hasta el otorgamiento de la buena pro y suscripción del contrato respectivo. El cumplimiento de un principio no puede proscribir otro u otros. [...] (Pronunciamento N.º 030-2001/GTN, de 07-05-2001, Observación N.º 1. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CUGizo>).

§ 101. Tanto los principios como las garantías extienden su aplicación al ámbito del derecho administrativo sancionador y disciplinario. 12. [No] sólo los principios materiales del derecho sancionador del Estado son aplicables al ámbito del derecho administrativo sancionador y disciplinario. También lo son las garantías adjetivas que en aquél se deben de respetar. En efecto, es doctrina consolidada de este Colegiado que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, “judicial”, sino que se extiende también a sede “administrativa” y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, a “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, (la que) tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos

del artículo 8º de la Convención Americana”. (Exp. N.º 2050-2002-AA/TC [Caso *Carlos Israel Ramos Colque*], del 16-04-2003 [Web: 28-05-2003 / EP: 28-05-2003], f. j. 12. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2ITRD7C>).

§ 102. La Administración no solo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada. 156. [...] [Es] preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38 de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tienen el deber de respetarla y defenderla. En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución. (Exp. N.º 050-2004-AI/TC y otros [*Proceso de Inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28389 y la Ley N.º 28449*] del 03-06-2005 [Web: 06-06-2005], f. j. 156. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2r7Bp0O>).

§ 103. En caso una Entidad decida contar con un corredor de seguros, la designación de este debe ser realizada observando los principios que establece la Ley. Las Entidades no pueden establecer restricciones irracionales al acceso a las contrataciones que convocan. Ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado: criterio objetivo y criterio subjetivo. Véase la jurisprudencia del artículo 33º del Nuevo Reglamento [§ 1054]. (Opinión N.º 121-2018/DTN, de 16-08-2018, ff. 2.2, 2.2.1, 2.2.2 y 2.2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Si6sCb>).

PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CONCURRENCIA

(LITERAL A)

§ 104. Principio de libre concurrencia y competencia (art. 2.a). 3. [...] [En] virtud del principio de libre concurrencia y competencia, en las contrataciones públicas deben incluirse regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores. (Resolución N.º 0199-2016-TCE-S3, de 11-02-2016, f. 3. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2OKgfb>).

§ 105. Principio de concurrencia. Exceso de exigencias y formalismos (art. 2.a). 8. Mientras más exigencias y formalismos innecesarios se consideren al momento de realizar la evaluación y calificación de las propuestas presentadas por los postores, más se corre el riesgo de afectar una mejor y mayor competencia, y por ende sacrificar el desarrollo eficiente del proceso de selección, dejando de lado el precio y la calidad del bien a adquirir. **9.** En ese orden de ideas, las decisiones que se adopten en el marco de las contrataciones y adquisiciones del Estado deben responder al equilibrio armónico que debe existir entre los derechos de los postores y su connotación en función de las razones de bien común e interés general a efectos de garantizar la participación de diversas personas en la calificación de las ofertas, para elegir la mejor entre ellas. (Resolución N.º 986-2006-TC-SU, de 13-11-2006, ff. 8 y 9. Sala Única. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Rnvkr0>).

§ 106. Principio de libertad de concurrencia. Riesgo de vulneración de los principios de la Ley requiriendo el cumplimiento de formalidades no esenciales para el proceso de selección. Principio de eficacia y eficiencia. Principio de privilegio de controles posteriores (art. 2.a). 19. [...] [Conforme] [...] a los fundamentos de hecho reseñados en el recurso de apelación, se advierte que la no admisión de la oferta presentada por el Impugnante, se determinó porque el Comité de Selección consideró que: i. Omitió presentar los catálogos, manuales, folletos y/o *datasheet* del fabricante o dueño de la marca relativos al equipo que se está ofertando (en original), exigido en el literal d) del numeral 2.2.1.1. de las bases. ii. No sustenta el cumplimiento de la entrega de los accesorios del equipo (Declaración Jurada u otro documento que acredite su cumplimiento). [...]. **22.** Sobre el particular, el principio de eficacia y eficiencia, regulado en el literal f) del artículo 2 de la Ley indica que el proceso



de contratación y las decisiones que se adopten en el mismo deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la fiscalización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos. 23. En atención a dichas disposiciones, este Colegiado considera que la exigencia consistente en que los postores presenten los documentos que sustenten el cumplimiento de las especificaciones técnicas, en original, no refleja la aplicación de lo dispuesto en el artículo 41 de la LPAG [Ley del Procedimiento Administrativo General], ni del principio de eficacia y eficiencia, que, entre otros, sirve de parámetro para las actuaciones de los miembros del Comité de Selección, incluida aquella referida a la elaboración de las bases del procedimiento de selección. 26. [...] [Este] Colegiado considera que, a efectos de elaborar las bases del procedimiento de selección, el Comité debió tener en cuenta que en el numeral 1.16 del Título Preliminar de la LPAG, se encuentra previsto el principio de privilegio de controles posteriores, en virtud del cual la tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior, reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz. De ese modo, este Colegiado considera que el Comité de Selección no puede requerir que los postores cumplan con formalidades no esenciales con el pretexto de asegurarse la veracidad de la documentación, ya que conforme al principio de privilegio de controles posteriores, la Entidad estará facultada a comprobar dicha veracidad mediante una fiscalización realizada posteriormente a la tramitación del procedimiento administrativo. 27. [...] De esa forma, este Colegiado considera que el requisito de la documentación original a ser presentada en el procedimiento de selección, afecta el principio de libertad de concurrencia, previsto en el literal a) del artículo 2 de la Ley, en virtud del cual las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias, además que se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores. [...]. 29. Bajo ese contexto, debe declararse la nulidad del procedimiento de selección, en la medida que el vicio consistente en la contravención a los principios de libre concurrencia y de eficacia y eficiencia, así como al artículo 51 de la LPAG, tuvo lugar en la elaboración de las bases, debiendo retrotraerse el mismo a su etapa de convocatoria, previa reformulación de las citadas bases, conforme a las disposiciones antes señaladas. (Resolución N.º 2503-2016-TCE-S4, de 24-10-2016, ff. 19, 22, 23, 26, 27 y 29. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2UonQWF>).

§ 107. La Entidad es responsable de la difusión de sus contrataciones, a pesar de que contrate con entidades subordinadas a un régimen especial, con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva. 2.4. Conforme a ello, debe reconocerse que existe un régimen general correspondiente a la normativa de contrataciones del Estado y, en paralelo, pueden existir regímenes legales de contratación, de carácter especial, creados mediante ley, que establecen sus propios requisitos, procedimientos y demás formalidades para llevar a cabo las contrataciones públicas bajo su ámbito. [...] 2.6. [...] [I]ndependientemente que una contratación se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, fuera de dicho ámbito o se efectúe al amparo de regímenes legales de contratación de carácter especial, la Entidad debe realizarla de conformidad con los principios que rigen toda contratación pública, pues esta implica la erogación de fondos públicos. Al respecto, cabe señalar que en virtud del “Principio de Transparencia”, las Entidades deben proporcionar información clara y coherente con el fin de que el proceso de contratación sea comprendido por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad; mientras que, de conformidad con el “Principio de Publicidad”, el proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones. Por lo expuesto, considerando que principios tales como el de “Transparencia” y “Publicidad” son de aplicación transversal a toda contratación pública, incluyendo a aquella que se enmarque en regímenes legales de contratación de carácter especial, es responsabilidad de la Entidad adoptar las medidas necesarias a efectos de dotar de difusión a dichas contrataciones, pudiendo recurrir a publicaciones en su portal web,

avisos en el local de la Entidad u otros medios que faciliten la supervisión y el control de las mismas. (Opinión N.º 188-2016/DTN, de 01-12-2016, ff. 2.4 y 2.6. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Hpo1zC>).

§ 108. Riesgo de vulnerar los principios de libertad de concurrencia e igualdad de trato solicitando formalidades no establecidas en las bases del proceso de selección (art. 2.a). 6. El Impugnante cuestiona la no admisión de su propuesta técnica, realizada por el Comité de Selección, quien señaló que su representada no habría acreditado a su representante legal en el documento de entrega de presentación de su oferta técnica y económica. Sobre el particular, el Impugnante señala que sí cumplió con presentar su oferta técnica y económica mediante un escrito simple debidamente firmado por su representante, documento que no debió ser materia de observación, pues de acuerdo a las Bases del procedimiento de selección y a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, no se exige formalidad alguna para que los postores presenten sus ofertas, ni en actos públicos ni en privados, precisando, por el contrario, que existe una obligación por parte de la Entidad de recibirlo a través de la entrega de un cargo de recepción de la oferta, donde conste fecha y hora de su entrega. En su caso, indica que su oferta fue entregada el 6 de setiembre de 2016, tal como consta en el “Cargo de trámite de presentación de propuesta técnica y económica [...]” que la Entidad le entregó. 7. Al respecto, en su Informe Técnico Legal [...], la Entidad señala que la oferta del Impugnante no fue admitida debido a que fue presentada mediante escrito simple firmado por el representante legal del Impugnante, sin demostrar fehacientemente ser integrante de éste. En tal sentido, señala que la presentación de la oferta realizada por el Impugnante no cumplió con las formalidades que la parte general y específica del Reglamento de la Ley exige; por lo que, el Comité de Selección actuó dentro del marco legal al no admitir la propuesta del Impugnante, por no haberse presentado con las formalidades que determina la Ley. 8. Por su parte, el Adjudicatario ha señalado que el criterio del Comité de Selección resulta adecuado, pues la formalidad establecida para la presentación de las ofertas, no ameritaba mayor análisis o dificultad para su cumplimiento, tan solo se requería que la persona que firmara el documento, que serviría para entregar la oferta, se encontrara debidamente “designada para dicho fin; es decir, algún apartado dentro de ese documento del cual se pudiera advertir que dicho sujeto se encontraba designado para realizar el acto antes mencionado, muy aparte de la Promesa Formal de Consorcio que se encontraba dentro del sobre cerrado que contenía su oferta técnica. [...]”. 10. [...] [El] Comité de Selección no admitió la oferta del Impugnante, toda vez que, según se indicó en el Acta de otorgamiento de la buena pro, ésta habría sido presentada mediante una carta simple firmada por el representante legal del Impugnante, sin acreditar que se encontraba debidamente designada para entregar dicha oferta. [...]. 12. Cabe indicar que, del contenido establecido en las Bases del procedimiento de selección no se aprecia indicación, exigencia o formalidad alguna respecto al documento utilizado para entregar las ofertas ante la Entidad; por el contrario, de las Bases se advierte que la entrega de las ofertas podía ser realizada por el mismo postor o un tercero, sin la exigencia de formalidad alguna para ello, siendo obligación de la Entidad de recibirla a través de la entrega de un cargo de recepción de oferta en el que se dejara constancia de la fecha y hora de su recepción. [...]. 14. En tal sentido, se aprecia que, contrariamente a lo consignado por el Comité de Selección en el acta de otorgamiento de la buena pro, el Impugnante sí entregó a la Entidad su oferta de acuerdo a lo establecido en las Bases del procedimiento de selección. 15. Teniendo en cuenta lo anterior, y considerando que las Bases del procedimiento de selección no establecieron exigencia o formalidad alguna respecto al documento utilizado los postores para entregar o presentar las ofertas ante la Entidad o respecto de la persona designada para dicho acto, bastando inclusive una carta simple; no correspondía que el Comité de Selección no admita la oferta del Impugnante aduciendo que éste no había acreditado a la persona designada para su entrega. Por tanto, se concluye que el cuestionamiento de la Entidad carece de asidero técnico y legal y contraviene el *Principio de Libertad de Concurrencia e Igualdad de Trato*. 16. Por lo tanto, se advierte que la no admisión de la oferta del Impugnante, por parte del Comité de Selección se realizó en contravención a lo establecido en las Bases del procedimiento de selección, motivo por el cual corresponde revocar la decisión del Comité de Selección de no evaluar la admisión su oferta, debiéndose disponer su admisión al procedimiento de selección para que se proceda con evaluar el cumplimiento de los requisitos de admisión y posterior evaluación de los factores y, de



ser el caso, su calificación. (Resolución N.º 2484-2016-TCE-S3, de 20-10-2016, ff. 6 al 8, 10, 12 y 14 al 16. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2DGpIVw>).

§ 109. El pedido de documentación irrelevante o documentación excesiva puede limitar la libre concurrencia de los postores y afectar los principios de igualdad de trato, eficiencia y eficacia que deben regir los procesos de contrataciones públicas (art. 2.a). 17. [...] De acuerdo con lo anterior, para que la oferta de los postores sea admitida, éstos debían presentar cada uno de los documentos antes descritos, incluyendo las muestras de los productos ofertados, de modo tal que, ante la omisión de alguno de dichos documentos, se declararía la no admisión de la oferta del postor. Sobre el particular, cabe indicar que si bien las Entidades se encuentran facultadas a requerir que los postores presenten determinada documentación a efectos de verificar que el producto ofertado cumpla con las especificaciones técnicas establecidas por su representada; debe tenerse presente que, lo requerido y establecido en las bases del procedimiento de selección, debe ser claro y preciso, de modo tal que no genere confusión alguna ni para los postores ni para el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, estableciéndose reglas claras y específicas para la evaluación y calificación de las ofertas; ello, toda vez que, en el supuesto que las bases contengan disposiciones ambiguas o imprecisiones, se estarían vulnerando los principios de libre concurrencia y transparencia que rigen las contrataciones del Estado y se encuentran consagrados en los literales a) y c) del artículo 2 de la Ley, respectivamente. En relación con lo anterior, este Colegiado advierte que, en el presente caso, la forma de acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas, no resultó precisa, pues, por un lado, se exige la presentación de muestras (lo cual podría haber resultado suficiente si se hubiese tenido la metodología de revisión de muestras de forma clara) y, por el otro lado, se exige la presentación de documentos que resultarían innecesarios si no se conoce con claridad y exactitud la finalidad de su presentación (se requiere que, adjunto a la ficha técnica del producto ofertado, se presenten documentos técnicos adicionales emitidos por el fabricante, dueño de la marca o representante de la marca, sin especificar que en dicha documentación técnica adicional debía reproducirse cada una de las especificaciones técnicas del producto ofertado) y sin apreciarse cuál es la información que aportarían dichos documentos ni cuál es la razón por la que solo podían ser emitidos por el fabricante, representante o dueño de la marca y no, por ejemplo, por el propio postor; lo que ha conllevado una incorrecta presentación de ofertas y a la deficiente evaluación por parte del comité de selección. Asimismo, es posible advertir que las bases del procedimiento de selección requirieron la presentación de documentación excesiva debido a que, habiéndose requerido la presentación de muestras para la verificación de las especificaciones técnicas, resultaba necesario que, además, se adjunte documentación técnica adicional emitida por el fabricante, dueño de la marca o representante de la marca, documentación cuya presentación podría limitar la libre concurrencia de los postores y afectar los principios de igualdad de trato y eficiencia y eficacia que deben regir los procesos de contrataciones públicas. **18.** Conforme se aprecia de lo anterior, la ambigüedad e imprecisión de las bases, conllevaron a que los postores y el comité de selección cuenten con interpretaciones distintas respecto de la documentación que debía presentarse para la admisión de la oferta y de lo que dicha documentación debía acreditar; advirtiéndose una deficiencia en las bases del procedimiento de selección que transgrede los principios de libre concurrencia, igualdad de trato, transparencia y eficiencia y eficacia. (Resolución N.º 3000-2016-TCE-S3, de 22-12-2016, ff. 17 y 18. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2B5txSG>).

§ 110. La formulación de las especificaciones técnicas deberá permitir la concurrencia de la pluralidad de proveedores en el mercado, evitando incluir requisitos innecesarios cuyo cumplimiento favorezca sólo a determinados postores (art. 2.a). 18. Ahora bien, según lo establecido en el artículo 13 de la Ley [cfr. art. 16 de la Ley vigente], el área usuaria debe requerir los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de describir el bien, servicio u obra a contratar, definiendo con precisión su cantidad y calidad, indicando la finalidad pública para la que debe ser contratado. Además, se dispone que formulación de las especificaciones técnicas deberá permitir la concurrencia de la pluralidad de proveedores en el mercado para la convocatoria del respectivo proceso de selección, evitando incluir requisitos innecesarios cuyo cumplimiento solo favorezca a determinados postores. Así, el

referido artículo agrega que en el caso de obras, se deberá contar con la disponibilidad física del terreno o lugar donde se ejecutará la misma y con el expediente técnico aprobado, debiendo cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento, además precisa que la Entidad cautelará su adecuada formulación con el fin de asegurar la calidad técnica y reducir al mínimo la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de ejecución de obras. (Resolución N.º 0106-2017-TCE-S3, de 27-01-2017, f. 18. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2T7YZXo>).

§ 111. Principio de transparencia y libertad de concurrencia (art. 2.a). Véase, supra, la jurisprudencia del inciso c) del artículo 2º de la Ley [§ 139]. (Resolución N.º 2330-2016/TCE-S3, de 03-10-2016, f. 3. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2BbaSEy>).

§ 112. Si las bases integradas del procedimiento de selección no están claras o generan incongruencias o contravienen normas legales, se quiebra el fin perseguido con una compra pública y se atenta contra los principios de libertad de concurrencia, igualdad de trato y transparencia (art. 2.a). Véase, *infra*, la jurisprudencia del inciso c) del artículo 2º de la Ley [§ 142]. (Resolución N.º 0246-2017-TCE-S2, de 24-02-2017, ff. 15, 16 y 17. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Fn9Zxv>).

§ 113. Nulidad del proceso de selección si este contraviene los principios de libre concurrencia y competencia y de transparencia. Si la contravención tuvo lugar en la elaboración de las bases, debe retrotraerse el mismo a su etapa de convocatoria. Véase, *infra*, la jurisprudencia del inciso e) del artículo 2º de la Ley [§ 156]. (Resolución N.º 0138-2017-TCE-S3, de 07-02-2017, f. 36. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2F5NCeH>).

REMISIÓN

§ 114. Sobre condiciones de igualdad en el requerimiento. Véase la jurisprudencia del artículo 16º de la Ley [§ 436 ss.].

PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

(LITERAL B)

§ 115. Doble condición del derecho a la igualdad jurídica (art. 2.b). 4. En anteriores pronunciamientos, el Tribunal Constitucional ha manifestado que el contenido constitucionalmente protegido de la igualdad jurídica detenta una doble condición, de principio y de derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye un derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la Constitución: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o por otras que, jurídicamente, resulten relevantes [...]. (Exp. N.º 03374-2013-PA/TC, de 17-11-2014 [Web: 30-05-2016 / EP: 08-10-2016], f. j. 4. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2F6tUij>).

§ 116. No existe un trato diferenciado en el procedimiento de selección si no es demostrado con hechos fehacientes. 7. En el presente caso, el problema planteado en autos no está relacionado a un tópico en el que el legislador, mediante la ley, haya introducido un tratamiento diferenciado, sin base objetiva y razonable, sino -como se ha expuesto en los antecedentes de esta sentencia- a la no aplicación de una disposición legal que concedía una bonificación a la actora en los procesos de selección para contratar con el Estado.**8.** Esto es, no se ha demostrado que el Osce, que es el órgano que participa en los procesos de selección para contratar con el Estado, le niegue la bonificación aludida, pero que a terceros que participan en dichos procesos, si se les conceda, de modo que no solo se carece de un elemento fáctico para proceder a evaluar la existencia de un trato discriminatorio, sino que además, la actuación

de la administración aparece como uniforme en dichos procesos de selección, lo que es suficiente para rechazar la demanda, conforme a lo establecido en el artículo 2 del Código Procesal Constitucional, contrario sensu. (Exp. N.º 03374-2013-PA/TC, de 17-11-2014 [Web: 30-05-2016 / EP: 08-10-2016], ff. jj. 7 y 8. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2F6tUij>).

§ 117. El derecho a la igualdad en la aplicación de la ley exige que un mismo órgano administrativo, al aplicar una misma ley no lo haga de manera diferenciada o basándose en condiciones personales o sociales de los administrados (art. 2.b). 3. [Este] Tribunal Constitucional considera que, en sede administrativa, el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley exige que un mismo órgano administrativo, al aplicar una misma ley, o una disposición de una ley, no lo haga de manera diferenciada o basándose en condiciones personales o sociales de los administrados. Se prohíbe, así, la expedición por un mismo órgano administrativo de actos o resoluciones administrativas arbitrarias, caprichosas y subjetivas, carentes de una base objetiva y razonable que la legitime. Dicha dimensión del derecho de igualdad jurídica se encuentra, como es obvio, directamente conectado con el principio de seguridad jurídica que este Tribunal Constitucional ha proclamado como un principio implícito de nuestro ordenamiento constitucional: “Ningún particular puede ser discriminado o tratado diferenciadamente por los órganos -judiciales o administrativos llamados a aplicar las leyes” (STC 0016-2002-AI/TC, f. j. 4). (Exp. N.º 1279-2002-AA/TC, de 18-12-2003 [Web: 19-01-2004], f. j. 3. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2F5IJ4E>).

§ 118. Para la evaluación de si un tratamiento diferenciado constituye una afectación al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, el presunto agraviado debe plantear un término de comparación válido, a partir del cual se pueda contrastar la diferenciación y su arbitrariedad (art. 2.b). 24. Tratándose de una objeción del derecho a la igualdad en el ámbito jurisdiccional, ese término de comparación no puede ser otro que la existencia de una o varias decisiones, previas o de la misma fecha, donde ante hechos similares y frente a una norma aplicable, el caso se haya resuelto de una manera contraria a la resolución judicial que se cuestiona. Es preciso, además, que entre la resolución que se cuestiona y la resolución con la que se contrasta su tratamiento diferenciado, exista: a) identidad del órgano judicial que resolvió el caso; b) que el órgano judicial tenga una composición semejante; c) que los supuestos de hecho sean sustancialmente iguales; d) se haya producido una disparidad en la respuesta jurisdiccional; y, e) no exista una motivación del cambio de criterio. (Exp. N.º 1211-2006-AA/TC, del 14-03-2006 [Web: 04-07-2007 / EP: 26-07-2007], f. j. 24. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2R3QZV7>).

§ 119. Principio de igualdad de trato (art. 2.b). 13. [...] Por su parte, habrá trato igualitario cuando bajo ninguna circunstancia se advierta preferencia o tendencia destinada a beneficiar a algún postor determinado. (Exp. N.º 020-2003-AI/TC [*Proceso de inconstitucionalidad contra la tercera disposición final de la Ley N.º 27635*], del 17-05-2004 [Web: 12-07-2004 / EP: 14-07-2004], f. j. 13. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2DE6CzC>).

§ 120. El Comité Especial debe realizar una evaluación integral de la propuesta, la cual supone verificar todos y cada uno de los documentos obrantes en la misma, siempre y cuando no asuma la posición de los postores al realizar interpretaciones y/o suposiciones que favorezcan la condición de éstos, ya que ello implicaría vulnerar los principios de imparcialidad, transparencia y trato justo e igualitario (art. 2.b). 6. [...] [El] Comité Especial debe analizar cada propuesta de manera conjunta, en virtud a la información obrante en la misma, con la finalidad de determinar o identificar la mejor oferta que satisfaga sus intereses o necesidades, no limitándose o restringiéndose a realizar un análisis sesgado o parcializado, que no involucre la totalidad de la información de la propuesta técnica presentada. Tal evaluación busca identificar el real alcance de una oferta, no sólo determinando el cumplimiento de una especificación técnica, sino que adicionalmente, verificando los criterios que hayan sido considerados como factor de evaluación, posibilitando de esta manera conocer el real contenido de lo propuesto, con el único objetivo de garantizar una compra pública eficiente. El comentado análisis integral debe realizarse, estrictamente, en virtud a la documentación obrante en la propuesta técnica, no pudiendo el Comité Especial considerar hechos o datos no incluidos por el propio Postor en su sobre

técnico, que no hayan sido expresamente descritos, o aseverados, y que por sí solos permitan identificar la exigencia o requerimiento que desea acreditarse, estando impedidos de realizar interpretación alguna a la información contenida en la propuesta. Así pues, debe precisarse que toda información contenida en la oferta técnica o económica, debe ser objetiva, clara, precisa y congruente entre sí, a fin de posibilitar al Comité Especial la verificación directa de lo propuesto por los postores y, de esta forma, corroborar si lo descrito es concordante con lo requerido por la Entidad, es decir, si las ofertas presentadas cumplen con las características mínimas establecidas en las Bases del proceso para satisfacer las necesidades del área usuaria. Por el contrario, de presentarse una oferta ambigua, imprecisa o contradictoria, que imposibilite al Comité especial determinar fehacientemente el real alcance de la misma, este deberá no admitirla, pues no es función de dicho órgano interpretar el alcance de una oferta, esclarecer ambigüedades, o precisar contradicciones o imprecisiones, sino aplicar las Bases integradas y evaluar las propuestas en virtud a ellas, realizando un análisis integral que permita generar convicción de lo realmente ofertado, en función a las condiciones expresamente detalladas, sin posibilidad, como se indicó, de inferir o interpretar hecho alguno. De lo expuesto, se concluye que el Comité Especial, debe realizar una evaluación integral de la propuesta, la cual supone verificar todos y cada uno de los documentos obrantes en la misma, siempre y cuando no asuma la posición de los postores al realizar interpretaciones y/o suposiciones que favorezcan la condición de éstos, ya que ello implicaría vulnerar los principios de imparcialidad, transparencia y trato justo e igualitario, descritos en la normativa de contrataciones del Estado. (Resolución N.º 069-2013-TC-S2, de 16-01-2013, f. 6. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Q078P4>).

§ 121. Deber del comité de selección de evaluar las propuestas sin parcializarse en favor de alguno (art. 2.b). ANTECEDENTES: [...] En aplicación de los principios de igualdad de trato, de transparencia y competencia, regulados en el artículo 2 de la ley, los cuales exigen que no se trate diferente, situaciones que son similares y que se garantice la libertad de concurrencia y el desarrollo de condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad, criterios con los que el Comité de Selección debió evaluar todas las propuestas sin parcializarse en favor de uno. [...] (Resolución N.º 018-2017-TCE-S1, de 04-01-2017. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2F4EPJm>).

§ 122. La transgresión al principio de trato igualitario de los postores, puede redundar a la larga en un perjuicio patrimonial en contra del Estado (art. 2.b). 28. [...] [Si] el funcionario público que tiene a su cargo un proceso de contratación pública transgrede sus deberes funcionales, viciando el proceso de contratación, atentando contra el trato igualitario de los postores, no necesariamente el Estado va a terminar pagando más por el servicio contratado o bien adquirido, pero al no haberse respetado las normas de contratación las expectativas del Estado se verán puestas en peligro, lo que puede redundar a la larga en un perjuicio patrimonial. (Exp. N.º 00017-2011-PI/TC [*Demanda de inconstitucionalidad contra algunas disposiciones de la Ley N.º 29703 que modifican el Código Penal en temas de colusión tráfico de influencias*], de 03-05-2012 [Web: 29-05-2012], f. j. 28. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2EsPkG8>).

§ 123. La determinación de cuando el trato diferenciado deviene en trato discriminatorio es parte de un juicio complejo, en la cual, la diferenciación debe hacerse mediante el término de comparación (art. 2.b). 29. La determinación de si existe o no una injerencia injustificada al mandato de no discriminación es parte de un juicio complejo. A ella no se llega, como por lo general sucede con el resto de derechos fundamentales, analizándose si la acción u omisión que se cuestiona afecta el ámbito protegido por el derecho de igualdad (STC 0976-2001-AA/TC, f. j. 3). Antes de ello se requiere que se determine la existencia de una diferenciación jurídicamente relevante. 30. La identificación de tal diferenciación jurídicamente relevante se realiza mediante la comparación. Ella comporta un análisis del trato que se cuestiona con un objeto, sujeto, situación o relación distintas. Su finalidad es identificar que a supuestos iguales se haya previsto consecuencias jurídicas distintas, o si se ha realizado un trato semejante a situaciones desiguales. En el juicio de igualdad, ese objeto, sujeto, situación o relación con el cual se realiza el contraste, se denomina término de comparación (*tertium comparationis*). (Exp. N.º 0035-2010-PI/TC [*Caso Proceso de inconstitucionalidad Colegio de Abogados de Lima contra la Ley N.º 29318*], de 09-11-2011, ff. jj. 29 y 30. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2RC0tvn>).

§ 124. A la Entidad le corresponde establecer qué características considerará como “mejoras”, debiendo consignarlas expresamente en las bases, con la finalidad que los postores presenten sus ofertas en igualdad de condiciones. 8. [...] [C]abe indicar que es a la Entidad a la que le corresponde establecer qué características considerará como “mejoras”, debiendo consignarlas expresamente en las bases, con la finalidad que los postores presenten sus ofertas en igualdad de condiciones, pues de lo contrario se restringe la posibilidad de que otros postores también hayan podido ofertar mejoras de dicha naturaleza. [...] [B]ajo el concepto de “mejoras” no puede justificarse el incumplimiento de especificaciones técnicas expresamente establecidas en las bases integradas [...]. (Resolución N.º 102-2017-TCE-S3, de 26-01-2017, f. 8. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2GDI5Oa>).

§ 125. El principio de imparcialidad establece que las decisiones de los funcionarios y dependencias responsables se adoptarán en estricta aplicación de la Ley y su Reglamento (art. 2.b). 6. [E]l principio de imparcialidad consagrado en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado reconoce que los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y dependencias responsables de las adquisiciones y contrataciones de la Entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la Ley y su Reglamento, así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas. (Resolución N.º 3754-2008-TC-S2, de 31-12-2008, f. 6. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2CanMnf>).

§ 126. Riesgo de vulnerar los principios de libertad de concurrencia e igualdad de trato solicitando formalidades no establecidas en las bases del proceso de selección (art. 2.b). Véase, *supra*, la jurisprudencia del inciso a) del artículo 2º de la Ley [§ 108]. (Resolución N.º 2484-2016-TCE-S3, de 20-10-2016, ff. 6 al 8, 10, 12 y 14 al 16. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2DGpIVw>).

§ 127. El pedido de documentación irrelevante o documentación excesiva puede limitar la libre concurrencia de los postores y afectar los principios de igualdad de trato, eficiencia y eficacia que deben regir los procesos de contrataciones públicas (art. 2.b). Véase *supra* la jurisprudencia del inciso a) del artículo 2º de la Ley [§ 109]. (Resolución N.º 3000-2016-TCE-S3, de 22-12-2016, ff. 17 y 18. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2B5txSG>).

§ 128. Las entidades públicas pueden acreditar su capacidad legal de representación en base a su ley de creación, y no por certificado de vigencia de poder del representante legal, apoderado o mandatario expedido por registros públicos, amparados en el principio de igualdad de trato (art. 2.b). Véase la jurisprudencia del artículo 49º del Nuevo Reglamento [§ 1298]. (Opinión N.º 183-2017/DTN, de 25-08-2017, ff. 2.1 y 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AbIm4D>).

§ 129. Si las bases integradas del procedimiento de selección no están claras o generan incongruencias o contravienen normas legales, se quiebra el fin perseguido con una compra pública y se atenta contra los principios de libertad de concurrencia, igualdad de trato y transparencia (art. 2.b). Véase, *infra*, la jurisprudencia del inciso c) del artículo 2º de la Ley [§ 142]. (Resolución N.º 0246-2017-TCE-S2, de 24-02-2017, ff. 15, 16 y 17. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Fn9Zxv>).

REMISIÓN

§ 130. Sobre el derecho constitucional a la igualdad. Véase también la jurisprudencia del numeral 2 del artículo 2º de la Constitución [§ 1 ss.].

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

(LITERAL C)

§ 131. Principio de transparencia. 5. En principio, este Colegiado considera que, aunque los principios que sustentan los procedimientos de selección regulados en la Ley de Contrataciones y Ad-

quisiciones del Estado tienen como destinatario directo a las Entidades convocantes, ello no implica en modo alguno que los postores se encuentren liberados de los deberes que dichos principios contemplan en vista de que las normas en materia de contratación pública son de imperativo cumplimiento tanto por parte de la Administración, cuanto por parte de los administrados. 6. Así, el principio de transparencia que impone a las Entidades la obligación de que toda adquisición o contratación se realice sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores [...] tiene como correlato natural el deber de diligencia de éstos últimos de actuar guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe a que se contrae el principio de conducta procedimental [...] por cuya virtud están obligados a formular propuestas en las mismas condiciones de objetividad y claridad suficientes que permitan al Comité Especial que conduce el proceso, en su calidad de órgano evaluador, efectuar una calificación adecuada a la luz de la información proporcionada y cuyo quebrantamiento no sólo genera la descalificación de la oferta sino que también tipifica las infracciones que conllevan la consecuente imposición de sanciones administrativas. (Resolución N.º 454-2004-TC-SU, de 10-08-2004, ff. 5 y 6. Sala Única. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2B6ld4M>).

§ 132. Principio de transparencia (art. 2.c). 3. [...] [Por] el principio de transparencia, toda contratación debe realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores; mientras que, en virtud del principio de libre concurrencia y competencia, en las contrataciones públicas deben incluirse regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores. (Resolución N.º 0199-2016-TCE-S3, de 11-02-2016, f. 3. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2OKgfib>).

§ 133. Principio de transparencia., Las bases del procedimiento de selección deben ser claras de acuerdo con el procedimiento de selección (art. 2.c). 24. [...] [Las] bases del procedimiento de selección deben ser claras, de acuerdo a las normas de contratación pública y a los principios, como el mencionado principio de transparencia que abona en favor del desarrollo del procedimiento de selección en base a criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores; así como el principio de igualdad de trato, el cual exige que todos los postores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas, y en consecuencia el trato discriminatorio manifiesto o encubierto, salvo que se cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva. (Resolución N.º 0047-2017-TCE-S4, de 06-01-2017, f. 24. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2TnVj39>).

§ 134. No es posible sancionar a un proveedor si la Entidad no ha cumplido con citarlo de manera clara para la suscripción del contrato, en observancia del principio al debido proceso (art. 2.c). 16. De lo expuesto, se evidencia que en la carta de requerimiento la Entidad no ha consignado de manera expresa un plazo concreto o una fecha exacta para la suscripción del contrato, por lo que este Colegiado considera que la Entidad no ha observado diligentemente el procedimiento de citación establecido en [la normativa] para tal efecto. 17. Sobre el particular, cabe remitirnos al inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, que ha consagrado el derecho al debido proceso como garantía constitucional de rango suprallegal, y bajo el cual debe estar inspirado todo procedimiento sustanciado ante cualquier organismo, órgano o autoridad pública, sea de índole judicial, administrativa o, incluso, en determinadas relaciones entre particulares a nivel organizacional. 18. En el marco de lo cual, habiéndose comprobado que la Entidad no ha cumplido con el procedimiento previsto para la citación del Adjudicatario conforme a lo establecido por la normativa, necesario para la configuración de la infracción imputada en contra del Adjudicatario, este Colegiado considera que corresponde eximirlo de responsabilidad administrativa, debiendo archivar el expediente. (Resolución N.º 2251-2010-TC-S4, de 30-11-2010, ff. 16, 17 y 18. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2T1yqD2>).

§ 135. En base al principio de transparencia deberá publicarse en el SEACE un informe técnico que especifique los motivos por las que solo un profesional en específico podrá desempeñar el

puesto de asistente administrativo de obra (art. 2.c). OBSERVACIONES N.º 5 y 6: [...] Así, los requisitos técnicos mínimos cumplen con la función de asegurar a la Entidad que el postor ofertará lo mínimo necesario para cubrir adecuadamente la operatividad y funcionalidad de la obra requerida. En ese sentido, de conformidad con lo indicado precedentemente, resulta competente para la determinación de los requerimientos técnicos mínimos la Entidad convocante, en la medida que posee la información y conocimiento de las necesidades que pretende satisfacer con la realización del proceso de selección. No obstante, de las normas acotadas se desprende que, si bien es facultad de la Entidad establecer los requisitos que consideren más adecuados para la atención de sus necesidades, dicha potestad no es irrestricta, ya que para la definición de los requerimientos técnicos mínimos se debe verificar que los mismos resulten razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, así como que se encuentren acordes con los principios que regulan la normativa de contratación pública. Ahora bien, en relación a la Observación N.º 5, el Comité Especial señaló, con ocasión de la absolución de la presente Observación, que: “Para garantizar la ejecución de la obra el Área Usuaría requiere que el asistente administrativo de obra sea un profesional en administración de empresas”. Por lo expuesto, en la medida que el observante ha pretendido que las especificaciones técnicas a considerar sean las que él propone, así como que éste no ha proporcionado información que sustente su solicitud y teniendo en cuenta que es competencia y responsabilidad de la Entidad la determinación de los requerimientos técnicos mínimos, este Organismo Supervisor ha decidido **NO ACOGER** la presente Observación. Sin perjuicio de lo anterior, en atención al Principio de Transparencia previsto en el artículo 4 de la Ley [cfr. art. 2.c de la Ley vigente], deberá publicar en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) un Informe Técnico en el que se indiquen las razones técnicas por las cuales solo un Administrador de Empresas, teniendo en cuenta las funciones que desempeñará, puede cubrir el puesto de Asistente Administrativo de la Obra, en caso contrario, de conformidad con los Principios de Libre Concurrencia y Competencia previstos [...] la Ley se deberá admitir la participación de profesionales de otras especialidades, los mismos que deberán ser indicados expresamente en las Bases. (Pronunciamiento N.º 396-2012/DSU, de 10-09-2012, Observaciones N.º 5 y 6. Dirección de Supervisión. Texto completo: <bit.ly/2C4uutU>).

§ 136. Cómo se garantiza el principio de transparencia y eficiencia (art. 2.c). **13.** [El] principio de transparencia estará garantizado cuando haya publicidad en la convocatoria, en el adecuado control de calidad en los productos a adquirir, en los resultados de la evaluación de propuestas, y en el manejo de los recursos destinados a la compra en general. Por su parte, habrá trato igualitario cuando bajo ninguna circunstancia se advierta preferencia o tendencia destinada a beneficiar a algún postor determinado. Finalmente, la eficiencia en el manejo de recursos no sólo será exigible en la adjudicación a la mejor oferta técnica y económica, sino también en el diseño del propio programa anual de adquisiciones que cada Entidad efectúe respecto a sus necesidades. [...] **14.** Resulta claro que la finalidad de eficiencia y transparencia en las adquisiciones puede conseguirse de mejor modo mediante procesos de selección como los establecidos por el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pues la serie de etapas que presenta (convocatoria, apertura de propuestas técnicas y económicas, y adjudicación de la buena pro, las cuales son supervisadas por un comité especial encargado de llevar a cabo el proceso y sobre el cual descansa la responsabilidad del mismo), garantizan, en cierto modo, la imparcialidad frente a los postores y la mejor decisión a favor del uso de recursos públicos. **15.** Sin embargo, la propia experiencia de los últimos años ha demostrado que inclusive estos mecanismos de adquisición han sido afectados por la corrupción, por lo que, para el resguardo de recursos públicos, no sólo basta un procedimiento especial de adquisición, sino que, además, resulta necesario un rígido sistema de control y fiscalización, tanto a nivel de la propia entidad adquirente (control previo), como en el máximo órgano de control, a cargo de la Contraloría General de la República (control posterior). En cualquier caso, ambos tienen como principal propósito garantizar el principio de oportunidad, pues una fiscalización tardía haría incluso inoperativa una posible sanción penal por el cómputo de los plazos de prescripción. (Exp. N.º 020-2003-AI/TC [*Proceso de inconstitucionalidad contra la tercera disposición final de la Ley N.º 27635*], del 17-05-2004 [Web: 12-07-2004 / EP: 14-07-2004], ff. jj. 13-15. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2DE6CzC>).

§ 137. Se vulnera el principio de transparencia cuando el Comité Especial no comunica oportunamente las razones por las cuales descalifica al postor (art. 2.c). 20. [Si] el Comité Especial no comunic[a] oportunamente las razones de la descalificación de la propuesta del postor impugnante, [...] tenemos que ha vulnerado el Principio de Transparencia que rige las compras públicas, afectando además los derechos y garantías al debido procedimiento de dicho postor. (Resolución N.º 1290-2011-TC-S1, de 25-07-2011, f. 20. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2K2xjix>).

§ 138. El acto público en un proceso de contratación. En los actos públicos podrá participar cualquier persona interesada (art. 2.c). CONSULTA: 2.1. “¿Qué se entiende por Acto Público en un Proceso de Contratación? Existe una definición jurídica en la Ley de Contrataciones que establezca su definición?” [...] 2.2. “¿En el Acto Público de Otorgamiento de Buena Pro, sólo se requiere la presencia de las autoridades (Comité Especial, Notario Público, Martillero Público, etc.) y postores?, o tiene que participar otras personas interesadas para que el proceso sea transparente? Especificar.” [...] 2.3. “¿El Acto Público se tiene que realizar a puerta abierta ante un número determinado de personas interesadas al Proceso?” [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. El acto público es realizado por el comité de selección en presencia de notario o juez de paz (según corresponda) en el lugar indicado en las bases, en la fecha y hora establecidas en la convocatoria, salvo que se haya efectuado una postergación, pudiendo contar con un representante del Sistema Nacional de Control quien participa en calidad de veedor. Dicho acto puede realizarse para la presentación de ofertas y/u otorgamiento de la buena pro, según lo previsto en el Reglamento. 3.2. En mérito a los principios de “Transparencia” y “Publicidad” que rigen las contrataciones públicas, en los actos públicos podrá participar cualquier persona interesada, para lo cual la Entidad debe brindar las facilidades necesarias que permitan su libre acceso. (Opinión N.º 021-2018/DTN, de 09-02-2018, ff. 2.1, 2.2, 2.3, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RI07px>).

§ 139. Principio de transparencia y libertad de concurrencia (art. 2.c). 3. En adición a lo expresado, es menester destacar que el procedimiento administrativo se rige por principios, que constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos, por un lado, para encausar y delimitar la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento y, por el otro, para controlar la discrecionalidad de la Administración en la interpretación de las normas aplicables, en la integración jurídica para resolver aquellos aspectos no regulados, así como para desarrollar las regulaciones administrativas complementarias. Abonan en este sentido, entre otros, los principios de eficacia y eficiencia, transparencia, igualdad de trato, recogidos en el artículo 2 de la Ley. En ese orden, resulta importante mencionar que por el principio de transparencia, las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que el proceso de contratación sea comprendido por los proveedores garantizando la libertad de concurrencia, y se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad; este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico; mientras que en virtud del principio de libertad de concurrencia, las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias; así como por el principio de competencia, los procesos de contratación incluyan disposiciones que permitan establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. (Resolución N.º 2330-2016/TCE-S3, de 03-10-2016, f. 3. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2BbaSEy>).

§ 140. Principio de transparencia y de libre competencia: el método de evaluación y calificación de propuestas debe objetivamente permitir una selección de la calidad y tecnología requeridas (art. 2.c). 27. Ahora bien, las deficiencias señaladas en los puntos precedentes, contravienen el artículo 31 de la Ley [cfr. art. 12 de la Ley] que señala que el método de evaluación y calificación de propuestas debe objetivamente permitir una selección de la calidad y tecnología requeridas. Al respecto, en el factor mejoras establecido en las bases, se advierte que se ha trasgredido lo dispuesto en el literal e) del numeral 1 del artículo 44 del Reglamento [cfr. art. 51.1.b del Nuevo Reglamento] que establece que se puede considerar como factor de evaluación a las mejoras a las características técnicas de los bienes

y a las condiciones previstas en las bases, y que éstas deberán precisar aquellos aspectos que serán considerados como mejoras. Ello es más grave si se tiene en cuenta que las bases estandarizadas aprobadas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, señalan con claridad que, en caso la Entidad considere establecer el “factor mejoras a las características técnicas de los bienes y a las condiciones previstas”, en relación al criterio se debe “consignar cada una de las mejoras que puedan ofertar los postores”, lo que no ha sido señalado en las bases del proceso de selección. De otro lado, en el factor plazo de entrega de las bases, se advierte que se ha trasgredido lo establecido en el artículo 43 del Reglamento [cfr. art. 51 del Nuevo Reglamento], que señala que sólo se podrá calificar aquello que supere o mejore el requerimiento mínimo, siempre que no desnaturalice el requerimiento efectuado; es decir, una vez que se haya establecido el requerimiento mínimo correspondiente, se deberá cuidar que no se califique el cumplimiento de éste a través del citado factor; lo que en el presente caso, ha sucedido. En atención a lo señalado, tenemos que con los factores de evaluación citados, se vulneran principios que rigen la contratación pública; como el de transparencia, al no contarse con reglas claras y objetivas, y el de libre competencia, al imposibilitar un entendimiento claro respecto de las reglas establecidas en las bases, generando incluso un desincentivo a la mayor concurrencia de proveedores, pues las bases del proceso de selección, no garantizan que la participación de los postores sea objetiva e imparcial. (Resolución N.º 2980-2015-TCE-S2, de 31-12-2015, f. 27. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2RnNZTy>).

§ 141. Principio de transparencia: se debe consignar de forma clara y concreta en el cronograma la fecha en la que se llevará a cabo el otorgamiento de la buena pro (art. 2.c). 13. Cabe recordar que todo proceso de selección debe regirse por reglas claras, transparentes y que puedan ser cumplidas por los postores de manera que se garantice la libre competencia y la mayor participación de postores potenciales, lo cual se aplica, también, a consignar de forma clara y concreta en el cronograma la fecha en la que se llevará a cabo el otorgamiento de la buena pro. En relación con ello, debe tenerse presente que los procesos de selección se rigen por una serie de principios, entre ellos, el principio de transparencia, por el cual “la *convocatoria, el otorgamiento de la buena pro y los resultados deben de ser de público conocimiento*”, y el principio de libre concurrencia y competencia señala que “*En los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomente la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores*”. [...] (Resolución N.º 0039-2016-TCE-S1, de 07-01-2016, f. 13. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2RnyiMi>).

§ 142. Si las bases integradas del procedimiento de selección no están claras o generan incongruencias o contravienen normas legales, se quiebra el fin perseguido con una compra pública y se atenta contra los principios de libertad de concurrencia, igualdad de trato y transparencia (art. 2.c). 15. [E]ste Colegiado considera que existen deficiencias en las Bases Integradas del procedimiento de selección, esto es, en el extremo que contravienen el contenido de los principios antes señalados y en especial el de transparencia, previsto en el literal c) del artículo 2 de la Ley, en virtud del cual las Entidades proporcionan *información clara y coherente con el fin de que el proceso de contratación sea comprendido por los proveedores*, garantizando la libertad de concurrencia, y que este se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad (el énfasis es nuestro), así como lo dispuesto en el artículo 52 del Reglamento [cfr. art. 72 del Nuevo Reglamento], y por Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)]. **16.** En relación a ello, en el presente caso, debe tenerse en cuenta que el recurso de apelación interpuesto por la Impugnante está directamente vinculado con la forma de acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas respecto al material del producto ofertado, que no es otra que el catálogo requerido, documento sobre el cual la Entidad efectuó la absolución de la observación y consulta previamente comentada; por lo que, al no haberse integrado correctamente las Bases Integradas, no es posible definir en qué oportunidad y cuál era la condición de dicho documento, esto es, si el catálogo debía ser considerado como un documento de presentación obligatoria ya que acreditaba un requerimiento técnico mínimo. **17.** En esta medida, si las Bases Integradas del procedimiento de selección no están claras o generan incongruencias o contravienen normas legales, se quiebra el fin perseguido con una compra pública, y ante la falta de claridad de éstas, los potenciales

proveedores verán restringida su posibilidad de participar, o si deciden hacerlo, no tendrán claro qué documentos deben presentar para la admisión, evaluación y calificación de las ofertas o el alcance de éstas, situación que, como se ha indicado anteriormente, atenta contra los principios de libertad de concurrencia, igualdad de trato y transparencia. (Resolución N.º 0246-2017-TCE-S2, de 24-02-2017, ff. 15, 16 y 17. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Fn9Zxv>).

§ 143. Las especificaciones técnicas de los bienes requeridos deben formularse manera objetiva y precisa. La falta de claridad de las bases vulnera el principio de transparencia del procedimiento de selección. 31. En relación a ello, en el caso bajo análisis, debe tenerse en cuenta que el cuestionamiento efectuado por el Impugnante está directamente vinculado a la deficiencia en la determinación de las especificaciones técnicas de los bienes requeridos en ítem paquete N.º 2, lo que transgrede lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley, el cual prescribe que las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico deben formularse de forma objetiva y precisa, así como el artículo 8 del Reglamento [cfr. art. 29 del Nuevo Reglamento], que dispone que las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico, según corresponda, que integran el requerimiento, contienen la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación. Conforme a lo expuesto, al no haberse elaborado las bases conforme a lo regulado en la normativa de contratación pública, no es posible que este Colegiado pueda emitir un pronunciamiento válido para resolver la presente controversia. La situación antes descrita afecta gravemente la transparencia del procedimiento de selección, pues las bases no establecieron de manera clara y objetiva el detalle de las especificaciones técnicas de los bienes que se requieren, lo que afecta la libre concurrencia, igualdad de trato y competencia, incluso es esta situación la que precisamente ha generado la controversia, pues los postores no solo no tuvieron certeza sobre las especificaciones técnicas que los bienes debían de cumplir, sino que tampoco conocieron con claridad qué bienes podían considerarse como similares a efectos de poder ser ofertados. (Resolución N.º 2954-2016-TCE-S3, de 15-12-2016, f. 31. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2FhyfAL>).

§ 144. La motivación se encuentra implícita en el principio de transparencia. La relevancia de la motivación, como elemento de validez de un acto administrativo, se explica por su estrecha vinculación con el derecho de defensa y el derecho al debido proceso. 26. [Este] Colegiado considera que el hecho de haber desechado las muestras denota, además de la alteración del expediente de contratación, una actuación contraria a los principios de transparencia y publicidad, toda vez que, fue precisamente a partir de la evaluación de dichas muestras que el Comité de Selección acordó admitir o no admitir las ofertas presentadas por los postores [...]. **33.** [La] motivación también se encuentra implícita en el principio de transparencia, cuya relevancia resulta innegable para la realización plena de un Estado Democrático, en el que el poder público se encuentra sometido al marco jurídico, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración dé cuenta tanto de los hechos que sirven de base a su evaluación, así como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado en cada una de sus decisiones. La relevancia de la motivación, como elemento de validez de un acto administrativo, se explica por su estrecha vinculación con el derecho de defensa y el derecho al debido proceso, pues solo una decisión motivada permitirá al administrado tomar conocimiento claro, real y oportuno de los alcances del pronunciamiento que lo vincula, así como contar con la posibilidad efectiva de cuestionar las razones concretas que lo fundamentan, en ejercicio de su derecho de defensa o contradicción. (Resolución N.º 0202-2017-TCE-S3, de 15-02-2017, ff. 26 y 33. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2SB1yk2>).

§ 145. El principio de transparencia implica la accesibilidad a todos los postores de las decisiones adoptadas por la Entidad. 9. [D]ebe tenerse en cuenta que las decisiones adoptadas por la Entidad, deben encontrarse debidamente motivadas y sustentadas, y ser accesibles a todos los postores en virtud del principio de transparencia [...]. (Resolución N.º 0077-2017-TCE-S4, de 19-01-2017, f. 9. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2BWLubM>).

§ 146. **La motivación como derecho del postor en el rechazo de su oferta. La motivación se encuentra implícita en el principio de transparencia.** Véase la jurisprudencia del artículo 68° del Nuevo Reglamento [§ 1460]. (Resolución N.º 2320-2016-TCE-S4, de 30-09-2016, ff. 10 al 12. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2RP8wAE>).

§ 147. **El Comité Especial debe realizar una evaluación integral de la propuesta, la cual supone verificar todos y cada uno de los documentos obrantes en la misma, siempre y cuando no asuma la posición de los postores al realizar interpretaciones y/o suposiciones que favorezcan la condición de éstos, ya que ello implicaría vulnerar los principios de imparcialidad, transparencia y trato justo e igualitario (art. 2.c).** Véase *supra* la jurisprudencia del inciso b) del artículo 2° de la Ley [§ 120]. (Resolución N.º 069-2013-TC-S2, de 16-01-2013, f. 6. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Q078P4>).

§ 148. **La entidad debe sustentar técnicamente las razones por las cuales algún requerimiento tiene la calidad de imprescindible y su observancia sea apremiante (que el bien ofertado cuente con una silla cuyas ruedas tengan un diámetro exacto de 127 mm y no uno de 125 mm). Principios de competencia y transparencia.** Véase la jurisprudencia del artículo 16.2 de la Ley [§ 450]. (Resolución N.º 2977-2016-TCE-S4, de 19-12-2016, f. 29. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2zauCY5>).

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

(LITERAL D)

§ 149. **El proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión, aun si se trate de una contratación pública no sujeta a la normativa de contrataciones del Estado.** CONSULTA: “¿Cuál es el mecanismo aplicable para transparentar las contrataciones bajo regímenes especiales de contratación, que no se encuentran previstos en los artículos 4 y 5 de la Ley N.º 30225 - Ley de Contrataciones del Estado, ni tampoco en la Directiva N.º 006-2016-OSCE/CD ‘Disposiciones aplicables al registro de información en el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado - SEACE [cfr. Directiva N.º 007-2019-OSCE/CD (D-007)]?” **2.6.** [...] [C]abe señalar que en virtud del “Principio de Transparencia”, las Entidades deben proporcionar información clara y coherente con el fin de que el proceso de contratación sea comprendido por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad; mientras que, de conformidad con el “Principio de Publicidad”, el proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones. Por lo expuesto, considerando que principios tales como el de “Transparencia” y “Publicidad” son de aplicación transversal a toda contratación pública, incluyendo a aquella que se enmarque en regímenes legales de contratación de carácter especial, es responsabilidad de la Entidad adoptar las medidas necesarias a efectos de dotar de difusión a dichas contrataciones, pudiendo recurrir a publicaciones en su portal web, avisos en el local de la Entidad u otros medios que faciliten la supervisión y el control de las mismas. (Opinión N.º 188-2016/DTN, de 01-12-2016, f. 2.6. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Hp01zC>).

§ 150. **La información solicitada, a pesar de ser asuntos de gestión de la empresa, si es realizada con recursos públicos, debe ser accesible a todo ciudadano.** 7. Este Tribunal considera que tanto el Estado como sus empresas públicas se encuentran en la ineludible obligación de implementar estrategias viables para gestionar sus escasos recursos públicos de manera transparente y eficiente. La ciudadanía, por su parte, tiene derecho a participar activamente en la marcha de los asuntos públicos, fiscalizando la labor estatal. Como bien lo anota la Defensoría del Pueblo, una forma de combatir la corrupción es erradicar “el secretismo” y fomentar una “cultura de transparencia” (El Derecho de Acceso a la Información: Normativa, Jurisprudencia y Labor de la Defensoría del Pueblo, Serie de Documentos Defensoriales, Documento N.º 09, Nov. 2009, p. 23). [...] **9.** Actitudes renuentes a divulgar las adquisiciones realizadas por la demandada, que es una empresa estatal, impiden a la ciudadanía participar

efectivamente en el control de la misma y, obviamente, no contribuyen a la consolidación de la institucionalidad y legitimidad de tal emprendimiento estatal tendiente a satisfacer una necesidad de vital importancia como lo es el suministro de electricidad. **10.** Por tanto, la información solicitada, vinculada a los términos de referencia para una licitación pública, tales como la adjudicación directa selectiva en la modalidad de convocatoria para la adquisición de la ropa de trabajo de los pantalones y polos para el personal técnico del período 2012, así como el contrato por adjudicación del postor ganador, si bien son asuntos de gestión de la emplazada, en tanto es realizada con recursos públicos, debe ser accesible a todo ciudadano, en ejercicio del derecho de acceso a la información pública consagrado en el artículo 2, inciso 5), de la Constitución. Por ello, debe estimarse la presente demanda. (Exp. N.º 04665-2014-HD/TC, de 10-12-2015 [Web: 21-11-2017], ff. jj. 7, 9 y 10. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2RXLuNj>).

§ 151. Principio de publicidad: deberá publicarse las cotizaciones presentadas para determinar el valor referencial. Sin perjuicio de lo expuesto, a efectos de dotar de transparencia al presente proceso, deberá publicarse las cotizaciones presentadas para determinar el valor referencial, de las cuales se desprenda que se ha incluido los requerimientos técnicos mínimos, entre ellos, el personal mínimo conformado por treinta (30) personas, dentro del valor referencial. (Pronunciamiento N.º 394-2010/DTN, de 14-12-2010, Observación N.º 7. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2sPG6fY>).

§ 152. El acto público en un proceso de contratación. En los actos públicos podrá participar cualquier persona interesada (art. 2.d). Véase *supra* la jurisprudencia del inciso c) del artículo 2º de la Ley [§ 138]. (Opinión N.º 021-2018/DTN, de 09-02-2018, ff. 2.1, 2.2, 2.3, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Rl07px>).

PRINCIPIO DE COMPETENCIA

(LITERAL E)

§ 153. Principio de competencia: la experiencia puede acreditarse no únicamente con prestaciones en ventas de bienes iguales, sino con aquellos que resultan similares (art. 2.e). **11.** Ahora bien, la experiencia puede acreditarse no únicamente con prestaciones en ventas de bienes iguales, sino con aquellos que resultan similares; por lo que, establecer lo contrario, implicaría contravenir el principio de libre competencia, y restringir la experiencia de manera exclusiva a la ejecución de una determinada prestación, recortando dicha experiencia del postor, que si bien no se ha dedicado a suministrar idéntico producto, cuenta con experiencia en el mercado por suministrar productos similares. (Resolución N.º 1058-2008-TC-S2, de 14-04-2008, f. 11. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2C73eL5>).

§ 154. Principio de libre concurrencia y competencia: se debe incluir regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores (art. 2.e). **3.** [...] [En] virtud del principio de libre concurrencia y competencia, en las contrataciones públicas deben incluirse regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores. (Resolución N.º 0199-2016-TCE-S3, de 11-02-2016, f. 3. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2OKgfb>).

§ 155. Deshabilitar una oferta por una omisión subsanable contraviene el principio de competencia y de eficacia y eficiencia. En los procesos de contratación estatal subyace un interés público el cual es que la Entidad se beneficie de la mejor oferta (art. 2.e). **23.** [...] En este punto, cabe señalar que el hecho que el Impugnante haya presentado un documento distinto al requerido en las bases no significa que aquello no sea subsanable, toda vez que nos encontramos frente a un supuesto de omisión de documentos (tal como señalamos anteriormente). **24.** Por lo tanto, el criterio adoptado por el Comité de Selección, en el presente caso, para deshabilitar la oferta del Impugnante no se encuentra conforme a las bases ni a la normativa de contrataciones del Estado vigente; asimismo, ha conllevado, además, a

una clara afectación del interés público que subyace a todo procedimiento de contratación estatal, pues termina afectando la esencia del proceso competitivo que es precisamente permitir que la Entidad se beneficie de la mejor oferta. En el presente caso, el Comité ha deshabilitado la oferta del impugnante, por razones que no constituían motivo suficiente para ello, lo que en términos prácticos significó retirar de la competencia al postor que presentó la mejor oferta para los ítems impugnados (tal como reconoce la propia Entidad al señalar que, en principio, la oferta de aquél quedó primero en el orden de prelación, lo cual se puede corroborar con el reporte de resultados del periodo de lances, obrante [en el] expediente administrativo, en el cual se advierte que en todos los ítems impugnados, salvo en el ítem N.º 3, las últimas ofertas del Impugnante contienen los precios más bajos). Se evidencia así una afectación a los principios de libertad de concurrencia, igualdad de trato, competencia y de eficacia y eficiencia que deben guiar la actuación de toda autoridad pública, que ha conllevado, en el presente caso, a la deshabilitación de la oferta que resultaba ostensiblemente mejor que las demás (de acuerdo a lo señalado en el fundamento anterior), por una omisión subsanable, que por su naturaleza y características no representaba riesgo alguno para la Entidad ni para el interés público que esta se encuentra destinada a satisfacer. (Resolución N.º 2904-2016-TCE-S1, de 09-12-2016, ff. 23 y 24. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Dj11OS>).

§ 156. Nulidad del proceso de selección si este contraviene los principios de libre concurrencia y competencia y de transparencia. Si la contravención tuvo lugar en la elaboración de las bases, debe retrotraerse el mismo a su etapa de convocatoria (art. 2.e). 36. [D]ebe declararse la nulidad del ítem N.º 1 del proceso de selección, en la medida que el vicio consistente en la contravención a los principios de libre concurrencia y competencia y de transparencia, y que precisamente ha originado la controversia que es materia del presente recurso, tuvo lugar en la elaboración de las bases, debiendo retrotraer el mismo a su etapa de convocatoria, previa reformulación de las citadas bases, ocasión en la que, teniendo en cuenta sus necesidades institucionales y la efectiva atención de los pacientes que son destinatarios finales del producto materia del referido ítem, deberá precisar expresamente cuál es el punto de origen a ser tomado en cuenta para medir las longitudes antes referidas, insertando, de ser el caso, un gráfico que exponga claramente los parámetros de medición respectivos. (Resolución N.º 0138-2017-TCE-S3, de 07-02-2017, f. 36. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2F5NCeH>).

§ 157. Las Entidades no pueden establecer disposiciones que restrinjan la posibilidad de competir a proveedores por el solo hecho de haber venido brindando el servicio anteriormente (art. 2.e). 2.1. *“El alcance de los principios de libre competencia, libertad de concurrencia, eficacia y eficiencia contemplados en el artículo 2º de la Ley, ¿permite a las Entidades -contempladas en el artículo 3 de la Ley- establecer disposiciones que restrinjan la posibilidad de competir a proveedores por el solo hecho de haber venido brindando el servicio anteriormente?”* **2.1.1.** [...] [D]ebe tenerse presente que los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que llevan a cabo las Entidades, solo pueden ser establecidas mediante ley. Así también, teniendo en consideración que en el ordenamiento jurídico nacional rige el principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen derechos, los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley, al restringir la libre participación de los proveedores en las contrataciones públicas, no pueden extenderse a supuestos no contemplados en el referido artículo. **2.1.2.** [...] De este modo, puede concluirse que las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado, bajo ningún concepto, facultan a las Entidades a establecer restricciones irracionales al acceso a las contrataciones que convocan; por el contrario, el cumplimiento de dichas medidas resultará necesario para el normal y correcto funcionamiento del sistema de abastecimiento de la Entidad y del mercado de contratación pública. Por tanto, se advierte que las Entidades Públicas no tienen facultad para establecer medidas que resulten contrarias a las disposiciones y a los principios contenidos en la normativa de contrataciones del Estado; lo que no impide que puedan adoptar acciones para la adecuada gestión de sus contratos, siempre que éstas se realicen de acuerdo a lo establecido en la mencionada normativa. (Opinión N.º 121-2018/DTN, de 16-08-2018, ff. 2.1, 2.1.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Si6sCb>).

§ 158. **Principio de transparencia y de libre competencia: el método de evaluación y calificación de propuestas debe objetivamente permitir una selección de la calidad y tecnología requeridas (art. 2.e).** Véase *supra* la jurisprudencia del inciso c) del artículo 2º de la Ley [§ 140]. (Resolución N.º 2980-2015-TCE-S2, de 31-12-2015, f. 27. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2RnNZTy>).

§ 159. **La entidad debe sustentar técnicamente las razones por las cuales algún requerimiento tiene la calidad de imprescindible y su observancia sea apremiante (que el bien ofertado cuente con una silla cuyas ruedas tengan un diámetro exacto de 127 mm y no uno de 125 mm). Principios de competencia y transparencia.** Véase la jurisprudencia del artículo 16.2 de la Ley [§ 450]. (Resolución N.º 2977-2016-TCE-S4, de 19-12-2016, f. 29. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2zauCY5>).

REMISIÓN

§ 160. **Sobre el derecho constitucional a la libre competencia.** Véase también la jurisprudencia del artículo 61º de la Constitución [§ 7 ss.].

PRINCIPIO DE EFICACIA Y EFICIENCIA

(LITERAL F)

§ 162. **Implicancias de la garantía de eficiencia en el manejo de los recursos públicos para la adjudicación (art. 2.f).** 13. [El] principio de transparencia estará garantizado cuando haya publicidad en la convocatoria, en el adecuado control de calidad en los productos a adquirir, en los resultados de la evaluación de propuestas, y en el manejo de los recursos destinados a la compra en general. Por su parte, habrá trato igualitario cuando bajo ninguna circunstancia se advierta preferencia o tendencia destinada a beneficiar a algún postor determinado. Finalmente, la eficiencia en el manejo de recursos no sólo será exigible en la adjudicación a la mejor oferta técnica y económica, sino también en el diseño del propio programa anual de adquisiciones que cada Entidad efectúe respecto a sus necesidades. A ellas, deben agregarse otras garantías como la eficiencia en el manejo de recursos no sólo será exigible en la adjudicación a la mejor oferta técnica y económica, sino también en el diseño del propio programa anual de adquisiciones que cada Entidad efectúe respecto a sus necesidades. A ellas, deben agregarse otras garantías como la intervención de la Contraloría General a través de adecuados mecanismos de fiscalización; asimismo, conforme se advierte de la Ley de Contrataciones [...], existen mecanismos de sanción a los proveedores, contratistas o postores a través del [OSCE], cuando incumplan sus obligaciones con el Estado y la Ley. 14. Resulta claro que la finalidad de eficiencia y transparencia en las adquisiciones puede conseguirse de mejor modo mediante procesos de selección como los establecidos por [...] la Ley de Contrataciones [...], pues la serie de etapas que presenta (convocatoria, apertura de propuestas técnicas y económicas, y adjudicación de la buena pro, las cuales son supervisadas por un comité especial encargado de llevar a cabo el proceso y sobre el cual descansa la responsabilidad del mismo), garantizan, en cierto modo, la imparcialidad frente a los postores y la mejor decisión a favor del uso de recursos públicos. (Exp. N.º 020-2003-AI/TC [*Proceso de inconstitucionalidad contra la tercera disposición final de la Ley N.º 27635*], del 17-05-2004 [Web: 12-07-2004 / EP: 14-07-2004], ff. jj. 13 y 14. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2DE6CzC>).

§ 163. **Por el principio de eficiencia, en los procesos de selección no es aplicable la prohibición de solicitar a los administrados la presentación de documentos que hayan sido expedidos por la misma Entidad (art. 2.f).** 21. [Si bien el artículo 40.1.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General dispone que las Entidades están prohibidas de solicitar a los administrados la presentación de documentos que hayan sido expedidos por la misma Entidad o por otras Entidades públicas del sector, en cuyo caso corresponde recabarlas a la propia Entidad a solicitud del Administrado] esta norma no es aplicable a los procesos de selección, pues bastaría que los postores ofrezcan documentos que obran en la Entidad o en alguna dependencia del sector al que pertenece ella, sin presentarlos físicamente, para

que el Comité Especial se vea en la obligación de acudir, indagar y obtener la documentación de sus archivos o del de otras Entidades y así desplegar una actividad, que no es su deber ni obligación y que, en puridad, le corresponde desarrollar al propio administrado, quien es el que está en mejor disposición y es el interesado en obtener dicha documentación, lo que además contraviene el Principio de Eficiencia que debe regir las contrataciones del Estado. (Resolución N.º 871-2008-TC-S4, de 28-03-2008, f. 21. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2GdrnUS>).

§ 164. Principio de eficacia y eficiencia. No se puede acreditar mediante una declaración jurada el requisito de calificación relativo al “Equipamiento” (art. 2.f). 9. Al respecto, cabe traer a colación el artículo 28 del Reglamento [cfr. art. 49 del Nuevo Reglamento], el cual establece que la Entidad verifica la calificación de los postores conforme a los requisitos que se indiquen en los documentos del procedimiento de selección (entre los cuales se encuentran las bases), a fin de determinar si éstos cuentan con las capacidades necesarias para ejecutar el contrato. Los requisitos de calificación que pueden optarse según el Reglamento son: a) Capacidad legal, b) Capacidad técnica y profesional, y c) Experiencia del postor. Asimismo, el referido artículo indica que: “La Entidad no puede imponer requisitos distintos a los señalados en el presente artículo y en los documentos estándar aprobados por el OSCE”. **10.** Tal como se aprecia del texto de las bases integradas, para acreditar el requisito de calificación “equipamiento” se solicitó de manera alternativa documentos que sustenten la propiedad, posesión, compromiso de venta o alquiler u otro documento que acredite la disponibilidad; en su defecto, dicha acreditación se podría efectuar mediante declaración jurada, lo que sería en este último caso verificado al inicio del servicio, ello en atención a la Absolución de Consultas y Observaciones, respuesta a la Consulta N.º 02 [...]. **11.** Ahora bien, considerando que el artículo 28º [49º] del Reglamento ha establecido que la Entidad no puede imponer requisitos distintos a los señalados en el presente artículo y en los documentos estándar aprobados por el OSCE, cabe traer a colación el texto de las bases estándar para la contratación de servicios en general. **12.** Así tenemos que [...] la Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD “Bases y solicitud de Expresión de Interés Estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley N.º 30225” [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (**D-001**)] [...] contiene las Bases Estándar de Concurso Público para la contratación de servicios en general, donde se señala respecto al requisito de calificación relativo a la “capacidad técnica y profesional / equipamiento” lo siguiente: [...] **Equipamiento** [...] *Acreditación:* [...] Copia de documentos que sustenten la propiedad, la posesión, el compromiso de compra venta o alquiler y otro documento que acredite la disponibilidad y/o cumplimiento de la especificaciones del equipamiento requerido. [...] **13.** Del análisis efectuado a lo señalada en el Reglamento, la Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD y el contenido de las bases, se puede concluir que al absolver una consulta, la Entidad contravino lo señalado en el artículo 28 del Reglamento y las bases estandarizadas de concurso público para la contratación de servicios en general, al haber establecido de manera alternativa, la posibilidad de acreditar mediante declaración jurada el requisito de calificación referido al equipamiento. Esta disconformidad de las bases con el ordenamiento vigente, ha tenido directa incidencia en la presente controversia, pues tal como se aprecia de los argumentos planteados por las partes, precisamente se cuestiona la forma que el impugnante acreditó el requisito de calificación “equipamiento”. [...] **19.** Además de acuerdo al principio de eficacia y eficiencia, previsto en previsto en el literal f) del artículo 2 de la Ley, el proceso de contratación debe garantizar la efectiva satisfacción del interés público. En el caso del requisito de calificación relativo al “Equipamiento”, la normativa antes referida procura salvaguardar esa efectiva satisfacción, exigiendo la presentación de documentos que acrediten contar con el mismo, objetivo que no se considera garantizado con una mera declaración jurada. De ahí que las bases estándar han establecido la forma en que se debe acreditar el referido requisito de calificación. **20.** En este contexto, la vulneración de los principios bajo comentario, al afectar derechos fundamentales que los administrados gozan dentro de todo procedimiento, vician la actuación administrativa de la autoridad que actúa, decide o resuelve dentro de esta circunstancia. (Resolución N.º 2724-2016-TCE-S4, de 16-11-2016, ff. 9, 10, 11, 12, 13, 19 y 20. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2DiVZly>).

§ 165. **Principio de eficacia: consignación errónea del proceso de selección en la documentación presentada constituye un simple vicio de forma que no afecta la sustancia de los términos de la propuesta (art. 2.f). 7.** [E]s importante señalar que la consignación errónea del proceso de selección en la documentación presentada constituye un simple vicio de forma que no afecta la sustancia de los términos de la propuesta, y que resulta irrelevante a efectos de elegir la mejor oferta en pro de satisfacer el interés de la Entidad por lo que, en aplicación de los principios de informalismo, celeridad y eficacia que subyacen a todo procedimiento administrativo, no resulta válido afectar los derechos de los postores para participar en los procesos de selección por aspectos formales que puedan, en el peor de los casos, ser subsanados en el propio proceso, de modo que se fomente la más amplia y plural participación de oferentes, en observancia del principio de libre competencia que rige las contrataciones estatales. (Resolución N.º 1319-2007-TC-S4, de 06-09-2007, f. 7. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2VIkYWc>).

§ 166. **Principios de eficiencia y de economía (art. 2.f). 4.** [...] [De] conformidad con el principio de eficiencia, los bienes, servicios o ejecución de obras que se adquieran o contraten deben reunir los requisitos de calidad, precio, plazo de ejecución y entrega y deberán efectuarse en las mejores condiciones en su uso final. Asimismo, el principio de economía dispone que en toda adquisición o contratación se aplicaran los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar en las bases y en los contratos exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Además, debe tenerse presente el principio de libre competencia. Los indicados principios tienen como finalidad garantizar que las Entidades obtengan bienes, servicio y obras de calidad requerida, en forma oportuna y a precios o costos adecuados, sirviendo de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse, por lo tanto, la aplicación de las disposiciones de la Ley y su Reglamento deben seguir las líneas directrices que consignan dichos principios. (Resolución N.º 1057-2005-TC-SU, de 10-11-2005, f. 4. Sala Única. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2TgShhj>).

§ 167. **El Estado peruano contrata en función del principio de eficacia y eficiencia buscando ventajas y beneficios, y para ello se vale de los informes técnico y legal (art. 2.f). 3. CONCLUSIONES.** [...] 3.2. Para la procedencia de la contratación a la que se refiere el literal e) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley, se requiere el informe técnico y el informe legal en los que se sustente la configuración de dicho supuesto, esto es que indique como mínimo: (i) que las partes contratantes sean el Estado Peruano y otro Estado en los términos desarrollados por la normativa de contrataciones del Estado, (ii) que las prestaciones ejecutadas por el Estado contraparte serán efectuadas por sus órganos, dependencias y empresas estatales bajo su control, y (iii) las ventajas o beneficios para el Estado peruano de contratar directamente con otro Estado, en función al principio de eficacia y eficiencia previsto en el artículo 2 de la Ley y en cumplimiento del mandato de maximizar el valor de los recursos públicos a que se refiere el artículo 1 de la Ley [...]. (Opinión N.º 239-2017/DTN, de 07-11-2017, ff. 3 y 3.2. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RX9vmD>).

§ 168. **Principio de libertad de concurrencia. Riesgo de vulneración de los principios de la Ley requiriendo el cumplimiento de formalidades no esenciales para el proceso de selección. Principio de eficacia y eficiencia. Principio de privilegio de controles posteriores (art. 2.f). Véase supra la jurisprudencia del inciso a) del artículo 2º de la Ley [§ 106].** (Resolución N.º 2503-2016-TCE-S4, de 24-10-2016, ff. 19, 22, 23, 26, 27 y 29. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2UonQWF>).

§ 169. **El pedido de documentación irrelevante o documentación excesiva puede limitar la libre concurrencia de los postores y afectar los principios de igualdad de trato, eficiencia y eficacia que deben regir los procesos de contrataciones públicas (art. 2.f). Véase supra la jurisprudencia del inciso a) del artículo 2º de la Ley [§ 109].** (Resolución N.º 3000-2016-TCE-S3, de 22-12-2016, ff. 17 y 18. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2B5txSG>).

§ 170. **Cómo se garantiza el principio de transparencia y eficiencia (art. 2.f).** Véase, supra, la jurisprudencia del inciso c) del artículo 2º de la Ley [§ 136]. (Exp. N.º 020-2003-AI/TC [*Proceso de inconstitucionalidad contra la tercera disposición final de la Ley N.º 27635*], del 17-05-2004 [Web: 12-07-2004 / EP: 14-07-2004], ff. jj. 13-15. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2DE6CzC>).

REMISIÓN

§ 171. **Sobre el principio de eficiencia.** Véase también la jurisprudencia del numeral 44.4 del artículo 44º de la Ley [§ 735 ss.].

PRINCIPIO DE VIGENCIA TECNOLÓGICA

(LITERAL G)

§ 172. **La Entidad debe verificar si la superioridad del bien aludida por el adjudicatario resulta de la aplicación del principio de vigencia tecnológica (art. 2.g).** 20. En cuanto al ítem N.º 2, independientemente de los cuestionamientos de índole técnico que respaldan el recurso de autos, este Tribunal ha podido constatar que el objeto de convocatoria para este ítem consiste en la adquisición de cuatro sistemas de alimentación ininterrumpida (SAI) de 5KVA, los cuales difieren de los ofertados por el adjudicatario, quien ha ofrecido sistemas de 6KVA, aduciendo que no sólo cumplen la misma función que los bienes requeridos, sino que los supera, hecho que no ha sido materia de cuestionamiento ni por parte de la Entidad ni por parte del propio impugnante, quien se ha limitado a denunciar la falta de acreditación de algunas especificaciones técnicas por no encontrarse en los catálogos del ganador, y frente a lo cual resulta de aplicación lo ya expuesto en el numeral 18 antes reseñado. 21. Sin embargo, estando a la omisión de parte de la Entidad de emitir sustento técnico que permita confirmar esta situación, corresponde exhortarla a que, previamente a la suscripción del contrato, y en observancia del privilegio de controles posteriores del cual goza, verifique si los productos propuestos por el postor ganador cumplen las exigencias requeridas por las Bases y si, de ser el caso, se ajustan a la necesidad de la contratante, para cuyo propósito deberá cotejar si la superioridad a la que alude este adjudicatario resulta de la aplicación del principio de vigencia tecnológica recogido en [...] la Ley [...]. (Resolución N.º 387-2008-TC-S4, de 04-02-2008, ff. 20 y 21. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2DTWXVi>).

§ 173. **Aplicación del principio de vigencia tecnológica: instalación de equipos de enrutamiento (routers) (art. 2.g).** 33. En el caso que nos ocupa, por la propia naturaleza del servicio de Internet, era fundamental la instalación de equipos de enrutamiento (*routers*) que permitan garantizar su acceso. Así las cosas, la obligación de ofertar los equipos antes aludidos no se agotaba en sí misma, sino que se extendía al hecho de que tales bienes sean de la mejor calidad y tecnología, a fin de prestar el servicio en las mejores condiciones posibles, por lo que carece de sustento el cuestionamiento de [la empresa O] referido a que la evaluación de los bienes integrantes de la oferta del servicio sólo es accesoria y que su aceptación dependerá única y exclusivamente de que cumplan o no con los requerimientos técnicos mínimos solicitados en las Bases. 34. Lo antes señalado encuentra sustento tanto en el principio de eficiencia, por el cual los bienes, servicios o ejecución de obras que se adquieran o contraten deben reunir los requisitos de calidad, precio, plazo de ejecución y entrega y deberán efectuarse en las mejores condiciones en su uso final, como en el principio de vigencia tecnológica, mediante el cual dichos bienes, servicios o ejecución de obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológica necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos, desde el mismo momento en que son adquiridos o contratados, y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse, si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos. Nótese que mientras que el primer principio está referido a que los productos cuenten con las mínimas condiciones que permitan su adecuado uso, el segundo constituye una exigencia mayor, y es que no basta con que los productos sean eficientes al momento de contratarse sino que, además, dicha eficiencia debe estar garantizada para todo el periodo de ejecución contractual sobre la base de parámetros tecnológi-

cos. Precisamente, si bien la eficiencia de un producto se mide mediante su correcto uso, su vigencia tecnológica se mide a través de datos vinculados a su vida útil, la continuidad de su fabricación y venta, su posibilidad de ser reparados por un sólido equipo técnico y su plena modernidad. En consecuencia, no resulta cierto lo alegado por la impugnante en el sentido de que la vigencia tecnológica únicamente busca cautelar que los bienes estén en capacidad de cumplir el requerimiento, sino que, por el contrario, dicho principio constituye una garantía mayor que permite asegurar el funcionamiento de los equipos durante todo el periodo de ejecución contractual con las mejores condiciones técnicas posibles. (Resolución N.º 299-2007-TC-S1, de 23-03-2007, ff. 33 y 34. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2S6D6el>).

§ 174. Vulneración del principio de vigencia tecnológica por una inadecuada formulación de las bases al haber restringido el requerimiento hacia equipos con solo una característica (art. 2.g). 17. [E]l haber restringido el requerimiento hacia equipos que solo cuenten con “Geometría θ - 2θ vertical”, cuando según la propia área usuaria, los equipos que cuentan con “Geometría θ - θ horizontal” satisfacen también su necesidad, implica que potenciales postores que comercialicen el equipo objeto de convocatoria, con esta última característica, hayan desistido de participar en el procedimiento de selección y presentar ofertas, privando con ello al Estado de otras y posiblemente mejores opciones de compra. Tal situación, demuestra una transgresión del principio de Libertad de Concurrencia, según el cual las Entidades deben promover el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen. **18.** Conforme se advierte de las precisiones anteriores, en el caso de autos, las Bases del procedimiento han contenido una disposición contraria a lo señalado en la normativa de contrataciones públicas, pues han incluido una especificación técnica cuya consideración transgredió los citados principios de vigencia tecnológica y de libertad de concurrencia, lo cual *ha tenido incidencia directa en la controversia materia del presente procedimiento de impugnación*. (Resolución N.º 2228-2016-TCE-S4, de 16-09-2016, ff. 17 y 18. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2D9w2TX>).

§ 175. Si se requiere la presentación de un certificado bajo el alcance de una norma técnica que ya había sido dejada sin efecto se contraviene los principios de vigencia tecnológica (art. 2.g). 11. [R]esulta necesario tener presente que, entre los principios rectores que rigen las contrataciones del Estado, se tiene el de *Vigencia Tecnológica*, en virtud del cual los bienes, servicios y obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública para los que son requeridos, por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos. En vista de ello, las especificaciones técnicas que se establecen en función al requerimiento efectuado por el área usuaria deben guardar correspondencia con dicho principio a efectos de asegurar que los bienes, servicios y obras cumplan las condiciones de calidad vigentes, ya que de lo contrario se ocasionaría perjuicio al Estado, no sólo porque implicaría la ineficiente erogación de fondos públicos, sino también porque las necesidades públicas no serían satisfechas en las mejores condiciones de calidad. En este escenario, recuérdese que si bien el cuarto párrafo del artículo 8 del Reglamento establece la posibilidad de que el requerimiento incluya disposiciones previstas en normas técnicas que sirvan para asegurar el cumplimiento de los requisitos funcionales o técnicos; dicha facultad debe ser ejercida en concordancia con el Principio de Vigencia Tecnológica. En otras palabras, si la finalidad es asegurar el cumplimiento de requisitos funcionales o técnicos, para que esto se produzca de manera eficiente debe asegurarse que tales requisitos funcionales o técnicos se encuentren sujetos a condiciones de calidad vigentes. Nótese que el Principio de Vigencia Tecnológica se encuentra estrechamente vinculado al *Principio de Eficacia y Eficiencia*, dado que para que el proceso de contratación contribuya al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad y la consecuente satisfacción del interés público, es necesario que los bienes, servicios y obras objeto de dichos procesos, reúnan las condiciones de calidad vigentes. **12.** Conforme a lo hasta aquí expuesto, resulta evidente que el hecho de haber requerido la presentación del “*Certificado de Idoneidad Técnica para la Producción de Microformas*”, bajo el alcance de una norma técnica que ya había sido dejada sin efecto (NTP 392.030-

2:2005), contraviene los Principios de Vigencia Tecnológica, así como de Eficacia y Eficiencia, debido a que se habilita la posibilidad de que el servicio sea prestado sin sujetarse a las mejores condiciones de calidad. (Resolución N.º 2981-2016-TCE-S4, de 20-12-2016, ff. 11 y 12. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Q0lOxs>).

§ 176. **En la contratación de obras ejecutadas bajo la modalidad de llave en mano, el expediente técnico debía considerar un equipamiento que pudiera adecuarse, integrarse y repotenciarse a con los avances tecnológicos que se produjesen en un periodo de tiempo determinado (art. 2.g).** 2.1.3. [...] [En virtud del] “Principio de Vigencia Tecnológica” [...] la contratación de bienes, servicios u obras [debe] reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que era requerida, desde el mismo momento en que se efectuaba la contratación, y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de que lo contratado se adecuara, integrara y repotenciara con los avances científicos y tecnológicos, si el caso lo [amerita]. Al respecto, Juan Carlos Morón Urbina hace referencia a la vigencia tecnológica indicando que “(...) *este principio inserta pautas fundamentales para la definición de las especificaciones técnicas, factores de evaluación de los procesos de selección, el diseño contractual e incluso la ejecución contractual. No basta adquirir un bien a un bajo precio, sino asegurarse si por ese mismo precio o algo mas es posible adquirir un bien tecnológicamente vigente y actualizable* (...)” (El subrayado es agregado). Como se aprecia, las contrataciones efectuadas por las Entidades debían ser realizadas de tal manera que la prestación contratada mantuviera su vigencia a pesar del trascurso del tiempo; lo cual implicaba que, en el caso de obras ejecutadas bajo la modalidad llave en mano, el expediente técnico debía considerar un equipamiento que pudiera adecuarse, integrarse y repotenciarse con los avances científicos y tecnológicos que se produjeran en un periodo de tiempo determinado. (Opinión N.º 205-2016/DTN, de 23-12-2016, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2GFrysX>).

§ 177. **Para la configuración de una mejora tecnológica, lo ofertado por los postores no debe formar parte de las especificaciones técnicas consignadas en las bases ni generar costo adicional. La entidad debe delimitar los aspectos que deberán cumplir las mejoras o innovaciones tecnológicas.** 11. [Resulta] relevante indicar que en reiterados pronunciamientos expedidos por este Colegiado, se ha manifestado que para considerar la configuración de una innovación o mejora tecnológica, lo ofertado por los postores no debe estar contemplado en las bases, es decir, no debe formar parte de las especificaciones técnicas de los bienes que se desea adquirir. Además, cabe precisar que la innovación o mejora propuesta debe implicar realmente una mejora al bien materia de adquisición, el cual no debe generar costo adicional para la Entidad. 12. Si bien es cierto que a cada Entidad le corresponde determinar sus requerimientos y fijar los factores de evaluación que considere que sirven para elegir la mejor propuesta, debe reiterarse que dichos factores deben ser objetivos y congruentes con el objeto del proceso, cumpliendo con ser proporcionales, razonables y que coadyuven al uso racional y eficiente de los escasos recursos públicos. 13. Conforme a las premisas expuestas, cabe indicar que en el presente caso, el Comité Especial omitió identificar y definir los aspectos sobre los cuales debían incidir las innovaciones o mejoras tecnológicas solicitadas, es decir, no se especificó en las bases qué deberían ofertar los postores para que sus propuestas en dicho factor sean consideradas por el Comité Especial como mejoras y/o innovaciones tecnológicas, pues sólo estableció de manera general que se considerará como mejoras todo aquello que supere los requerimientos técnicos, hecho por el cual el Comité Especial tendría que otorgar puntaje a cualquier aspecto o elemento ofertado como innovación en la medida que supuestamente supere los referidos requerimientos, sin importar los recursos involucrados ni la mayor o menor incidencia en la mejora del bien ofertado. Por lo tanto, el factor en cuestión no permite que los postores puedan acreditar una mejor condición de la oferta o calidad del servicio ofertado para la Entidad ni una real ventaja comparativa de una propuesta frente a otra, por lo cual resulta ineficaz al no tener incidencia en la calidad de la propuesta. (Resolución N.º 144-2007-TC-SU, de 07-02-2007, ff. 11 al 13. Sala Única. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2TntNTH>).

PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL Y SOCIAL**(LITERAL H)**

§ 178. En el requerimiento se suprimen aquellos bienes que puedan tener un impacto ambiental negativo (art. 2.h). 2. [...] Al respecto, en el informe técnico remitido con ocasión de la elevación de observaciones el Comité Especial manifiesta que no se permite la acreditación del gas refrigerante R404A, dado que es la combinación de diferentes tipos de refrigerantes y por tener estas características según el Reglamento CE N.º 842-2006, tiene un potencial de calentamiento global GWP de 3784 en comparación a los 1300 de potencial de calentamiento global GWP del Gas Refrigerante R-134, en tal sentido y en aplicación al Principio de Sostenibilidad Ambiental, procurando evitar impactos ambientales negativos en concordancia con las normas de la materia, no se acogió dicha observación. (Pronunciamiento N.º 094-2011/DSU, de 26-12-2011, Observación N.º 1. Dirección de Supervisión. Texto completo: <bit.ly/2HcMb0f>).

§ 179. Establecer en las Bases un monto de asignación familiar a los trabajadores menor al reconocido en la legislación vigente constituye una afectación al principio de promoción del desarrollo humano (art. 2.h). 2. [...] OBSERVACIÓN N.º 37 [...]. El participante manifiesta que existe un error al indicar el monto de la asignación familiar, debido a que, según la normativa de la materia, éste representa el diez por ciento (10%) de la remuneración mínima vital; en esa medida, siendo el monto de la remuneración mínima vital equivalente a S/. 550,00, se debe considerar como asignación familiar un monto equivalente a S/. 55,00, y no S/. 44,00 como está siendo considerado en la estructura de costos del valor referencial. PRONUNCIAMIENTO. [...] El Comité Especial en el pliego de absolución de observaciones indicó que *“la asignación familiar es un derecho que tiene únicamente los trabajadores que tienen hijos no correspondiéndole a los que no lo tienen. // En caso de consentir la observación planteada, Sedapal estaría aceptando implícitamente que todos los trabajadores cuentan con hijos, lo cual resulta absurdo. // Ante la imposibilidad de predecir el futuro, se ha optado por determinar la proporción de trabajadores que cuentan con hijos en base a los históricos de los anteriores concursos determinando que representan el 80%. // Si consideramos que solo el 80% de los trabajadores cuentan con hijos y que le corresponde el pago de S/. 55 nuevos soles, obtendremos que en promedio para todos los trabajadores (con hijos y sin hijos) corresponde considerar el valor de S/. 44.00 nuevos soles considerado en Horas Hombre”*. [...] De otro lado, es preciso señalar que el Principio de Promoción del Desarrollo Humano tiene por finalidad, entre otros, buscar que la contratación pública genere mejores condiciones en la calidad de vida de las personas, que en el presente caso, se lograría con acceso al trabajo y el reconocimiento de los beneficios sociales. Lo indicado por el Comité Especial implicaría que, como no se reconoce la totalidad de la asignación familiar a la totalidad de trabajadores, las empresas busquen no contratar a personas que se encuentren dentro del supuesto para otorgar asignación familiar, pues de lo contrario la propuesta económica se encontraría por encima del valor referencial del proceso de selección; hecho que afectaría el mencionado Principio de Promoción del Desarrollo Humano. Ahora bien, se advierte que el valor referencial no incluye la totalidad de los conceptos que pueden incidir en el valor referencial, dado que ha reconocido que para la asignación familiar ha considerado un monto menor al que legalmente corresponde. En consecuencia, este Organismo Supervisor ha decidido ACOGER la observación formulada, por lo que corresponderá a la Entidad efectuar el reajuste correspondiente [...]. (Pronunciamiento N.º 203-2010/DTN, de 08-07-2010, Observación N.º 37. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AK4STl>).

§ 180. En virtud del principio de protección social y del desarrollo humano, la Entidad debe verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales (art. 2.h). Sin perjuicio de lo anterior, a fin de no afectar la transparencia del proceso de selección, con motivo de la integración de Bases deberá publicarse en el SEACE el estudio de mercado y la estructura de costos de los que se desprenda que la totalidad de los costos que inciden en el precio final del servicio (tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas, costos laborales, gastos administrativos, utilidad, etc.) fueron considerados para calcular el valor referencial del proceso; debiendo tener presente que, en caso el valor referencial no refleje el costo real del

servicio, la Entidad deberá adoptar las medidas que resulten pertinentes a fin de corregir tal extremo del expediente de contratación. Asimismo, por las consideraciones expuestas por el observante, y en virtud del Principio de Promoción del Desarrollo Humano [...], se recomienda que en la etapa de ejecución contractual, la Entidad verifique el cumplimiento de las obligaciones laborales. (Pronunciamiento N.º 072-2010/DTN, de 24-02-2010, Observación N.º 1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Rcn0zk>).

PRINCIPIO DE EQUIDAD

(LITERAL I)

§ 181. Pretender que la totalidad de los deducibles correspondientes al trámite de reparación de siniestros deban ser asumidos por el contratista sin importar si tal hecho le es imputable o no, es una trasgresión al principio de equidad. Los gastos deberían ser asumidos por la parte causante del siniestro, y a prorrata en los casos que dicha ocurrencia no sea imputable a ninguna de las partes (art. 2.i). OBSERVACIÓN N.º 6: *Contra la obligación de pago de deducibles e indemnizaciones.* El observante cuestiona que el numeral 26.7 de la Cláusula Vigésimo sexta de la proforma del contrato, disponga que la totalidad de los deducibles correspondientes al trámite de reparación de siniestros por parte de la compañía aseguradora deban ser asumidos por el contratista, pues considera que ello resulta desproporcionado y oneroso en exceso. En esa medida, solicita que el pago de deducibles o indemnizaciones por daños causados a terceros se encuentre a cargo del contratista únicamente cuando los siniestros sean imputables a este. PRONUNCIAMIENTO. Si bien de acuerdo con el contrato, corresponde al contratista la contratación del pago de todos los seguros necesarios para resguardar la integridad de los bienes, recursos a emplear y terceros eventualmente afectados, pretender que sea este quien asuma la totalidad del pago de deducibles o indemnizaciones que se generen como consecuencia de eventuales siniestros resulta excesivo, máxime si, por la imprevisibilidad de dichos siniestros, el costo por el pago de deducibles e indemnizaciones no pueda ser considerado al determinarse el valor referencial. No obstante ello, también resultaría excesivo pretender que cuando los siniestros no sean imputables ni a la entidad ni al contratista, sea la primera quien asuma el costo del pago de los deducibles y/o indemnizaciones, como pretende el observante. En esa medida, considerando que el observante pretende que el pago de deducibles e indemnizaciones solo sea responsabilidad suya cuando los siniestros que originan su pago sean imputables a él, este Organismo Supervisor decide NO ACOGER la observación formulada. Sin perjuicio de lo anterior, atendiendo a que de acuerdo con el Principio de Equidad las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, deberá precisarse que el pago de deducibles y siniestros será de cargo de la parte del contrato causante de la producción de dicho siniestro, siendo que en caso dicha ocurrencia no sea imputable a ninguna de las partes, los pagos derivados de él serán asumidos por ambos en partes iguales. (Pronunciamiento N.º 371-2011/DTN, de 23-09-2011, Observación N.º 6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QrLGP7>).

PRINCIPIO DE INTEGRIDAD

(LITERAL J)

§ 182. Todas las declaraciones juradas, documentos e información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados se presumen verificados por quienes hacen uso de ellos (art. 2.j). 16. [Tal] como se ha indicado en anteriores pronunciamientos de este Colegiado, la normativa general ha establecido el Principio de Presunción de Veracidad según el cual *“Todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos se presumen verificados por quienes hacen uso de ellos, así como de contenido veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario”*, este debe aplicarse en conexión con los otros principios que recoge la Ley N.º 27444, en especial el Principio de Verdad Material, el que indica lo siguiente: *“En el procedimiento, la autoridad*

administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas (...)". (Resolución N.º 569-2009-TC-S1, de 23-02-2009, f. 16. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2BmFWAw>).

§ 183. Los documentos y declaraciones juradas presentadas por una sociedad irregular no vulneran el principio de presunción de veracidad. CONSULTA: "*¿Se vulneraría el principio de veracidad si un postor presenta en su propuesta técnica documentos emitidos por una persona jurídica irregular?*". **2.1.** [...] [El] principio de presunción de veracidad de los documentos y declaraciones juradas presentadas por los particulares durante un procedimiento administrativo. Ello implica que, en todo procedimiento administrativo, debe presumirse que los documentos presentados y las declaraciones formuladas por los administrados se encuentran conforme a lo prescrito por ley y responden a la verdad de los hechos que afirman. No obstante, la presunción de veracidad no tiene un carácter absoluto, toda vez que conforme a las normas citadas la sola existencia de una prueba en contra de lo afirmado en las declaraciones juradas o de lo indicado en los documentos presentados, obliga a la administración pública a apartarse de la referida presunción. [...] **2.4.** Ahora bien, respecto a las sociedades irregulares, el artículo 423º de la Ley N.º 26887, Ley General de Sociedades, en adelante la LGS, señala que una sociedad tendrá la calidad de irregular cuando no se haya constituido e inscrito conforme a lo dispuesto por dicha norma o cuando se configure la situación de hecho que resulta de que dos o más personas actúan de manera manifiesta en sociedad sin haberla constituido e inscrito. Como consecuencia de ello, el artículo 424º de la LGS dispone que aquellos administradores, representantes y, en general, quienes se presenten ante terceros actuando en nombre de la sociedad irregular son personal, solidaria e ilimitadamente responsables por la totalidad de actos jurídicos realizados desde que se produjo la irregularidad, así esta haya existido desde la constitución. En tal sentido, se considera como irregular a aquella sociedad que no cumpla con las regulaciones establecidas por la LGS para su constitución e inscripción, cuyos representantes responden solidaria e ilimitadamente por los actos jurídicos producidos desde que se inicia la irregularidad. **2.5.** De lo expuesto se desprende que la sola condición de irregular por parte de una persona jurídica no implica la trasgresión del principio de presunción de veracidad de los documentos y declaraciones presentados, dado que dicha condición se debe al incumplimiento de las normas establecidas por la LGS para la constitución de sociedades y no la conducta ilícita del o los integrantes de la sociedad irregular. (Opinión N.º 063-2008/DOP, de 01-09-2008, ff. 2.1, 2.4 y 2.5. Dirección de Operaciones. Texto completo: <bit.ly/2S2nILM>).

§ 184. Las Entidades deben privilegiar las técnicas de control posterior, en lugar de las técnicas de control previo concurrente. Relación con el principio de veracidad. Véase, *infra*, la jurisprudencia del artículo 2º de la Ley [§ 198]. (Resolución N.º 1633-2017-TCE-S4, de 02-08-2017, f. 27. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Q0etho>).

REMISIÓN

§ 185. Sobre el principio de veracidad. Véase también la jurisprudencia del numeral 44.2.b del artículo 44º de la Ley [§ 723 ss.].

OTROS PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS APLICABLES A LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

§ 186. Principio de legalidad. 13. [Las] Bases no pueden incluir requisitos y/o condiciones ilegales o violatorias de disposiciones normativas, por cuanto la actuación estatal debe regirse por el respeto al principio de legalidad. [...] (Resolución N.º 2227-2007-TC-S4, de 13-12-2007, f. 13. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2RAki21>).

§ 187. El principio de legalidad no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales. 15. [El] principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales; examen que la administración pública debe realizar aplicando criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. Esta forma de concebir el principio de legalidad se concretiza, por ejemplo, en el artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuando señala que la actuación de la administración pública tiene como finalidad la protección del interés general, pero ello sólo es posible de ser realizado “(...) *garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional* y jurídico en general” (énfasis agregado). 16. [La] aplicación de una ley inconstitucional por parte de la administración pública implica vaciar de contenido el principio de supremacía de la Constitución, así como el de su fuerza normativa, pues se estaría otorgando primacía al principio de legalidad en detrimento de la supremacía jurídica de la Constitución, establecido en los artículos 38°, 51° y 201° de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático. (Exp. N.º 3741-2004-AA/TC [Caso *Ramón Hernando Salazar y Arlenque*], del 14-11-2005 [Web: 11-10-2006 / EP: 24-10-2006], ff. jj. 15 y 16. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2vtpN9w>).

§ 188. El principio de legalidad exige el respeto a la Constitución, la ley y el derecho. 2.4. [...] [El] principio de legalidad [...] exige el respeto a la Constitución, la ley y el derecho, tal como ha sido el accionar del OSINERG, pues como ya se ha mencionado las resoluciones expedidas por el Organismo Regulador, han sido consecuencia directa del procedimiento llevado a cabo por el OSINERG en las últimas regulaciones, de modo tal que se ha respetado las disposiciones legales y reglamentarias establecidas. [...] (Resolución N.º 135-2004-OS/CD, de 17-06-2004, f. j. 2.4. Consejo Directivo. Organismo Supervisor de la Inversión en Energía. Texto completo: <bit.ly/2SLThJS>).

§ 189. La Administración no puede actuar sin una atribución legal previa de potestades. 2.1.2. [El] principio de legalidad de la Administración consiste en que toda acción administrativa se presenta como el ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y delimitado por esta; es decir, que sin una atribución legal previa de potestades, la Administración no puede actuar; Que, dichas potestades atribuidas a la administración por la Ley, son poderes instrumentales de actuación genéricos y distintos de las competencias, que constituyen un sentido más restringido que el de potestad, ya que son una parte o medida de la misma asignada a un determinado órgano de la Administración; la noción de competencia deriva de la necesidad de distribuir las funciones en el seno de las organizaciones en razón a las características propias y finalidades de estas últimas; por lo tanto, las competencias recaen sobre sectores materiales más concretos, es decir, las potestades se reparten entre los órganos de la administración de modo concreto y específico, determinándose de esta forma la competencia de cada órgano. (Resolución N.º 151-2009-OS/CD/TC, de 20-08-2009, f. j. 2.1.2. Consejo Directivo. Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería. Texto completo: <bit.ly/2QTY1x>).

§ 190. El subprincipio de tipicidad o taxatividad como una manifestación del principio de legalidad. 5. [...] El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal. (Exp. N.º 2192-2004-AA/TC, de 11-10-2004 [Web: 09-02-2005], f. j. 5. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2I0ytfO>).

REMISIÓN

§ 191. **El principio de legalidad en materia sancionatoria.** Véase la jurisprudencia del artículo 50º de la Ley [§ 799 ss.].

PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

§ 192. **La razonabilidad implica que el acto estatal debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran. 5.** [...] El numeral 1.4. de la Ley de Procedimiento Administrativo General enuncia el principio de razonabilidad, según el cual, las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que se deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. La razonabilidad implica que el acto estatal debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran. Así, la doctrina exige que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente “creador” o “motivador” del acto estatal y el hecho consecuente derivado de aquél. En consecuencia, la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado. En el presente caso, la circunstancia que motivó el cuestionamiento de dicho factor se debió a que este no establecía una calificación para el plazo de 30 días, aspecto que no puede dejar de ser reglado en el marco de un proceso de selección, toda vez que de acuerdo al principio de imparcialidad, las decisiones de los funcionarios responsables de la adquisiciones y contrataciones públicas deberán cumplir en estricto la Ley y el Reglamento a fin de que permitan la mayor objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas. (Resolución N.º 1211-2007-TC-S1, de 23-08-2007, f. 5. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2SrKX5s>).

§ 193. **Principio de razonabilidad: las decisiones de la autoridad administrativa deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar. 10.** [...] [De] la verificación de la propuesta económica [...] que fuera remitida por la Entidad como parte de los antecedentes administrativos, este Colegiado no ha podido determinar ninguna omisión en que hubiese incurrido dicho postor en la presentación de su oferta, habiendo constatado por el contrario que ésta última contiene el monto total de la oferta. Es decir, no hay afectación alguna, ni sustancial ni accesoria, de la oferta económica presentada por el impugnante, por lo que en el presente caso una subsanación resulta innecesaria. En este orden de ideas, resulta de aplicación al presente caso el Principio de Razonabilidad mediante el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. (Resolución N.º 1413-2007-TC-S2, de 19-09-2007, f. 10. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2FAnsQJ>).

§ 194. **El principio de razonabilidad establece que la determinación de la sanción no debe ser desproporcionada y debe guardar atención con la conducta a reprimir. Determinación gradual de la sanción. 19.** [El] principio de razonabilidad [...] establece que la determinación de la sanción no debe ser desproporcionada y debe guardar atención con la conducta a reprimir, más allá de lo estrictamente necesario para satisfacer los fines de la sanción. [...] [Los] proveedores y/o contratistas no deban verse privadas de su derecho de participar en los procesos de selección y, de ser el caso, proveer al Estado, criterios que serán tomados en cuenta al momento de graduar la sanción a imponer al Postor, en concordancia con el artículo 302 del Reglamento [cfr. art. 264 del Nuevo Reglamento] que prevé la determinación gradual de la Sanción a imponer. **20.** En ese sentido, se tiene en cuenta la intencionalidad del Infractor que conocía situación legal de inmueble, circunstancias de tiempo, lugar y modo en que y el daño causado a la Entidad, al retrasar el cumplimiento de los fines propios del objeto del proceso de selección. Por otro lado, también debe considerarse que el Postor no tiene antecedentes de haber

sido sancionado administrativamente por alguna infracción a las normas que regulan las contrataciones públicas. (Resolución N.º 1438-2007-TC-S3, de 21-09-2007, ff. 19 y 20. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2FL7Meo>)

REMISIÓN

§ 195. **Sobre el principio de razonabilidad en materia sancionatoria.** Véase la jurisprudencia del artículo 200º de la Constitución [§ 76 ss.] y del artículo 50º de la Ley [§ 822].

PRINCIPIO DE INFORMALISMO

§ 196. **El principio de informalismo no puede ser invocado de manera tal que implique un beneficio o ventaja para un postor, por la intervención de una autoridad administrativa en contravención de su deber de imparcialidad y de trato justo e igualitario.** 31. [El] principio de informalismo, consagrado en el inciso 1.6 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, no puede ser invocado de manera tal que implique un beneficio o ventaja para un postor, respecto de los demás, por la intervención de una autoridad administrativa en contravención de su deber de imparcialidad y de trato justo e igualitario, recogidos ambos como principios específicos en materia de contratación pública [...]. (Resolución N.º 871-2008-TC-S4, de 28-03-2008, f. 31. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2GdrnUS>).

§ 197. **La omisión de presentar un juego de copias adicional de la oferta propuesta por el postor no puede dar lugar a la desestimación de su propuesta sin requerir previamente la subsanación. En los procesos de contrataciones con el Estado es aplicable el principio de informalismo.** Véase la jurisprudencia del artículo 60º del Nuevo Reglamento [§ 1418]. (Resolución N.º 580-2008-TC-S4, de 25-02-2008, ff. 8-12. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2RDxVI2>).

PRINCIPIO DE PRIVILEGIO DE CONTROLES POSTERIORES

§ 198. **Aplicación del principio del privilegio de controles posteriores.** 4. [...] [El] Principio del Privilegio de Controles Posteriores contemplado en el artículo IV, numeral 1.16, de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N.º 27444 en la tramitación de los procedimientos administrativos que se sustenta en la aplicación de la fiscalización posterior, la autoridad administrativa se reserva el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso de que la información presentada no sea veraz, en concordancia con los principios de razonabilidad, presunción de veracidad y de verdad material [...]. (Exp. N.º 07412-2013-PA/TC, de 17-01-2017, f. j. 4. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2UHikQ2>).

§ 199. **Las Entidades deben privilegiar las técnicas de control posterior, en lugar de las técnicas de control previo concurrente. Relación con el principio de veracidad.** 27. En relación a las infracciones aludidas, resulta relevante indicar que el procedimiento administrativo en general, y los procedimientos de selección en particular, se rigen por principios, los cuales constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos para, entre otros aspectos, controlar la liberalidad o discrecionalidad de la administración en la interpretación de las normas existentes, a través de la utilización de la técnica de integración jurídica. Así, es preciso traer a colación lo dispuesto en el numeral 1.7 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, que consagra el principio de presunción de veracidad, en virtud del cual la Administración Pública presume que todos los documentos y declaraciones formuladas por los administrados responden a la verdad de los hechos que ellos afirman, reservándose, en virtud de lo establecido en el numeral 1.16 del citado dispositivo, el derecho de verificar posteriormente la veracidad y autenticidad de los mismos. Asimismo, el artículo 49 del TUO de la LPAG establece que todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, se

presumen verificados por quien hace uso de ellos, así como de su contenido veraz para fines del procedimiento administrativo. Sin embargo, esta presunción es de índole *iusuris tantum* pues admite prueba en contrario, en la medida que es atribución de la Administración Pública verificar la documentación presentada cuando existen indicios suficientes de que la información consignada no se ajusta a los hechos. En ese marco, se tiene que el TUO de la LPAG ha recogido a la presunción de veracidad, como principio -en el numeral 1.7 del artículo IV del Título Preliminar-, y como norma positiva - en el artículo 49; que sirve como parámetro de la actuación de la administración pública, respecto de la documentación que presenten los administrados. De manera concordante con lo manifestado, el numeral 4 del artículo 65 del referido cuerpo legal estipula, como uno de los deberes generales de los administrados, la comprobación de la autenticidad, de manera previa a su presentación ante la Entidad, de la documentación sucedánea y de cualquier otra información que se ampare en la presunción de veracidad. Además, respecto de los principios del procedimiento administrativo que resultan aplicables para encausar el presente procedimiento sancionador, tenemos que el numeral 1.16 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, reconoce expresamente la vigencia del principio de privilegio de controles posteriores, según el cual, las Entidades deben privilegiar las técnicas de control posterior, en lugar de las técnicas de control previo concurrente, en los procedimientos que se desarrollan bajo su competencia. En tal sentido, la Administración tiene el deber de comprobar la veracidad de los documentos presentados por los administrados y sancionar su falta, una vez culminados los procedimientos que conduce. (Resolución N.º 1633-2017-TCE-S4, de 02-08-2017, f. 27. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Q0etho>).

§ 200. La fiscalización posterior no es un procedimiento administrativo *per se* sino, más bien, una fase dentro de los procedimientos de aprobación automática o de evaluación previa. 10. [...] [Este] Tribunal no comparte los argumentos expuestos por el postor adjudicatario para negarse a cumplir el mandato impuesto y, a través de medios probatorios objetivos, demostrar que la razón le asiste en cuanto a la experiencia que afirma poseer. En primer término, porque la fiscalización posterior -que no es un procedimiento administrativo *per se* sino, más bien, una fase dentro de los procedimientos de aprobación automática o de evaluación previa que tiene por finalidad verificar de oficio la autenticidad de las declaraciones, documentos e informaciones proporcionadas por los administrados, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General- constituye la consecuencia y la materialización del *principio de privilegio de controles posteriores*, a que se contrae el numeral 1.16 del artículo IV del Título Preliminar de esa misma Ley, cuya aplicación no se encuentra reservada para algunas Entidades sino que, por el contrario, puede ser ejercitada por el conjunto de los organismos que forman la Administración Pública nacional, dentro del cual se encuentra sin lugar a dudas este Colegiado, en tanto órgano del Consucode. Aún más, tampoco debe olvidarse que el procedimiento de impugnación instaurado a raíz de la apelación planteada comparte la naturaleza de los procedimientos de evaluación previa en los que se aplica, como resulta natural, la fiscalización posterior respectiva, en la medida que el asunto en discusión debe ser *previamente evaluado* antes de adoptar la decisión definitiva. (Resolución N.º 1310-2007-TC-S4, de 06-09-2007, f. 10. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2GrUSD1>).

§ 201. Principio de controles posteriores. Deber de las Entidades de privilegiar las técnicas de control posterior, en lugar de las técnicas de control preventivo. 2.2. [C]omo contrapeso al principio de presunción de veracidad, el numeral 1.16 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG establece la vigencia del *principio de controles posteriores*, según el cual, las Entidades deben privilegiar las técnicas de control posterior, en lugar de las técnicas de control preventivo, en los procedimientos que se desarrollan bajo su competencia. En tal sentido, la Administración tiene el derecho de comprobar, más adelante, la veracidad de los documentos presentados por los administrados en los procedimientos. Asimismo, el artículo 32º de la LPAG establece que mediante la fiscalización posterior la Entidad ante la cual se ha desarrollado el procedimiento administrativo, queda obligada a verificar la autenticidad de las declaraciones, documentación e información presentada mediante el sistema de muestreo. En tal sentido, los documentos y declaraciones que se presenten durante la tramitación de un proceso de

selección podrán ser sujetos de fiscalización posterior a fin de corroborar su veracidad y autenticidad. (Opinión N.º 063-2008/DOP, de 01-09-2008, f. 2.2. Dirección de Operaciones. Texto completo: <bit.ly/2S2nILM>).

§ 202. **Principio de libertad de concurrencia. Riesgo de vulneración de los principios de la Ley requiriendo el cumplimiento de formalidades no esenciales para el proceso de selección. Principio de eficacia y eficiencia. Principio de privilegio de controles posteriores.** Véase *supra* la jurisprudencia del inciso a) del artículo 2º de la Ley [§ 106]. (Resolución N.º 2503-2016-TCE-S4, de 24-10-2016, ff. 19, 22, 23, 26, 27 y 29. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2UonQWF>).

PRINCIPIO DE ECONOMÍA

§ 203. **Por el principio de economía, debe suprimirse de las Bases la presentación de catálogos, folletos u otros documentos técnicos del fabricante o dueño de la marca en original.** OBSERVACIÓN N.º 2. [...] El observante cuestiona que, para la acreditación del cumplimiento de los requerimientos mínimos de los equipos, se solicite la presentación de catálogos, folletos u otros documentos técnicos del fabricante o dueño de la marca en original. Al respecto, sostiene que dicha exigencia resulta excesiva y vulnera el Principio de Economía reconocido en la normativa de contrataciones públicas, por lo que, solicita se permita presentar copia de la documentación requerida adjuntando una declaración jurada en la que se señale que de ser favorecidos con la buena pro deberá presentarse los originales. PRONUNCIAMIENTO. Se advierte de las Bases que como parte de la documentación de presentación obligatoria, referido al contenido de las propuestas, se exige lo siguiente: “*documentos originales de catálogos, folletos u otros documentos técnicos del fabricante o dueño de marca relativos al EQUIPO OFERTADO y de los ACCESORIOS que incluyan los equipos acompañados, que en caso de no encontrarse en idioma castellano deberán estar acompañados de sus respectivas traducciones efectuadas por traductor público juramentado*”. (El subrayado es agregado). No obstante, debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 41º de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N.º 27444 -de aplicación supletoria a los procesos de selección-, las copias simples serán aceptadas, estén o no certificadas por notarios, funcionarios o servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, y tendrán el mismo valor que los documentos originales para el cumplimiento de los requisitos correspondientes a la tramitación de procedimientos administrativos seguidos ante cualquier Entidad. Lo expuesto concuerda con lo prescrito por el Principio de Economía, [...] según el cual debe aplicarse en toda contratación, criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, debiéndose evitar exigencias y formalidades costosas e innecesarias en las Bases y en los contratos. En tal medida, este Organismo Supervisor decide ACOGER la observación formulada, por lo que deberá suprimirse de las Bases la exigencia de documentos originales, lo que no enerva la facultad de la Entidad de efectuar fiscalización posterior de los documentos presentados. [...] (Pronunciamento N.º 988-2013/DSU, de 16-10-2013, Observación N.º 02. Dirección de Supervisión. Texto completo: <bit.ly/2MRmqSa>).

§ 204. **Principios de eficiencia y de economía.** Véase la jurisprudencia del inciso f) del artículo 2º de la Ley [§ 166]. (Resolución N.º 1057-2005-TC-SU, de 10-11-2005, f. 4. Sala Única. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2TgShhj>).

§ 205. **No es viable que para la evaluación de las ofertas la Entidad solicite una exigencia costosa para los postores, que significará una pérdida económica imposible de ser revertida a todos aquellos que no ganen la buena pro del ítem al que postulan en observancia al principio de economía.** Véase la jurisprudencia del artículo 47º del Nuevo Reglamento [§ 1225]. (Pronunciamento N.º 221-2012/DSU, de 25-05-2012, Observación N.º 3. Dirección de Supervisión. Texto completo: <bit.ly/2HfNwJV>).

PRINCIPIO DE MORALIDAD

§ 206. **La presentación de documentación falsa supone el quebrantamiento de los principios de moralidad y de presunción de veracidad.** 5. [Un] documento falso es aquel que no fue expedido por su órgano emisor correspondiente, es decir por aquella persona natural o jurídica que aparece en el mismo documento como su autor; o aquel documento que siendo válidamente expedido, haya sido adulterado en su contenido. Por otro lado, la información inexacta supone un contenido que no es concordante o congruente con la realidad, lo que constituye una forma de falseamiento de esta. Para ambos supuestos -documento falso e información inexacta- la presentación de un documento con dichas características, supone el quebrantamiento de los principios de moralidad y de presunción de veracidad [...]. (Resolución N.º 0008-2017-TCE-S4, de 03-01-2017, f. 5. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2QUK0Ts>).

§ 207. **En virtud del principio de moralidad, todos los actos derivados de los procesos de contratación tienen como premisa las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad.** 3. [...] [En] virtud del principio de moralidad todos los actos derivados de los procesos de contratación tienen como premisa las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad, determinando su transgresión la no admisión de la propuesta técnica del postor, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que corresponde asumir por dicha situación. (Resolución N.º 0199-2016-TCE-S3, de 11-02-2016, f. 3. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2OKgfb>).

PRINCIPIO DE INAPLICABILIDAD POR ANALOGÍA

§ 208. **Principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen derechos: los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley no pueden extenderse a supuestos no contemplados en el referido artículo.** Véase la jurisprudencia del artículo 11º de la Ley [§ 340]. (Opinión N.º 121-2018/DTN, de 16-08-2018, ff. 2.1, 2.1.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Si6sCb>).

§ 209. **Las Entidades no pueden establecer disposiciones que restrinjan la posibilidad de competir a proveedores por el solo hecho de haber venido brindando el servicio anteriormente.** Véase, *supra*, la jurisprudencia del inciso e) del artículo 2º de la Ley [§ 157]. (Opinión N.º 121-2018/DTN, de 16-08-2018, ff. 2.1, 2.1.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Si6sCb>).

§ 210. **Impedimentos para contratar con el Estado solo pueden ser establecidos mediante ley. Prohibición de analogía. Personas -naturales o jurídicas- que sean objeto de una investigación fiscal por la presunta comisión de un ilícito penal no se encuentran impedidas de ser participantes, postoras y/o contratistas.** Véase la jurisprudencia del artículo 11.1.m de la Ley [§ 394]. (Opinión N.º 131-2015/DTN, de 14-08-2015, f. 2.2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2REM2CE>).

PRINCIPIO DE BUENA FE

§ 211. **Los contratos deben celebrarse bajo los criterios de la buena fe.** 22. [...] [El] Estado actúa sobre criterios de buena fe y en el entendido que en la contratación en general, las dos partes buscan salir beneficiadas al establecer una relación contractual, ambas deben guardar un equilibrio respecto de la ecuación económica entre sus obligaciones y derechos de tal modo que exista un equilibrio económico financiero. 23. Es así que el Estado no busca salir favorecido desde su posición y prerrogativas a expensas de los errores de los postores o administrados, sino que busca una relación que implique beneficios para ambos, y no el aprovechamiento de una relación contractual que nace bajo un vicio en la declaración de voluntad del Postor [...]. (Resolución N.º 1415-2011-TC-S4, de 23-08-2011, ff. 22 y 23. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2GXKAem>).



PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

§ 212. Sobre el principio de proporcionalidad. Véase la jurisprudencia del artículo 200° de la Constitución [§ 79 ss.].

Artículo 3: Ámbito de aplicación

3.1 Se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la presente norma, bajo el término genérico de Entidad:

- a) Los Ministerios y sus organismos públicos, programas y proyectos adscritos.
- b) El Poder Legislativo, Poder Judicial y Organismos Constitucionalmente Autónomos.
- c) Los Gobiernos Regionales y sus programas y proyectos adscritos.
- d) Los Gobiernos Locales y sus programas y proyectos adscritos.
- e) Las universidades públicas.
- f) Juntas de Participación Social.
- g) Las empresas del Estado pertenecientes a los tres niveles de gobierno.
- h) Los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o privado.

3.2 Para efectos de la presente norma, las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los órganos desconcentrados tienen el mismo tratamiento que las Entidades señaladas en el numeral anterior.

3.3 La presente norma se aplica a las contrataciones que deben realizar las Entidades y órganos señalados en los numerales precedentes, así como a otras organizaciones que, para proveerse de bienes, servicios u obras, asumen el pago con fondos públicos.⁽ⁱ⁾

(Texto modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

DESARROLLO NORMATIVO

- (i) De conformidad con el artículo 17 de la Ley N.º 30879, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019 (EP, 06-12-2018), la determinación de los procedimientos de selección para efectuar las licitaciones públicas, concursos públicos, adjudicaciones simplificadas y selección de consultores individuales en todas las entidades del sector público comprendidas en el presente artículo 3, se sujetan a los montos indicados en el citado artículo 17.

OPINIONES DEL OSCE

NUMERAL 3.1

§ 213. **Criterios para establecer el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado (art. 3.1).** 2.2. [La] Ley establece el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, teniendo en consideración dos criterios: uno subjetivo, referido a los sujetos que deben adecuar sus actuaciones a las disposiciones de dicha normativa, y otro objetivo, referido a las actuaciones que se encuentran bajo su ámbito; siendo que, para verificar el ámbito de aplicación de la Ley, ambos elementos deben presentarse en forma concurrente. (Opinión N.º 036-2016/DTN, de 23-02-2016, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TGZHLm>).

§ 214. **Límites al ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado (art. 3.1).** 2.2. [El] ámbito de aplicación de toda normativa especial, como la de contrataciones del Estado, debe analizarse tomando en cuenta dos aspectos: uno de carácter subjetivo y otro de carácter objetivo. El primer aspecto, de carácter subjetivo, está referido a los sujetos que deben someter su comportamiento a las disposiciones establecidas en la normativa especial, cuando se configuren los supuestos de hecho previstos en la misma. El segundo aspecto, de carácter objetivo, está referido a la materia u objeto que pretende regular dicha normativa. [...] Por su parte, [...] la Ley delimita su ámbito objetivo de aplicación, estableciendo que la norma se aplica a las contrataciones que realicen las Entidades para proveerse

de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago del precio o de la retribución correspondiente al contratista con fondos públicos, y demás obligaciones derivadas de la calidad de contratante. Como se advierte, se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley y de su Reglamento los contratos celebrados por las Entidades [...] por los cuales asumen la obligación de pagar al contratista una retribución pecuniaria, con cargo a fondos públicos. Sobre el particular, cabe resaltar que el sustento de la adecuación de los procesos de contratación a determinadas reglas y procedimientos, radica precisamente en la naturaleza pública de los fondos que están involucrados y van a ser utilizados por las Entidades para procurarse los bienes, servicios u obras requeridos. (Opinión N.º 019-2010/DTN, de 12-02-2010, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Fx5YG3>).

§ 215. Alcances del término “Entidad” en la Ley de Contrataciones del Estado (art. 3.1). CONSULTA: 2.1. *“En materia de solución de controversias durante la ejecución contractual, específicamente en lo que se refiere a las competencias para evaluar la decisión de conciliar, autorizar la conciliación y designar árbitros ¿Cuál es el alcance del concepto de “Entidad” utilizado en la Ley N.º 30225 - Ley de Contrataciones del Estado?”*. [...] 2.1.3. [...] [Es] importante señalar que en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, el término “Entidad” que prevé dicha normativa se refiere a las Entidades señaladas en el artículo 3 de la Ley; tal como lo establece el artículo 1 del Reglamento. En virtud de lo expuesto, se desprende que cuando en la Ley, en el Reglamento o en las demás Disposiciones de carácter reglamentario que emite el OSCE -que conforman la normativa de contrataciones del Estado-, se hace referencia al término “Entidad”, esta comprende a las aquellas organizaciones contempladas en el artículo 3 de la Ley, sujetas al ámbito de aplicación de dicha normativa. De esta manera, cabe anotar que el artículo 3 del Reglamento establece que “Pueden realizar contrataciones en el marco de la Ley y el Reglamento, las organizaciones creadas conforme al ordenamiento jurídico nacional, así como los órganos desconcertados de las Entidades siempre que cuenten con capacidad para gestionar sus contrataciones, conforme a sus normas autoritativas.” (El resaltado es agregado). Asimismo, el artículo 247 del Reglamento [cfr. art. 24 del Nuevo Reglamento] dispone que “Las Entidades comprendidas en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley que sean creadas y reconocidas por el ordenamiento jurídico nacional, y siempre que cuenten con autonomía para gestionar sus contrataciones y cuenten con presupuesto asignado, deben inscribirse en el Registro de Entidades Contratantes (REC) administrado por el OSCE, conforme a los requisitos establecidos en el TUPA”. De las disposiciones citadas, puede advertirse que la “autonomía” con la que debe contar una ‘Entidad’ para ser considerada como tal, bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, resulta ser equivalente a la “capacidad” que esta debe poseer para gestionar -por sí misma- sus propias contrataciones. Por tanto, en el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado se considera ‘Entidad’ a aquellas organizaciones comprendidas en el artículo 3 de la Ley -creadas conforme al ordenamiento jurídico nacional-, siempre que las mismas cuenten con autonomía y capacidad para gestionar sus propias contrataciones, de acuerdo a sus normas autoritativas. CONSULTA: [...] 2.2. *“Además de las condiciones establecidas en el artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado, artículo 247 de su Reglamento y en las Opiniones N.º 044-2017/DTN [§ 2080], N.º 188-2017/DTN [§ 1012] y N.º 230-2017/DTN [§ 268], debe entenderse que el hecho de “contar con un Procurador Público Propio” es también una condición para considerar a una Entidad como tal en el marco de la normativa de contrataciones del Estado?”*. [...] [En] el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado se considera “Entidad” a aquellas organizaciones comprendidas en el artículo 3 de la Ley -creadas conforme al ordenamiento jurídico nacional-, siempre que las mismas cuenten con autonomía y capacidad para gestionar sus propias contrataciones, de acuerdo a sus normas autoritativas. En tal sentido, se advierte que, el hecho que una Entidad cuente -o no- con un “Procurador Público Propio”, no constituye una condición prevista en la normativa de contrataciones del Estado para considerarla una “Entidad” bajo el ámbito de aplicación de dicha normativa. (Opinión N.º 113-2018/DTN, de 20-07-2018, ff. 2.1, 2.1.3 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rl7ods>).

§ 216. Elementos para determinar si una contratación se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado (art. 3.1). 3. CONCLUSIONES. [...] 3.2. Para de-



finir si una contratación se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, en primer lugar, debe analizarse si la misma reúne las características de una contratación pública, es decir, si configura el ámbito objetivo y el subjetivo para la aplicación de dicha normativa; una vez hecho esto, corresponde determinar, además, si dicha contratación se encuentra incurso en alguno de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación previstos en la Ley o es materia de regulación de otra ley. **3.3.** No resulta aplicable la normativa de contrataciones del Estado cuando no se presente alguno de los siguientes elementos: i) se trate de una Entidad; ii) para la provisión de bienes, servicios u obras; y, iii) el pago se asuma con cargo a fondos públicos; o del mismo modo, tampoco se aplica la referida normativa cuando existiendo estos tres elementos dicha contratación se encuentre prevista como un supuesto excluido en mérito a los artículos 4 y 5 de la Ley. **3.4.** Las Entidades se encuentran obligadas a utilizar el SEACE para publicar la información de sus contrataciones de bienes, servicios u obras y por las que asumen el pago con cargo a fondos públicos, de conformidad con la Directiva N.º 008-2017-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 007-2019-OSCE/CD (**D-007**)]. Asimismo, pueden incluirse en el SEACE contrataciones efectuadas bajo un régimen legal de contratación, siempre que dicho régimen establezca la obligatoriedad de su registro, conforme a los plazos en él señalados. (Opinión N.º 055-2018/DTN, de 24-04-2018, ff. 3, 3.2, 3.3 y 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BPd9X0>).

§ 217. Para dilucidar si un órgano u organización califica como Entidad, según los alcances de la normativa de contrataciones estatales, debe analizarse según sus normas de creación y otras aplicables si cuenta con capacidad para realizar por sí misma contrataciones con cargo a fondos públicos. En caso de no calificar como Entidad, esta organización debe realizar sus contrataciones a través de la Entidad legitimada de la que dependen (art. 3.1). **CONCLUSIONES: 3.1.** Para dilucidar si un determinado órgano o una organización -por ejemplo, una unidad ejecutora- califica como Entidad bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, debe analizarse si, conforme a sus normas autoritativas y de creación, así como las demás normas que resulten aplicables, cuenta con la capacidad suficiente que le permita realizar por sí misma la contratación de bienes, servicios y obras con cargo a fondos públicos. **3.2.** En caso se determine que un órgano u organización no califica como Entidad bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, ello no implica que pueda realizar sus contrataciones de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, sino que dichas contrataciones deberán ser efectuadas por la Entidad de la que dependen que cuente con capacidad para tales efectos. **3.3.** De considerarse que un órgano u organización califica como Entidad bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, este debe determinar, conforme a sus normas de creación y de organización interna, qué órgano o funcionario es el competente para aprobar las contrataciones directas que realice. (Opinión N.º 082-2016/DTN, de 03-06-2016, ff. 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CdtDYZ>).

§ 218. En caso de que a un programa se le asigne otra unidad ejecutora, ello no debería conllevar a una cesión de posición contractual entre la unidad ejecutora original y la nueva, dado que, para efectos de la normativa de contrataciones del Estado, se trataría de la misma Entidad contratante (art. 3.1). **CONSULTA:** “Si se dispone que un Programa, que viene ejecutando sus actividades a través de una unidad ejecutora, se ejecute ahora a través de una nueva unidad ejecutora, corresponde aplicar la figura de la cesión de posición contractual en los contratos suscritos por dicho programa (contratos suscritos originalmente a través de la unidad ejecutora primigenia), es decir, efectuar cesión de posición contractual entre la unidad ejecutora original y la nueva” [...] **2.1.3.** En la línea de lo expuesto, en lo referente a la “unidad ejecutora”, debe indicarse que esta es una figura de carácter eminentemente presupuestal; por lo que, para su definición, resulta necesario recurrir a la normativa presupuestal. De la revisión del numeral 6.1 del artículo 6 de la Ley N.º 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, se aprecia que la “unidad ejecutora” constituye el nivel descentralizado u operativo en las entidades y organismos del Sector Público, con el cual se vinculan e interactúan los órganos rectores de la Administración Financiera del Sector Público, la misma que debe contar con un nivel de desconcentración

administrativa que le permita: (i) Determinar y recaudar ingresos; (ii) contraer compromisos, devengar gastos y ordenar pagos con arreglo a la legislación aplicable; (iii) registrar la información generada por las acciones y operaciones realizadas; (iv) informar sobre el avance y/o cumplimiento de metas; (v) recibir y ejecutar desembolsos de operaciones de endeudamiento; y/o (v) emitir y/o colocar obligaciones de deuda. Adicionalmente, el numeral 6.3 del artículo 6 de la Ley N.º 28112 precisa que “El Titular de cada entidad propone al Ministerio de Economía y Finanzas, para su autorización, las Unidades Ejecutoras que considere necesarias para el logro de sus objetivos institucionales.” 2.1.4. En virtud de lo expuesto, debe indicarse que, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, un programa se encuentra comprendido bajo el término de “Entidad”, por lo que puede celebrarse un contrato con el ganador de la buena pro, a fin de adquirir bienes, contratar servicios o ejecutar obras por su propia cuenta. En ese sentido, en caso de que a un programa se le asigne otro clasificador, es decir, otra unidad ejecutora, ello no debería conllevar a una cesión de posición contractual entre la unidad ejecutora original y la nueva, dado que para efectos de la presente Ley y su Reglamento, se trataría de la misma Entidad contratante habilitada para adquirir bienes, contratar servicios o ejecutar obras por su propia cuenta, a fin de cumplir los fines y objetivos para los cuales fue creada, razón por la cual dicha Entidad debería continuar con la gestión administrativa de los contratos en ejecución. (Opinión N.º 193-2016/DTN, de 07-12-2016, ff. 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T7kl0I>).

§ 219. Para determinar si una “unidad ejecutora” y/o “proyecto especial” califica como Entidad debe analizarse si cuenta con autonomía organizacional o presupuestal que le permitan adquirir bienes, contratar servicios o ejecutar obras por su propia cuenta (art. 3.1). 3.1. En el marco de la normativa de contrataciones del Estado, para determinar si una “unidad ejecutora” y/o “proyecto especial” califica como Entidad debe analizarse, en función de las normas de organización que la regulan, si cuenta con autonomía organizacional, presupuestal, entre otros aspectos, que le permitan adquirir bienes, contratar servicios o ejecutar obras por su propia cuenta. 3.2. En el marco de la normativa de contrataciones del Estado, el “Titular de la Entidad” es el funcionario al que las normas de organización interna de una Entidad señalen como su más alta autoridad ejecutiva. Dicho funcionario tendrá a su cargo el ejercicio de las funciones previstas en la Ley y su Reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación pública que la Entidad lleve a cabo. (Opinión N.º 056-2011/DTN, de 09-05-2011, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ShkLLv>).

§ 220. De considerarse que un órgano u organización califica como Entidad bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, este debe determinar, conforme a sus normas de creación y de organización interna, qué órgano o funcionario es el competente para aprobar las contrataciones directas que realice (art. 3.1). 3.1. Para dilucidar si un determinado órgano o una organización -por ejemplo, una unidad ejecutora- califica como Entidad bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, debe analizarse si, conforme a sus normas autoritativas y de creación, así como las demás normas que resulten aplicables, cuenta con la capacidad suficiente que le permita realizar por sí misma la contratación de bienes, servicios y obras con cargo a fondos públicos. 3.2. En caso se determine que un órgano u organización no califica como Entidad bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, ello no implica que pueda realizar sus contrataciones de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, sino que dichas contrataciones deberán ser efectuadas por la Entidad de la que dependan que cuente con capacidad para tales efectos. 3.3. De considerarse que un órgano u organización califica como Entidad bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, este debe determinar, conforme a sus normas de creación y de organización interna, qué órgano o funcionario es el competente para aprobar las contrataciones directas que realice. 3.4. En caso se determine que un órgano u organización -como por ejemplo, una unidad ejecutora- no califica como Entidad bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, por no contar con capacidad para gestionar sus propias contrataciones de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos, las contrataciones que requiera realizar mediante el procedimiento de selección de

contratación directa, deberán ser aprobadas y efectuadas por la Entidad de la que dependan que cuente con capacidad para tales efectos. (Opinión N.º 087-2016/DTN, de 20-06-2016, ff. 3.1 al 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2U8OUJC>).

§ 221. Si un órgano u organización no califica como Entidad, esto no quiere decir que puede realizar contrataciones con cargo a fondos públicos sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones (art. 3.1). 2.5. Para estos efectos, debe tenerse presente que, en caso se determine que un órgano u organización - como por ejemplo, una unidad ejecutora - no califica como Entidad bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, ello no implica que pueda realizar sus contrataciones de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, sino que dichas contrataciones deberán ser efectuadas por la Entidad de la que dependan que cuente con capacidad para tales efectos. (Opinión N.º 086-2016/DTN, de 20-06-2016, f. 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2A24G1b>).

§ 222. Ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. Los requisitos de tener calidad de “Entidad” y brindar la contraprestación con cargo a recursos públicos, deben presentarse de manera concurrente para que le sea aplicable la normativa de contrataciones del Estado (art. 3.1). 2.2. [...] [Debe] mencionarse que el artículo 3 de la Ley delimita el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, teniendo en consideración dos criterios: uno subjetivo, referido a los sujetos que deben adecuar sus actuaciones a las disposiciones de dicha normativa; y otro objetivo, referido a las actuaciones que se encuentran bajo su ámbito. Así, el citado artículo establece un listado de los órganos u organismos de la Administración Pública, bajo el término genérico de “Entidad”, que se encuentran en la obligación de aplicar la normativa de contrataciones del Estado. De igual forma, prescribe que la normativa de contrataciones del Estado se aplica a las contrataciones de bienes, servicios u obras, que realicen estas Entidades asumiendo el pago de la retribución correspondiente al proveedor con cargo a fondos públicos. [...] De lo señalado, se desprende que la sujeción de las contrataciones a las disposiciones de la Ley y su Reglamento resultará obligatoria cuando quien pretende satisfacer sus necesidades de bienes, servicios y obras tiene la calidad de “Entidad”, en los términos referidos en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley y si además, para tal efecto, debe brindar una contraprestación con cargo a recursos públicos; condiciones que deben presentarse de forma concurrente. En virtud de ello, mientras concurren los elementos antes indicados, todas las contrataciones se sujetarán a las disposiciones de la Ley y su Reglamento. 2.3. [...] Siendo así, para determinar si un órgano u organización puede considerarse Entidad, se requiere evaluar la norma de creación de dicho órgano u organización y las demás normas de la materia que le atribuyan la capacidad para gestionar sus contrataciones, para el cumplimiento de sus funciones. Por tanto, a fin de determinar si un órgano o una organización califica como Entidad bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, debe analizarse si, conforme a sus normas autoritativas y de creación, así como las demás normas que resulten aplicables, cuenta con la capacidad suficiente que le permita realizar por sí misma la contratación de bienes, servicios y obras con cargo a fondos públicos. 2.4. En consecuencia, si un órgano o una organización es calificado como Entidad y además de ello utiliza fondos públicos para abastecerse de bienes, servicios u obras para el cumplimiento de sus funciones, deberá utilizar la normativa de contrataciones del Estado para realizar sus contrataciones. Para estos efectos, debe tenerse presente que, en caso se determine que un órgano u organización no califica como Entidad bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, ello no implica que pueda realizar sus contrataciones de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, sino que dichas contrataciones deberán ser efectuadas por la Entidad de la que dependan siempre que cuente con capacidad para tales efectos. (Opinión N.º 120-2016/DTN, de 01-08-2016, ff. 2.2, 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FDUEry>).

§ 223. Cuanto la normativa de contrataciones del Estado hace referencia al “Estado Peruano” está aludiendo a todo órgano y organismo perteneciente a la Administración Pública (Ministe-

rios, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales) (art. 3.1). Véase la jurisprudencia del literal e) del artículo 5º de la Ley [§ 293]. (Opinión N.º 239-2017/DTN, de 07-11-2017, ff. 2.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RX9vmD>).

NUMERAL 3.1.D

§ 224. Si en una situación concreta una municipalidad advierte que se verifica el supuesto de una ley que establece que para ejecutar una obra vial resulta necesario adquirir los inmuebles que se encuentran en el trazado de las vías públicas a ser ejecutadas, dicha Entidad no estará obligada a observar las disposiciones de la Ley y su Reglamento, sino que podrá recurrir al trato directo o la expropiación (art. 3.1.d). 2. CONSULTA Y ANÁLISIS. *La consulta formulada es la siguiente: “Para adquirir inmuebles de propiedad privada para la ejecución de obras viales, estaríamos ante la figura del proveedor único y, por lo tanto, de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, o se debe aplicar la ley especial de la materia, Ley N.º 27628, ley que facilita la ejecución de obras públicas viales, que permite la adquisición de los inmuebles privados por trato directo [cfr. el vigente Decreto Legislativo N.º 1192]. [...] 2.3. [Las] contrataciones que las Entidades lleven a cabo y que impliquen el uso de fondos públicos, deben realizarse observando las disposiciones de la Ley y su Reglamento, normas que han sido emitidas con la finalidad de satisfacer la exigencia del artículo 76º de la Constitución, por la cual las contrataciones del Estado deben llevarse a cabo mediante “licitación o concurso público”. No obstante, el artículo 76º de la Constitución también señala que mediante ley pueden establecerse excepciones a la obligación de observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado para llevar a cabo las contrataciones del Estado. De esta manera, la Constitución reconoce que, en determinadas circunstancias, podría ser necesario establecer un tratamiento especial para las contrataciones que las Entidades llevan a cabo, a efectos de satisfacer el interés general involucrado, permitiendo que en tales circunstancias, mediante ley, se establezcan excepciones. Ello implica que, por imperio de la ley, ciertas contrataciones, aun cuando involucren la erogación de fondos públicos, se sometan a procedimientos o requisitos distintos a los contenidos en la normativa de contrataciones del Estado. 2.4. Una de estas leyes de excepción es la Ley N.º 27628, Ley que facilita la ejecución de obras públicas viales [cfr. el vigente Decreto Legislativo N.º 1192], la cual en su artículo 1º establece lo siguiente: “La adquisición de inmuebles afectados por trazos en vías públicas se realizará por trato directo entre la entidad ejecutora y los propietarios, o conforme al procedimiento establecido en la Ley General de Expropiaciones” (El subrayado es agregado). De acuerdo con la norma citada, si para la ejecución de una obra vial resulta necesario adquirir los inmuebles que se encuentren ubicados en el trazo de las vías públicas a ser construidas, podrá adquirirse dichos inmuebles mediante trato directo con sus propietarios, o, en todo caso, recurriendo al procedimiento establecido en la Ley de Expropiaciones. En estos supuestos, la Entidad no se encontrará obligada a observar las disposiciones de la Ley y su Reglamento para llevar a cabo la adquisición de los inmuebles requeridos, sino que podrá recurrir al trato directo o la expropiación, como establece el artículo 1º de la Ley N.º 27628. 2.5. En virtud de lo expuesto, debe indicarse que si bien, en principio, las Entidades se encuentran obligadas a observar las disposiciones de la Ley y su Reglamento para llevar a cabo las contrataciones que impliquen la erogación de fondos públicos, mediante ley puede establecerse un tratamiento especial para determinadas contrataciones, permitiéndose que estas se realicen observando mecanismos o procedimientos distintos a los de la Ley y su Reglamento. Una de estas normas de excepción es la Ley N.º 27628. De esta manera, si en una situación concreta una Entidad advierte que se verifica el supuesto del artículo 1º de la Ley N.º 27628, esto es, que para ejecutar una obra vial resulta necesario adquirir los inmuebles que se encuentran en el trazado de las vías públicas a ser ejecutadas, dicha Entidad no estará obligada a observar las disposiciones de la Ley y su Reglamento, sino que podrá recurrir al trato directo o la expropiación. (Opinión N.º 032-2010/DTN, de 26-04-2010, ff. 2, 2.3, 2.4 y 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UMV56a>).*

NUMERAL 3.1.F

§ 225. **Aplicación supletoria de la Ley de Contrataciones del Estado (art. 3.1.f).** 3.1. Las contrataciones que realicen las Sociedades de Beneficencia Pública y las Juntas de Participación Social para abastecerse de bienes, servicios y obras, asumiendo el pago con cargo a fondos públicos, se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, salvo que se encuentren incurso en algún supuesto excluido del ámbito de aplicación de la Ley. 3.2. Mediante Ley, se pueden crear regímenes legales o especiales de contratación, los mismos que tienen naturaleza excepcional, a fin de que las Entidades puedan contratar bienes, servicios u obras aplicando disposiciones distintas a las previstas en la normativa de contrataciones del Estado. 3.3. Pueden existir normas que, aun sin regular contrataciones de bienes, servicios u obras, efectuadas por Entidades con cargo a fondos públicos, por lo que no constituyen regímenes especiales de contratación, establezcan expresamente que, ante vacíos o falencias en sus disposiciones, procede la aplicación supletoria de la normativa de contrataciones del Estado. 3.4. La aplicación supletoria de una norma implica un análisis de compatibilidad; esto es, realizar un análisis comparativo de la norma a ser suplida y de la norma supletoria, a efectos de determinar si sus naturalezas son semejantes y, por tanto, compatibles. (Opinión N.º 132-2016/DTN, de 17-08-2016, ff. 3.1 al 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2S69mKo>).

NUMERAL 3.1.G

§ 226. **Criterio objetivo y subjetivo que delimitan el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones con el Estado. Resulta aplicable la normativa de contrataciones del Estado cuando estas se realicen con empresas estatales de derecho privado, en los tres niveles de gobierno (art. 3.1.g).** CONSULTA: 2.5. “*Los impedimentos para contratar con el Estado establecidos en el artículo 11 de la Ley de Contrataciones alcanzan a los contratos suscritos con Empresas Estatales de Derecho Privado*”. 2.5.1. Sobre el particular, debe mencionarse que el artículo 3 de la Ley delimita el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, teniendo en consideración dos criterios: uno subjetivo, referido a los sujetos que deben adecuar sus actuaciones a las disposiciones de dicha normativa; y otro objetivo, referido a las actuaciones que se encuentran bajo su ámbito. Así, el citado artículo establece un listado de los órganos u organismos de la Administración Pública, bajo el término genérico de “Entidad”, que se encuentran en la obligación de aplicar la normativa de contrataciones del Estado. De igual forma, prescribe que la normativa de contrataciones del Estado se aplica a las contrataciones de bienes, servicios u obras, que realicen estas Entidades asumiendo el pago de la retribución correspondiente al proveedor con cargo a fondos públicos. 2.5.2. Con relación al criterio subjetivo que debe verificarse para la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley contiene un listado taxativo de Entidades que se encuentran comprendidas dentro de este criterio, entre las que se encuentran las empresas del Estado pertenecientes a los tres niveles de gobierno (literal g). Como se puede colegir, la normativa de contrataciones del Estado resulta aplicable a las contrataciones de bienes, servicios y obras que realicen las Empresas del Estado pertenecientes a cualquiera de los tres niveles de gobierno, sin distinción alguna. En consecuencia, los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista, previstos en la normativa de contrataciones del Estado resultan aplicables a las contrataciones que las Empresas del Estado pertenecientes a cualquiera de los tres niveles de gobierno lleven a cabo para abastecerse de bienes, servicios, consultorías y obras con cargo a fondos públicos. (Opinión N.º 133-2016/DTN, de 18-08-2016, ff. 2.5, 2.5.1 y 2.5.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KAs6Pf>).

NUMERAL 3.1.H

§ 227. **La Ley de Contrataciones se aplica a las contrataciones (de bienes, servicios u obras) realizadas con fondos que cuenten total o parcialmente con recursos públicos (art. 3.1.h).** 3. CONCLUSIONES. 3.1. Siempre que un fondo -de derecho público o privado- se encuentre constituido total o parcialmente con recursos públicos, sus contrataciones (de bienes, servicios u obras) que se paguen con cargo a fondos públicos se encontrarán bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones

del Estado. **3.2.** La entidad competente en la materia es quien debe definir si los ingresos que percibe determinado fondo, o institución administradora de fondos, constituyen o no recursos públicos. **3.3.** Mediante ley pueden establecerse supuestos de inaplicación adicionales a los establecidos en los artículos 4 y 5 de la Ley, así como regímenes especiales de contratación, a efectos de que determinadas Entidades y/o contrataciones puedan sujetarse a mecanismos de adquisición distintos a los regulados en la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 189-2018/DTN, de 03-12-2018, ff. 3.1 al 3.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FLwXgm>).

§ 228. Le corresponde a la Dirección Nacional de Presupuesto Público del MEF (y no al OSCE) establecer si determinados ingresos de una Entidad constituyen o no fondos públicos (art. 3.1.h). 2. CONSULTA: “*¿Los Fondos Sociales creados bajo el amparo del Decreto Legislativo N.º 996 y su Reglamento se encuentran inmersos dentro del ámbito de aplicación [del] artículo 3º parágrafo h) [del] toda vez que mi representada [...] es una Persona Jurídica de Derecho Privado.*” (sic) [...] **2.4.** [...] [Es] preciso señalar que [el literal h) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley vigente] se ha incluido en concordancia con lo dispuesto en la Ley N.º 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto Público, cuyo artículo 2 señala que esta se aplica, entre otros, a los fondos especiales con personería jurídica, para el caso del Gobierno Nacional, y los fondos sin personería jurídica que se financian total o parcialmente con fondos públicos, para el caso del Gobierno Local. Con ello, correspondería que la institución competente establezca si determinado fondo, sea de derecho público o privado, ha sido constituido total o parcialmente con recursos públicos. De ser afirmativa la respuesta, la contratación se encontraría inmersa en el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. Sin embargo, este Organismo Supervisor carece de competencia para establecer si determinados ingresos de una Entidad constituyen o no fondos públicos, aspecto que corresponde determinar a la Dirección Nacional de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas, que a través de su Dirección de Normatividad, tiene entre sus funciones: “Absolver las consultas relacionadas a la normatividad presupuestaria que formulen las entidades del sector público.” En tal orden de ideas, debe indicarse que si el órgano competente determina que los recursos con los que ha sido constituido un fondo, sea de derecho público o privado, correspondan total o parcialmente a fondos públicos, se encontrará inmersa en el ámbito de aplicación de la Ley y su Reglamento, pues se verificaría el supuesto general para su aplicación. (Opinión N.º 065-2016/DTN, de 02-02-2016, ff. 2 y 2.4 Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EiqPve>).

§ 229. Siempre que un fondo se encuentre constituido por recursos públicos, independientemente del monto o porcentaje de estos, deberá aplicar la normativa de contrataciones del Estado para efectuar sus contrataciones de bienes, servicios u obras (art. 3.1.h). 2.2. [...] En esta medida, debe notarse que una de las características que define a un contrato que se encuentra bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, es que el mismo tenga por objeto que la Entidad se abastezca de bienes, servicios u obras para el cumplimiento de sus funciones. **2.3.** Con relación al criterio subjetivo que debe verificarse para la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley establece un listado taxativo de Entidades que se encuentran comprendidas dentro de este criterio. Así, en el literal h) del referido numeral se encuentran “Los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o privado”. En este orden de ideas, siempre que un fondo se encuentre constituido total o parcialmente con recursos públicos, sus contrataciones de bienes, servicios u obras que se paguen con cargo a fondos públicos se encontrarán bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. Para estos efectos, debe tenerse presente que los fondos son entes de naturaleza especial creados por ley que pueden tener personería jurídica de derecho público o privado. Estos fondos serán destinados al cumplimiento de los fines para los que fueron creados y pueden estar constituidos por recursos públicos, privados o ambos. [...]. Finalmente, para efectos de determinar el código de la fuente de financiamiento, toda vez que este aspecto se encuentra relacionado con el sistema administrativo de Tesorería, debe realizarse la consulta respectiva a la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas. **CONCLUSIÓN.** Siempre que un fondo se encuentre constituido por recursos públicos, independientemente



mente del monto o porcentaje de estos, deberá aplicar la normativa de contrataciones del Estado para efectuar sus contrataciones de bienes, servicios u obras. (Opinión N.º 083-2016/DTN, de 03-06-2016, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Szautx>).

NUMERAL 3.3.

§ 230. **La normativa de contrataciones con el Estado como aplicación supletoria en contratos que se rigen por una normativa especial (art. 3.3).** CONSULTA: “Atendiendo a que tanto el Decreto Legislativo N.º 1163 como el Decreto Supremo N.º 017-2014-SA han establecido un procedimiento especial para la contratación de servicios de salud que textualmente no ha considerado a los contratos complementarios, pero sí permite la aplicación supletoria del Decreto Legislativo N.º 1017 [ley anterior], que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 184-2008-EF [reglamento anterior] y modificatorias, ¿resultará posible aplicar la normativa sobre contrataciones del Estado para suscribir contratos complementarios a aquellos contratos suscritos en su momento con las denominadas Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud privadas (IPRESS)?”. CONCLUSIONES: **3.1.** La normativa de contrataciones del Estado resulta de aplicación supletoria a aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que se sujeten a un régimen legal de contratación, siempre que esta aplicación supletoria no resulte incompatible con las normas específicas de dicho régimen. **3.2.** Corresponde a la Entidad responsable de aplicar las disposiciones de un régimen legal especial de contratación, determinar qué extremos de la normativa de contrataciones del Estado no pueden ser aplicados supletoriamente a las contrataciones que se sujeten a dicho régimen; para lo cual, previamente debe efectuar un análisis de compatibilidad. Luego del análisis de compatibilidad, de considerarse aplicable la contratación complementaria, resulta pertinente indicar que tratándose de un nuevo contrato, las reglas aplicables serán las reguladas por la Ley N.º 30225 vigente y su reglamento. (Opinión N.º 103-2018/DTN, de 09-07-2018, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r9DmcC>).

§ 231. **Siempre que un fondo cuente con recursos públicos, sea de derecho público o privado, se encontrarán bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado (art. 3.3).** 3. CONCLUSIONES. **3.1.** Siempre que un fondo se encuentre constituido total o parcialmente con recursos públicos, sus contrataciones de bienes, servicios u obras que se realicen con cargo a fondos públicos se encontrarán bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. **3.2.** Este Organismo Técnico Especializado carece de competencia para establecer si determinados ingresos de una Entidad constituyen o no fondos públicos. **3.3.** En caso se determine que los recursos con los que cuenta un fondo se encuentran constituidos (total o parcialmente) con fondos públicos, las contrataciones de bienes, servicios u obras que se realicen con cargo a fondos públicos se encontrarán bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado y, en consecuencia se encontrarán bajo la supervisión del OSCE, de conformidad con el literal b) del artículo 52 de la Ley. (Opinión N.º 117-2018/DTN, de 09-08-2018, ff. 3 al 3.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MoVWqK>).

§ 232. **Si en atención a sus funciones y objetivos institucionales la entidad requiere el “usufructo” de un bien asumiendo el pago de la contraprestación respectiva con cargo a fondos públicos, ésta deberá observar las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado (art. 3.3).** CONSULTA: **2.** “En el caso de que una Entidad requiera celebrar un contrato de usufructo (en calidad de usufructuario): ¿resultarían de aplicación las disposiciones contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento?”. [...] **2.4.** [...] Como se aprecia, el área usuaria de la Entidad es responsable de formular adecuadamente el requerimiento de los bienes, servicios u obras necesarios para cumplir la finalidad pública de la contratación, en atención a sus funciones y objetivos institucionales; para lo cual, ésta deberá describir, de forma objetiva y precisa, las características y/o requisitos funcionales que resulten relevantes debido a la naturaleza del requerimiento, así como las condiciones en las que deberá ejecutarse la contratación. En ese sentido, si en atención a sus funciones y objetivos institucionales, y a la necesidad pública que procura satisfacer a través de la contratación, la Entidad requiere el “usufructo” de un bien -esto es, el uso y disfrute de los provechos renovables del bien usufructuado-, asumiendo el pago de la contraprestación respectiva con cargo a fondos públicos, ésta deberá observar las disposicio-

nes contenidas en la normativa de contrataciones del Estado; siendo -dicha Entidad- responsable de la adecuada formulación de su requerimiento. **2.5.** Por lo expuesto, se advierte que, corresponde a la Entidad determinar -como parte de una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad- si la naturaleza de su requerimiento -por ejemplo, el usufructo de un bien- se justifica en satisfacer una necesidad pública a través de dicha contratación, y si el pago de la contraprestación respectiva se efectuará con cargo a fondos públicos; a efectos de aplicar las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 236-2017/DTN, de 31-10-2017, ff. 2, 2.4 y 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SNRWSG>).

§ 233. Si de acuerdo a los términos de la subasta se determina que los fondos con los que se cancelarán los honorarios del martillero público serán de cargo del comprador, entonces dicha contratación se encontrará excluida en el ámbito de aplicación de la ley al no realizarse con cargo a fondos públicos (art. 3.3). 2. *“Si para contratar los servicios de un martillero público para la conducción de una subasta pública de bienes muebles corresponde seguir los procedimientos de selección y contratación dispuestos en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, o si, por el contrario, tal contratación se enmarca dentro de los supuestos de inaplicación contemplados en [...] la Ley de Contrataciones del Estado, en la medida que los honorarios del Martillero Público son facturados directamente por dicho profesional al comprador o adjudicatario, no originándose obligación alguna a nuestra empresa”.* [...] **2.3.** En tal sentido, se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley y de su Reglamento las contrataciones que las empresas del Estado lleven a cabo, asumiendo la obligación de pagar al contratista una retribución pecuniaria, con cargo a fondos públicos. **2.4.** Al respecto, considerando que Electroperú S.A. es una empresa del Estado conforme a la Ley de su creación (Decreto Ley N.º 19521) y por ende constituye una Entidad, cuyas contrataciones deberían estar sujetas a la Ley y su Reglamento, es objeto de la presente opinión determinar si los recursos financieros con los que se contratará los servicios de un Martillero Público constituyen o no fondos públicos cuando son pagados por el comprador. De ser afirmativa la respuesta, la contratación se encontraría incluida en el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado; caso contrario, no resultaría de aplicación lo dispuesto en la referida normativa. **2.5.** Cabe señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 15º de la Ley N.º 27728, Ley del Martillero Público, el martillero está autorizado a pactar sus honorarios en forma libre, y a falta de pacto se aplica el arancel. Sobre el particular, el artículo 18º del Reglamento de la Ley del martillero Público, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 008-2005-JUS consigna los aranceles conforme al siguiente detalle. a) El 5% más IGV, sobre el primer precio por el que se adjudicó el bien teniendo como tope máximo hasta 25 UIT; el pago de la comisión será a cargo del comprador, comitente o ejecutante según sea el caso. b) El 3% más IGV, sobre el precio marginal (exceso) que supere las 25 UIT por el que se adjudicó el bien teniendo como tope máximo hasta 50 UIT; el pago de la comisión será a cargo del comprador, comitente o ejecutante según sea el caso. c) El 2% más IGV, sobre el precio marginal (exceso) que supere las 50 UIT por el que se adjudicó el bien teniendo como tope máximo hasta 100 UIT; el pago de la comisión será a cargo del comprador, comitente o ejecutante según sea el caso. d) El 0.5% más IGV, sobre el precio marginal (exceso) que supere las 100 UIT por el que se adjudicó el bien; el pago de la comisión será a cargo del comprador, comitente o ejecutante según sea el caso. Como se puede apreciar, la norma establece la posibilidad que la obligación de pagar por los servicios prestados por el Martillero Público, recaigan directamente en el comprador, por lo que se deduce que los recursos con los que se materializaría el pago provendrían, en tales casos, del adjudicatario y no constituirían fondos públicos. **2.6.** Por consiguiente, en caso la contratación de martilleros públicos se ejecute con cargo a recursos directamente aportados por el comprador, dicha contratación se encontraría excluida en el ámbito de aplicación la Ley y de su Reglamento, pues no se cumpliría el supuesto general para su aplicación. (Opinión N.º 019-2010/DTN, de 12-02-2010, ff. 2, 2.3, 2.4, 2.5 y 2.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Fx5YG3>).

§ 234. Los elementos para señalar que una contratación se encuentra dentro del ámbito de la normativa de contrataciones del Estado es que en la misma la Entidad asuma el pago con cargo a fondos públicos (art. 3.3). CONSULTA: 2. *“¿Qué normativa deben aplicar las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud de las Fuerzas Armadas (IAFAS) creadas mediante Decreto*



Legislativo N.º 1173, para la contratación de servicio de salud? [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. A fin de dilucidar si un determinado órgano o una organización califica como Entidad bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, debe analizarse si, conforme a sus normas autoritativas y de creación, así como las demás normas que resulten aplicables, cuenta con la capacidad suficiente que le permita realizar por sí misma la contratación de bienes, servicios y obras con cargo a fondos públicos. 3.2. En caso se determine que un órgano u organización no califica como Entidad bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, ello no implica necesariamente que pueda realizar sus contrataciones de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, sino que dichas contrataciones deberán ser efectuadas por la Entidad de la que dependa, -cuando ello corresponda. 3.3. Uno de los elementos para señalar que una contratación se encuentra dentro del ámbito de la normativa de contrataciones del Estado es que en la misma la Entidad asuma el pago con cargo a fondos públicos. Sobre el particular, no corresponde a este Organismo Técnico Especializado analizar si determinados recursos constituyen o no fondos públicos. (Opinión N.º 058-2018/DTN, de 24-04-2018, ff. 2, 3, 3.1, 3.2 y 3.3 Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2E1Agiw>).

§ 235. El contrato de *outsourcing* se enmarca dentro de la figura de la tercerización y, por lo tanto, le resulta aplicable la normativa de contrataciones con el Estado (art. 3.3). 2.1.2. Ahora bien, con relación al contrato de *outsourcing* [...] lo define como el “acuerdo de voluntades mediante el cual una empresa cliente encarga al *outsourcer* la prestación de servicios especializados, en forma autónoma y duradera, que le permitirán la realización de su core business.” (El subrayado es agregado). [...] Así, el contrato de *outsourcing*, de acuerdo a lo expuesto [...] es un contrato de resultados por el cual el *outsourcer* se obliga a la obtención de un resultado previamente definido, motivo por el cual es importante que la empresa “cliente” determine, de manera precisa, los estándares en los que se quieren aquellos resultados, así como los plazos en los que se deberán llevar a cabo ciertas tareas. [...] Precisado lo anterior, con relación a lo expuesto, debe indicarse que de conformidad con el artículo 2 de la Ley N.º 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, “Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo, cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.” (El resaltado es agregado). Siguiendo esa línea, el artículo 3 del citado dispositivo establece que “Constituyen tercerización de servicios, entre otros, los contratos de gerencia conforme a la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo.” (El resaltado es agregado). Así, de acuerdo a la definición y lo que considera la ley como tercerización de servicios, así como lo expuesto acerca del *outsourcing*, puede concluirse que el contrato de *outsourcing* es una figura de tercerización, por la cual se contrata a una empresa para desarrollar una actividad especializada, siempre que dicha empresa asuma los servicios que preste por su cuenta y riesgo, maneje sus propios bienes y recursos, sea responsable por los resultados de sus actividades y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación, teniendo en cuenta que en la figura del *outsourcing*, el *outsourcer* estará obligado al cumplimiento de un resultado, desarrollando la actividad encargada con plena independencia. Por otro lado, cabe señalar que el citado dispositivo se encuentra regulado por su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, el cual establece en el primer párrafo de su artículo 2 que “(...) La tercerización de servicios en el sector público se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia”. (El resaltado es agregado). [...] (Opinión N.º 055-2017/DTN, de 23-02-2017, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AVwML9>).

§ 236. La normativa de contrataciones del Estado no resulta aplicable a las contrataciones donde el Estado actúa como proveedor de un sujeto de derecho privado (art. 3.3). 2.6. [...] [La] normativa de contrataciones del Estado -incluidas las disposiciones sobre impedimento previstas en esta- no resulta aplicable a aquellas contrataciones en las que una Entidad -tal como una empresa del Estado- actúa como proveedor de bienes, servicios u obras de una persona natural o jurídica privada.

(Opinión N.º 133-2016/DTN, de 18-08-2016, f. 2.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KAs6Pf>).

Artículo 4: Supuestos excluidos del ámbito de aplicación

La presente norma no es de aplicación para:

- a) Contratos bancarios y financieros que provienen de un servicio financiero, lo que incluye a todos los servicios accesorios o auxiliares a un servicio de naturaleza financiera, salvo la contratación de seguros y el arrendamiento financiero, distinto de aquel que se regula en la Ley N.º 28563 o norma que la sustituya.
- b) Las contrataciones que realicen los órganos del Servicio Exterior de la República, exclusivamente para su funcionamiento y gestión, fuera del territorio nacional.
- c) Las contrataciones que efectúe el Ministerio de Relaciones Exteriores para atender la realización en el Perú, de la transmisión del mando supremo y de cumbres internacionales previamente declaradas de interés nacional, y sus eventos conexos, que cuenten con la participación de jefes de Estado, jefes de Gobierno, así como de altos dignatarios y comisionados, siempre que tales contrataciones se encuentren por debajo de los umbrales establecidos en los tratados u otros compromisos internacionales que incluyan disposiciones en materia de contratación pública, de los que el Perú es parte.
- d) La contratación de notarios públicos para que ejerzan las funciones previstas en la presente norma y su reglamento.
- e) Los servicios brindados por conciliadores, árbitros, centros de conciliación, instituciones arbitrales, miembros o adjudicadores de la Junta de Resolución de Disputas y demás derivados de la función conciliatoria, arbitral y de los otros medios de solución de controversias previstos en la Ley y el reglamento para la etapa de ejecución contractual.
- f) Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estados o entidades cooperantes, siempre que se deriven de operaciones de endeudamiento externo y/o donaciones ligadas a dichas operaciones.
- g) Los contratos de locación de servicios celebrados con los presidentes de directorios, que desempeñan funciones a tiempo completo en las Entidades o Empresas del Estado.
- h) La compra de bienes que realicen las Entidades mediante remate público, las que se realizan de conformidad con la normativa de la materia.
- i) Las asociaciones público privadas y proyectos en activos regulados en el Decreto Legislativo N.º 1224 y Decreto Legislativo N.º 674, o normas que lo sustituyan.
- j) Las contrataciones que se sujetan a regímenes especiales.

(Texto modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES, PRONUNCIAMIENTOS Y OPINIONES DEL OSCE

GENERALIDADES

§ 237. Mediante ley pueden establecerse supuestos de inaplicación adicionales a los establecidos en los artículos 4 y 5 de la Ley (art. 4). 2.4. [C]orresponde señalar que los artículos 4 y 5 de la Ley establecen de forma expresa los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado -con y sin supervisión del OSCE- pese a converger en dichos supuestos los aspectos subjetivo y objetivo para la aplicación de dicha normativa. Asimismo, mediante ley pueden establecerse supuestos de inaplicación adicionales a los establecidos en los artículos 4 y 5 de la Ley, así como regímenes especiales de contratación, a efectos de que determinadas Entidades y/o contrataciones puedan

sujetarse a mecanismos de adquisición distintos a los regulados en la normativa de contrataciones del Estado. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente: “(...) si bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76° de la Constitución, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución, y cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública. Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario [numeral 19 de la STC Exp. N.º 020-2003-AI/TC (§ 37)].” (El subrayado es agregado). (Opinión N.º 189-2018/DTN, de 03-12-2018, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FLwXgm>).

§ 238. La “modalidad de encargo” no tiene ningún tipo de desarrollo en la normativa de contrataciones del Estado. Para definir si una contratación se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones con el Estado debe analizarse el ámbito objetivo y el subjetivo para la aplicación de dicha normativa, además, si dicha contratación se encuentra incurso en alguno de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación previstos en la Ley (art. 4). CONSULTA: 2. “Las entidades que encargan a FAME SAC, los bienes y servicios detallados en el literal “c”, artículo 2 de la Ley N.º 29314 y su modificatoria la Ley N.º 29411, se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado”. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Este Organismo Supervisor, en vía de consulta, no puede opinar sobre la aplicación, interpretación o integración de la “modalidad de encargo” prevista en la Primera Disposición Complementaria de la Ley N.º 29314, “Ley de la Fábrica de Armas y Municiones del Ejército - FAME S.A.C.”; toda vez que dicha figura no tiene ningún tipo de desarrollo en la normativa de contrataciones del Estado vigente. 3.2. Para definir si una contratación se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, en primer lugar, debe analizarse si la misma reúne las características de una contratación pública, es decir, si configura el ámbito objetivo y el subjetivo para la aplicación de dicha normativa; una vez hecho esto, corresponde determinar, además, si dicha contratación se encuentra incurso en alguno de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación previstos en la Ley o en otra ley. 3.3. Cada Entidad es responsable de verificar que se cumplan las condiciones necesarias para la configuración de alguno de los supuestos excluidos, previstos en los artículos 4 y 5 de la Ley o en otra ley, debiendo cuidar, además, que a través de estos no se esté eludiendo indebidamente la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 117-2017/DTN, de 19-05-2017, ff. 2, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UfAfNu>).

§ 239. Las contrataciones que realiza FAME (empresa estatal de armamento) no se encuentran incursas dentro de alguno de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado (art. 4). [...] 3.1. Las contrataciones mediante las cuales FAME S.A.C. vende, desarrolla, fabrica, modifica, moderniza, realiza mantenimiento de sistemas de armas y municiones de guerra de uso civil; así como realiza investigación y desarrollo tecnológico y demás actividades conexas, en favor de Entidades del Estado no se encuentran incursas expresamente dentro de alguno de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado previstos en los artículos 4 y 5 de la Ley. (Opinión N.º 100-2016/DTN, de 08-07-2016, f. 3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TCHG0p>).

§ 240. Las contrataciones que toda Entidad deba efectuar con el diario oficial “El Peruano” a fin de publicar normas legales o documentos que por ley deben publicarse en dicho Diario, no se encuentran sujetas a las disposiciones previstas en la normativa de contrataciones del Estado (art. 4). 2.1.3. [...] [Debe] indicarse que los artículos 4 y 5 de la Ley desarrollan supuestos taxativos que, pese a verificarse en ellos los aspectos subjetivo y objetivo para la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, se encuentran fuera de su ámbito de aplicación. Es así que, aquellas contrataciones que se enmarquen dentro de los supuestos de exclusión de la normativa de contrataciones del Estado o no reúnan las características de una contratación pública dentro de su ámbito, pueden realizarse sin observar sus disposiciones, lo cual no enerva la obligación de observar los principios que

rigen toda Contratación Pública. En este punto, es importante mencionar que la inaplicación de la normativa no solo está determinada por los supuestos previstos de manera explícita en la normativa, toda vez que puede darse el caso que una contratación por otra ley expresa se encuentre fuera de su ámbito de aplicación, constituyendo un régimen especial de contratación. De esta manera, adicionalmente a los supuestos de inaplicación previstos en los artículos 4 y 5 de la Ley, en el ordenamiento jurídico nacional pueden existir leyes o normas con rango de ley que permiten a los órganos u organismos de la administración pública celebrar contratos para satisfacer los fines vinculados con el interés público, observando disposiciones distintas a las de la normativa de contrataciones del Estado. **2.1.4.** [...] Sobre el particular es preciso indicar que la obligación de publicar las normas en el diario oficial para que las mismas cobren vigencia, parte de la Constitución. Así el artículo 51 de la Constitución establece que “La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”, el artículo 109 dispone que las leyes son vigentes desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial y el artículo 204 precisa que cuando una sentencia del Tribunal Constitucional determina la inconstitucionalidad de una norma, esta queda sin efecto desde el día siguiente de publicada la sentencia en el diario oficial. Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo señala en su artículo 11 que los Decretos Legislativos, Decretos de Urgencia y Decretos Supremos entran en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial; asimismo, existen disposiciones específicas sobre la publicación de resoluciones de designación, autorizaciones, entre otras, previstas en Decretos Supremos que regulan la publicidad, publicación y difusión de las normas legales. En este punto, es importante mencionar que, en términos generales, la publicación es uno de los requisitos esenciales para que una norma surta eficacia y tiene como fin propagar el conocimiento de la ley y con ello la voluntad jurídica que ha asumido el Estado con esta norma. Como puede apreciarse, existe un mandato constitucional expreso que obliga a todas las Entidades a publicar determinados documentos en el diario oficial; este mandato es recogido en diferentes instrumentos normativos que, conforme a la disposición constitucional antes referida, condicionan la vigencia a dicha publicación. **2.1.5.** En relación con lo señalado, debe precisarse que actualmente nuestro país cuenta con un solo diario oficial denominado “El Peruano” que es editado, impreso y distribuido por una empresa del Estado, que como tal se encarga de administrar todas las publicaciones que en este se realizan. De esta forma, la contratación de publicaciones de normas legales en el diario oficial se realiza con un determinado proveedor, no existiendo otro autorizado para prestar el mismo servicio. Este único proveedor es determinado por ley y, por tanto, no requiere efectuarse un análisis de mercado que establezca su existencia como único proveedor en el mercado, siendo además que su contratación es obligatoria y debe cumplirse a efectos de dar validez y eficacia a los documentos normativos correspondientes. De lo señalado, puede advertirse que cuando una Entidad requiere contratar el servicio de publicaciones de normas legales en el diario oficial “El Peruano”, no requiere efectuar una indagación de mercado previa que conlleve a la ejecución de un procedimiento de selección, toda vez que la Entidad ya conoce con qué proveedor debe contratar. Asimismo, al tratarse de una contratación que busca dar cumplimiento a un mandato constitucional expreso, si bien se traduce en la prestación de un servicio, este por su naturaleza no comprende una actividad o labor que la Entidad requiera para el desarrollo de sus actividades y el cumplimiento de sus funciones o fines, toda vez que la ejecución de la prestación tiene la finalidad de dar eficacia a determinados documentos, validándolos, y por su efecto, originar su aplicación produciendo efectos jurídicos. **CONCLUSIÓN.** Las contrataciones que toda Entidad deba efectuar con el diario oficial “El Peruano” a fin de publicar normas legales o documentos que por ley deben publicarse en dicho Diario, no se encuentran sujetas a las disposiciones previstas en la normativa de contrataciones del Estado, toda vez que existe un mandato constitucional expreso que determina su contratación. (Opinión N.º 142-2016/DTN, de 26-08-2016, ff. 2.1.3, 2.1.4, 2.1.5 y conclusión. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EumSDJ>).

§ 241. En los supuestos excluidos del ámbito de la normativa de contrataciones, no resulta exigible llevar a cabo el proceso de estandarización cuando el requerimiento haga referencia a fabricación o procedencia, procedimiento de fabricación, marcas, patentes o tipos, entre otros (art. 4). **3.1.** En los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, previstos en los artículos 4 y 5 de la Ley, al no ser de aplicación la normativa de contrataciones del Estado, no re-

sulta exigible llevar a cabo el proceso de estandarización establecido en el artículo 8 del Reglamento [cfr. art. 29 del Nuevo Reglamento] cuando el requerimiento haga referencia a fabricación o procedencia, procedimiento de fabricación, marcas, patentes o tipos, origen o producción determinada, o descripción que oriente la contratación hacia ellos. **3.2.** En las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, cuando el requerimiento haga referencia a fabricación, procedencia, procedimiento de fabricación, marcas, patentes o tipos, origen o producción determinada, o descripción que oriente la contratación hacia ellos, la Entidad podrá, de considerarlo necesario, disponer que en el procedimiento que hubiera establecido para realizar dichas contrataciones, se cuente con un informe del área usuaria que sustente, en base a criterios técnicos y objetivos, la referencia a determinada marca o tipo particular para garantizar la funcionalidad, operatividad o valor económico del equipamiento o infraestructura preexistente de la Entidad. (Opinión N.º 097-2016/DTN, de 06-07-2016, ff. 3.1. y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zZ0X4s>).

§ 242. La exclusión del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado de determinadas contrataciones debe encontrarse establecida en una ley o norma con rango de ley. El caso de un organismo de supervisión estatal (art. 4). CONSULTA: “*Teniendo el proceso de tercerización de OSINFOR una regulación específica y que otorga a OSINFOR [Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre] la facultad para administrarlo y supervisarlo de conformidad con el artículo 3º numerales 3.1 y 3.5 del Decreto Legislativo N.º 1085, y el artículo 15º y 16º de su Reglamento; ¿se puede excluir del ámbito de aplicación de la Ley N.º 30225 el proceso de contratación que regula la tercerización otorgada al OSINFOR?*”. CONCLUSIONES: **3.1.** Una contratación que reúne todos los requisitos para encontrarse dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, se encuentra fuera del ámbito de aplicación de ésta o constituye un régimen especial de contratación si una ley o un Decreto Legislativo (en el caso de delegación de facultades) así lo determina. **3.2.** Ante los vacíos o deficiencias existentes en un régimen especial de contratación, la normativa de contrataciones del Estado se aplicará supletoriamente, en lo que corresponda. (Opinión N.º 094-2018/DTN, de 25-06-2018, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BEWC7Q>).

§ 243. Los principios de la Ley de Contrataciones del Estado resultan de observancia obligatoria a aquellas contrataciones que se sujeten a un régimen especial de contratación, aun cuando estas contrataciones se encuentren excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado por disposición expresa de la Ley (art. 4). Véase la jurisprudencia del artículo 2º de la Ley [§ 99]. (Opinión N.º 194-2016/DTN, de 07-12-2016, ff. 2.1, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EMNArj>).

LITERAL A

§ 244. Definición de contratos bancarios y financieros excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado (art. 4.a). **2.5.** [...] [Los] contratos bancarios se enmarcan en el ámbito de las empresas que operan en el sistema financiero, el cual se encuentra regulado por la Ley N.º 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, así como por la normativa emitida por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, organismo que ejerce las funciones de control y supervisión de las empresas que conforman dicho sistema. Así, puede afirmarse que los contratos bancarios son los acuerdos celebrados por las empresas del sistema financiero con sus clientes, con la finalidad de crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial orientada al desarrollo de una operación bancaria. Es decir, los contratos bancarios son el instrumento mediante el cual se le da forma legal a las operaciones que realizan las empresas del sistema financiero. En tal sentido, los servicios u operaciones bancarias cuya contratación se encuentra excluida del ámbito de aplicación de la Ley y su Reglamento, aun cuando involucran la erogación de fondos públicos, son aquellas reguladas por la Ley N.º 26702 y demás disposiciones emitidas por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. (Opinión N.º 137-2009/DTN, de 30-11-2009, f. 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AyA1sE>).

§ 245. La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP es el organismo encargado de establecer qué servicios constituyen operaciones bancarias o financieras que originen la celebración de contratos bancarios o financieros (art. 4.a). 3. CONCLUSIONES. 3.1. Los servicios u operaciones bancarias y financieras cuya contratación se encuentra excluida del ámbito de aplicación de la Ley y su Reglamento, aun cuando involucran la erogación de fondos públicos, son aquellas reguladas por la Ley N.º 26702 y demás disposiciones emitidas por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. 3.2. La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP es el organismo encargado de establecer qué servicios constituyen operaciones bancarias o financieras que originen la celebración de contratos bancarios o financieros, por lo que se ratifica el criterio interpretativo señalado en la Opinión N.º 137-2009/DTN [§ 244]. (Opinión N.º 037-2012/DTN, de 06-03-2012, ff. 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LsMi69>).

§ 246. Cuando una entidad contrate con una empresa del sector financiero, estará sujeta a la normativa de contrataciones del Estado si el objeto contractual no está referido a un servicio financiero (art. 4.a). CONSULTA: *¿Lo descrito en el literal a) del artículo 4º de la Ley de Contrataciones del Estado, correspondiente a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación, se aplica para las empresas prestadoras de servicios accesorios o auxiliares a un servicio de naturaleza financiera? (sic)*. 3. El supuesto excluido descrito en el literal a) del artículo 4 de la Ley aplica a las contrataciones cuyo objeto contractual corresponda a la prestación de servicios accesorios y auxiliares a un servicio de naturaleza financiera. No obstante, las empresas prestadoras de dichos servicios deben sujetarse a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado para contratar con Entidades públicas cuando no se configure algún supuesto de inaplicación establecido en la normativa. (Opinión N.º 033-2017/DTN, de 03-02-2017, f. 3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DQodun>).

§ 247. La contratación de servicios de *leasing* distintos al regulado en la Ley del Sistema Nacional de Endeudamiento se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado (art. 4.a). *“¿Los contratos de arrendamiento financiero, orientados a la adquisición de bienes de capital, maquinarias y vehículos por parte de las entidades públicas, se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 4º inciso a) de la Ley N.º 30225?”*. [...] 2.4. [D]ebe indicarse que el literal a) del artículo 4 de la Ley establece que se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado los “Contratos bancarios y financieros que provienen de un servicio financiero, lo que incluye a todos los servicios accesorios o auxiliares a un servicio de naturaleza financiera, salvo la contratación de seguros y el arrendamiento financiero, distinto de aquel que se regula en la Ley N.º 28563 [Ley del Sistema Nacional de Endeudamiento] o norma que la sustituya”. [El resaltado es nuestro]. Del citado artículo, puede advertirse que la Ley ha excluido de su ámbito de aplicación a los contratos bancarios y financieros, salvo los contratos de seguros y de arrendamiento financiero o *leasing*, distinto al regulado por la Ley N.º 28563, “Ley del Sistema Nacional de Endeudamiento”. En consecuencia, la contratación de servicios de arrendamiento financiero o *leasing*, distintos a los regulados por la Ley N.º 28563, se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado; por lo que, cuando una Entidad adquiera este tipo de servicios, dicha contratación debe regirse por las disposiciones de la Ley y el Reglamento. (Opinión N.º 079-2016/DTN, de 01-06-2016, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RenSmZ>).

§ 248. Cuando una Entidad realice un arrendamiento financiero -esto es, cuando va a ser la parte arrendataria- debe observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado para viabilizar dicha contratación, salvo que la referida contratación se realice bajo los alcances de la Ley N.º 28563 o norma que la sustituya (art. 4.a). CONSULTA: 2. *“¿Es factible realizar la adquisición de un bien mueble a través del sistema Leasing Financiero bajo los lineamientos de la Ley de Contrataciones del Estado?”*. [...] 2.3. [Debe] indicarse que el literal a) del artículo 4 de la Ley establece que se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado los “Contratos bancarios y financieros que provienen de un servicio financiero, lo que incluye a todos los servicios accesorios o auxiliares a un servicio de naturaleza financiera, salvo la contratación de seguros y el arren-

damiento financiero, distinto de aquel que se regula en la Ley N.º 28563 o norma que la sustituya [...] Del citado artículo, puede advertirse que, por mandato expreso de la Ley, el contrato de arrendamiento financiero o leasing, salvo aquel regulado por la Ley N.º 28563, “Ley del Sistema Nacional de Endeudamiento”, se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. En consecuencia, cuando una Entidad realice un arrendamiento financiero - esto es, cuando va a ser la parte arrendataria - debe observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado para viabilizar dicha contratación, salvo que la referida contratación se realice bajo los alcances de la Ley N.º 28563 o norma que la sustituya. (Opinión N.º 042-2018/DTN, de 06-04-2018, ff. 2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BHRmQP>).

§ 249. El contrato de arrendamiento financiero se encontrará dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado cuando la Entidad sea la parte que adquiera el servicio de leasing (art. 4.a). 3. **CONCLUSIONES:** 3.1. Una de las características que define a un contrato que se encuentra bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, es que el mismo tenga por objeto que la Entidad se abastezca de bienes, servicios u obras para el cumplimiento de sus funciones. 3.2. Un contrato de arrendamiento financiero (*leasing*) que se encuentre regulado por el Decreto Legislativo N.º 1177 [que regula el contrato de leasing de inmueble destinado a vivienda] se encontrará dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado cuando la Entidad sea la parte que adquiera el servicio de leasing -esto es, cuando va a ser la parte arrendataria-; por el contrario, se encontrará fuera del ámbito de aplicación de dicha normativa cuando la Entidad sea la parte que preste el servicio -es decir, cuando actúa como la parte arrendadora-. 3.3. Cuando la Entidad preste el servicio de leasing, en caso deba realizar la compra del inmueble que se otorgará en leasing, esta compra no se encontrará cubierta por la normativa de contrataciones del Estado, pues es parte de la operación de leasing, siendo un requisito necesario para la prestación del servicio. (Opinión N.º 029-2016/DTN, de 17-02-2016, ff. 3 al 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2C3fmOo>).

§ 250. La determinación de cuáles son contratos bancarios o financieros, corresponde única y exclusivamente a las entidades competentes que regulan y/o supervisan los servicios objeto de dichos contratos (art. 4.a). CONSULTA: 2.1. *Un contrato celebrado entre una Entidad (que se encuentra bajo los alcances de la LCE) y una Entidad Bancaria o Financiera para el “Servicio de Recaudación” y/o “Servicio de Cobranza”, ¿es considerado como contrato bancario o financiero? De ser el caso y si es considerado como contrato bancario o financiero, entonces ¿se encuentra fuera del ámbito de la Ley N.º 30225 y su Reglamento de conformidad con el literal a) del artículo 4º de la LCE? [...]* 2.2. *“¿El “servicio de recaudación” y/o “servicio de cobranza” constituye un servicio financiero o de ser el caso un servicio accesorio o auxiliar a un servicio de naturaleza financiera?” [...]* 3. **CONCLUSIÓN.** La determinación de qué contratos y/o servicios tienen una naturaleza bancaria o financiera, corresponde única y exclusivamente a las Entidades reguladoras y supervisoras competentes. (Opinión N.º 108-2017/DTN, de 28-04-2017, ff. 2.1, 2.2 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BSLDHO>).

§ 251. Los contratos de seguros no constituyen contratos bancarios y/o financieros, por lo que no están comprendidos en el supuesto de inaplicación de la normativa de contrataciones (art. 4.a). 2.2. [...] [El] sistema financiero es “el conjunto de empresas, que debidamente autorizadas operan en la intermediación financiera. Incluye las subsidiarias que requieran de autorización de la Superintendencia para constituirse.” Asimismo, precisa que la intermediación financiera es la “Actividad que realizan las empresas del sistema financiero consistente en la captación de fondos bajo cualquier modalidad, y su colocación mediante la realización de cualquiera de las operaciones permitidas en la Ley.” [...] 2.3. Tomando en consideración que la SBS ha establecido que el otorgamiento de cobertura de riesgos (contratos de seguros y reaseguros) no origina contratos bancarios y/o financieros, tales contratos no están comprendidos en el supuesto de inaplicación de la normativa de contrataciones del Estado [...]. (Opinión N.º 062-2014/DTN, de 20-08-2014, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LWR1NK>).

§ 252. **Definición del contrato de seguros.** No resulta posible que, a través de la ejecución de una prestación adicional, se extienda la cobertura de la póliza de seguros contratada por una Entidad (art. 4.a). Véase la jurisprudencia del artículo 157º del Nuevo Reglamento [§ 1732]. (Opinión N.º 022-2012/DTN, de 15-02-2012, ff. 2, 2.1, 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RQb6KY>).

LITERAL B

§ 253. **Contratación de un servicio de asesoría jurídica realizada por la Misión del Servicio Exterior de la República, deben observar la legislación y los usos y costumbres de los países donde están acreditadas (art. 4.b).** 4. CONCLUSIÓN: Si la contratación del servicio de asesoría jurídica realizada por la Misión del Servicio Exterior de la República en el año 2003, podía catalogarse como una contratación para el funcionamiento y gestión de la Misión o en el ejercicio de sus funciones, ésta no constituía un supuesto de inaplicación de la Ley, sino, en todo caso, el supuesto de exoneración establecido en el literal e) del artículo 19º de la Ley [cfr. art. 4.b de la Ley vigente], en cuya virtud la Entidad no se encontraba obligada a realizar proceso de selección, sin perjuicio que debía observar las formalidades previas a la celebración del contrato y las reglas de ejecución contractual establecidas en el [...] Reglamento [...]. (Opinión N.º 017-2006/GTN, de 02-03-2006, f. 4. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DU6a1a>).

LITERAL D

§ 254. **Modalidad de contratación de servicios de un notario público, cuando la Entidad no lo requiera para la participación en el proceso de selección (art. 4.d).** CONSULTA: 2.1. *¿Debe entenderse la participación de Notarios Públicos para los actos de formalización de los contratos celebrados con los aportantes del FOVIPOL [Fondo de Vivienda Policial], sujeta al ámbito de aplicación de dicha norma? [...] 2.1.4.* En virtud de lo expuesto, debe indicarse que el supuesto de inaplicación del literal i) del numeral 3.3 del artículo 3 de la Ley [cfr. art. 4.d de la Ley vigente], ha sido previsto para la contratación de notarios públicos cuando las Entidades requieran que estos participen en los procesos de selección, ejerciendo alguna de las funciones previstas en la Ley y/o el Reglamento. No obstante, cuando se requiera contratar a un notario público para que este participe en actos o actuaciones distintos a los antes mencionados, sí debe observarse las disposiciones de la Ley y el Reglamento para su contratación, a menos que el monto de la contratación sea igual o inferior a tres unidades impositivas tributarias (3 UIT) [en la actualidad 8 UIT], supuesto en el cual dicha contratación se encontraría fuera del ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el literal h) del numeral 3.3 del artículo 3 de la Ley [cfr. art. 5.a de la Ley vigente]. CONSULTA: 2.2. *¿De ser afirmativa la respuesta bajo que modalidad se tendría que haber convocado dicha participación? 2.2.1.* [...] [La] contratación de los servicios de un notario público para que participe en actos o actuaciones distintos a los comprendidos en la fase del proceso de selección, por montos superiores a las [unidades impositivas tributarias señaladas en la Ley], debe realizarse convocando el proceso de selección -concurso público, adjudicación directa, pública o selectiva, o adjudicación de menor cuantía- que corresponda al monto del valor referencial determinado. (Opinión N.º 021-2012/DTN, de 15-02-2012, ff. 2.1, 2.1.4, 2.2 y 2.2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Cknfhs>).

LITERAL E

§ 255. **Los servicios derivados de la función conciliadora y arbitral, que se encuentran excluidos del ámbito de la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, incluye a los servicios de peritaje, secretaría arbitral, inspecciones y similares (art. 4.e).** CONSULTA: *¿Al presente caso es de aplicación lo previsto en el literal e) del artículo 4º de la Ley de Contrataciones del Estado, teniendo en cuenta que se excluye de la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado los actos derivados de la función arbitral, en el entendido que la pericia técnica de parte ha sido autorizada dentro de un proceso arbitral, con acuerdo de la empresa demandante y la entidad? [...] 2.3.1* [...] [El] supuesto de inaplicación de la

normativa de contrataciones del Estado previsto en el literal e) del artículo 4 de la Ley se encuentra referido, exclusivamente, a la contratación de los servicios de árbitros, centros de arbitrajes, conciliadores y centros de conciliación, así como a los servicios derivados de la función conciliadora, arbitral y de los otros medios de solución de controversias -tales como los de peritaje, secretaría arbitral, inspecciones y similares- previstos en la Ley y el Reglamento, para la etapa de ejecución contractual de una contratación realizada bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 069-2017/DTN, de 03-03-2017, f. 2.3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BTPLrk>).

LITERAL F

§ 256. **Condiciones para que se configuren los supuestos del literal f del artículo 4º de la Ley (art. 4.f). 2.3.** [...] [A] efectos de que se configure el supuesto señalado en el literal f) del artículo 4 de la Ley, es necesario que se verifique la concurrencia de las siguientes condiciones: (i) que se realicen de acuerdo a las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estado o entidad cooperante; las cuales pueden contemplar la aplicación de la normativa nacional con ciertas reservas, siempre que consten en el contrato de préstamo respectivo u otro documento formal que refleje los términos del acuerdo; y, (ii) que se deriven de operaciones de endeudamiento externo que se gestionaron con dichos organismos, Estados o entidades cooperantes y/o donaciones ligadas a dichas operaciones. De esta manera, corresponde a la Entidad verificar la concurrencia de las condiciones señaladas en el párrafo precedente a efectos de proceder con la contratación de acuerdo a las exigencias y procedimientos específicos de la organización internacional, Estado o entidad cooperante. (Opinión N.º 115-2017/DTN, de 18-05-2017, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FIQtS0>).

§ 257. **La excepción del uso obligatorio de la normativa de contrataciones del Estado para contratar bienes, servicios y obras con cargo a fondos públicos derivados de donaciones u operaciones oficiales de crédito tiene por finalidad no desincentivar a los potenciales prestatarios o donantes de fondos (art. 4.f). [...] 2.1.4.** [...] [El] supuesto previsto [en] el literal f) del artículo 4 de la Ley se encuentra vinculado a la formalización de “operaciones de endeudamiento externo” y comprende, además, solo aquellas donaciones realizadas en el marco de dichas operaciones, en tanto estas coadyuven a viabilizar su concertación. Asimismo, el presente supuesto no ha previsto regla alguna relacionada al porcentaje o cantidad de aportes que deba efectuar la organización internacional, Estado o entidad cooperante para que dicha (s) contratación (es) se encuentren fuera del ámbito de aplicación, bastando, únicamente, con que tal aporte derive de una operación de endeudamiento externo y/o donación ligada a dicha operación. En esa medida, corresponde a la Entidad definir cuál es el supuesto de exclusión que resulta aplicable a un determinado caso en concreto, en atención a las características, condiciones y presupuestos que presente cada contratación. Adicionalmente, cabe precisar que la excepción del uso obligatorio de la normativa de contrataciones del Estado para contratar bienes, servicios y obras con cargo a fondos públicos derivados de donaciones u operaciones oficiales de crédito, tiene por finalidad no desincentivar a los potenciales prestatarios o donantes de fondos, ya que someterlos a reglas unilaterales impuestas por un Estado podría afectar las condiciones y requerimientos exigidos para ejecutar las referidas donaciones o préstamos; motivo por el cual, se prefiere el uso de normas consensuadas, las cuales son definidas por las partes en el respectivo convenio o contrato. (Opinión N.º 083-2017/DTN, de 16-03-2017, f. 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Fh7ZFa>).

§ 258. **Las contrataciones realizadas en virtud del literal f) del artículo 4, independientemente de que estas se encuentren fuera del ámbito de aplicación de la Ley y de su fuente de financiamiento, deben encontrarse registradas en el PAC y publicadas en el SEACE en el módulo habilitado para tal fin (art. 4.f).** CONSULTA: 2. “¿Cuál es el alcance de la obligación del registro y publicación en el SEACE de las órdenes de compra y servicios respecto al Plan de Anual de Contrataciones,

indicada en la Directiva N.º 008-2017-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 007-2019-OSCE/CD (D-007)], Comunicado N.º 001-2016-OSCE/DSEACE, así como el Reglamento de la Ley; respecto a los procesos de contrataciones a cargo de una Unidad Ejecutora encargada de un Proyecto de inversión pública, que realiza de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una entidad cooperante, derivada de un Contrato de Préstamo (operación de endeudamiento externo) suscrito entre el Estado Peruano y la Entidad Cooperante, considerando la exclusión del ámbito de aplicación de la normativa de Contrataciones del Estado, dispuesta en el literal f) del artículo 4 de la Ley N.º 30225? [...] 2.4. [...] [Se] aprecia que la Directiva cumple con regular el registro de la información de las contrataciones que realizan las Entidades Públicas, incluyendo aquellas que son realizadas fuera del ámbito de aplicación de la Ley, entre estas, las contrataciones efectuadas según la causal prevista en el literal f) del artículo 4 de la Ley. [...] con relación al Comunicado N.º 001-2016-OSCE/DSEACE, publicado por la Dirección del SEACE con fecha 24.AGO.2016, debe decirse que se limita a recordar a las Entidades Públicas y sus funcionarios, la responsabilidad que tiene de registrar la información de las contrataciones que realice la Entidad independientemente de que se encuentren sujetas al ámbito de aplicación de la Ley, su cuantía o fuente de financiamiento, en concordancia con lo previsto en el artículo 48 de la Ley. Por tal motivo, se advierte que las contrataciones realizadas en virtud del literal f) del artículo 4, independientemente de que estas se encuentren fuera del ámbito de aplicación de la Ley y de su fuente de financiamiento, deben encontrarse registradas en el PAC y publicadas en el SEACE en el módulo habilitado para tal fin. (Opinión N.º 218-2017/DTN, de 20-10-2017, ff. 2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EqYfZz>).

NOTA: Véase el texto completo del Comunicado N.º 001-2016-OSCE/DSEACE (Responsabilidades de las entidades públicas sobre el registro de información en el SEACE) aquí: <bit.ly/2GxF6oM>.

§ 259. La ejecución de un contrato de servicios de consultoría derivado de convenio internacional de préstamo se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, sujetándose a las disposiciones del convenio respectivo y sus documentos anexos (art. 4.f). CONSULTA: 2.1. “En la ejecución de un Contrato de servicios de Consultoría derivado de Convenio Internacional de Préstamo suscrito entre el Estado Peruano y una Entidad Cooperante; para la contratación de un consultor o para la renovación de un contrato, cuyo costo será asumido por el aporte local de la Entidad (recursos propios), ¿cuál sería la normativa aplicable para efectuar tal acción? ¿Los procedimientos para la selección y contratación de la entidad cooperante a los que se sujeta el Contrato derivado de Convenio Internacional de Préstamo suscrito con el Estado Peruano o la normativa referida a la contratación acorde a las disposiciones contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento?” [...] 3. CONCLUSIÓN: De acuerdo con lo previsto en el literal f) del artículo 4 de la Ley, todas aquellas contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de organismos internacionales, Estados o entidades cooperantes, que deriven de operaciones de endeudamiento externo y/o donaciones ligadas a dichas operaciones, incluyendo aquellas financiadas con recursos de la propia Entidad, se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, sujetándose a las disposiciones del convenio respectivo y sus documentos anexos; supletoriamente son de aplicación para el procedimiento, la Ley y su Reglamento, así como la Ley N.º 28411 [Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto] y demás normativa presupuestaria del Sector al cual pertenece la Entidad, en tanto no sean incompatibles. (Opinión N.º 015-2017/DTN, de 16-01-2017, ff. 2.1 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AMVTQp>).

§ 260. Los proveedores extranjeros no domiciliados que no cuenten con representante legal o apoderado en el Perú pueden participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado la provisión de bienes sofisticados y/o servicios especializados, siempre que se encuentran inscritos en el Registro Nacional de Proveedores (art. 4.f). Véase la jurisprudencia del artículo 9º del Nuevo Reglamento [§ 986]. (Opinión N.º 103-2016/DTN, de 13-06-2016, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LtlU5X>).

Artículo 5: Supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión del OSCE

5.1 Están sujetos a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), los siguientes supuestos excluidos de la aplicación de la Ley:

a) Las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción. Lo señalado en el presente literal no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco.

b) La contratación de servicios públicos, siempre que no exista la posibilidad de contratar con más de un proveedor.

c) Los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga, suscritos entre Entidades, siempre que se brinden los bienes, servicios u obras propios de la función que por Ley les corresponde, y no se persigan fines de lucro.

d) Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estados o entidades cooperantes, que se deriven de donaciones efectuadas por estos, siempre que dichas donaciones representen por lo menos el veinticinco por ciento (25%) del monto total de las contrataciones involucradas en el convenio suscrito para tal efecto o provengan de organismos multilaterales financieros.

e) Las contrataciones que realice el Estado Peruano con otro Estado.

f) Las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país cuando se cumpla una de las siguientes condiciones: i) se sustente la imposibilidad de realizar la contratación a través de los métodos de contratación de la presente norma; o ii) el mayor valor de las prestaciones se realice en territorio extranjero.

5.2 El reglamento establece los aspectos y requisitos aplicables a estas contrataciones. El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) establece los criterios para la supervisión.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y los artículos 2 y 4 del Decreto Legislativo N.º 1444)

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y OPINIONES DEL OSCE**GENERALIDADES**

§ 261. Los supuestos que se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado no son una lista cerrada, dado que mediante ley se puede establecer nuevas excepciones de adquisición (art. 5). 19. [Si] bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76º de la Constitución, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución, y cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública. Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario. (Exp. N.º 020-2003-AI/TC [*Proceso de inconstitucionalidad contra la tercera disposición final de la Ley N.º 27635*], del 17-05-2004 [Web: 12-07-2004 / EP: 14-07-2004], f. j. 9. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2DE6CzC>).

§ 262. Mediante ley pueden establecerse supuestos de inaplicación adicionales a los establecidos en los artículos 4 y 5 de la Ley (art. 5). Véase la jurisprudencia del artículo 4º de la Ley [§ 237]. (Opinión N.º 189-2018/DTN, de 03-12-2018, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FLwXgm>).

§ 263. Las contrataciones que toda Entidad deba efectuar con el diario oficial “El Peruano” a fin de publicar normas legales o documentos que por ley deben publicarse en dicho Diario, no se encuentran sujetas a las disposiciones previstas en la normativa de contrataciones del Estado (art. 5). Véase la jurisprudencia del artículo 4º de la Ley [§ 240]. (Opinión N.º 142-2016/DTN, de 26-08-2016, ff. 2.1.3, 2.1.4, 2.1.5 y conclusión. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EumSDJ>).

§ 264. Las contrataciones que realiza FAME (empresa estatal de armamento) no se encuentran incursas dentro de alguno de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado (art. 5). Véase la jurisprudencia del artículo 4º de la Ley [§ 239]. (Opinión N.º 100-2016/DTN, de 08-07-2016, f. 3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TCHG0p>).

§ 265. En los supuestos excluidos del ámbito de la normativa de contrataciones, no resulta exigible llevar a cabo el proceso de estandarización cuando el requerimiento haga referencia a fabricación o procedencia, procedimiento de fabricación, marcas, patentes o tipos, entre otros (art. 5). Véase la jurisprudencia del artículo 4º de la Ley [§ 241]. (Opinión N.º 097-2016/DTN, de 06-07-2016, ff. 3.1. y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zZ0X4s>).

§ 266. Los principios de la Ley de Contrataciones del Estado resultan de observancia obligatoria a aquellas contrataciones que se sujeten a un régimen especial de contratación, aun cuando estas contrataciones se encuentren excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado por disposición expresa de la Ley (art. 5). Véase la jurisprudencia del artículo 2º de la Ley [§ 99]. (Opinión N.º 194-2016/DTN, de 07-12-2016, ff. 2.1, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EMNArj>).

NUMERAL 5.1.A

§ 267. Las contrataciones cuya cuantía es inferior o igual a 8 UITs si bien se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, sujetas a supervisión del OSCE; no pierden su carácter de contrataciones públicas (art. 5.1.a). CONSULTA: 2. “¿Resulta obligatorio que el personal -perteneciente al órgano encargado de las contrataciones de una entidad pública- que se dedica exclusivamente a gestionar las contrataciones cuyos montos son iguales o menores a 8 UIT cuente con la certificación aludida en el numeral 4.3 del artículo 4 del actual RLCE?”. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Las contrataciones cuya cuantía es inferior o igual a 8 UITs si bien se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, sujetas a supervisión del OSCE; no pierden su carácter de contrataciones públicas en las que profesionales y/o técnicos del OEC intervienen directamente en alguna de sus etapas. 3.2. Los profesionales y/o técnicos del OEC de la Entidad que intervienen en las contrataciones cuya cuantía es igual o inferior a 8 UITs, al participar en la primera fase de la contratación, deben encontrarse certificados por el OSCE, de acuerdo a lo previsto en la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 003-2018/DTN, de 05-01-2018, ff. 2, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EivBY5>).

§ 268. Las contrataciones cuyos montos son iguales o inferiores a 8 UIT, se realizan de acuerdo a los lineamientos establecidos en las normas de organización interna de la Entidad contratante (art. 5.1.a). 2.6. Por otro lado, debe señalarse que los artículos 4 y 5 de la Ley contemplan supuestos taxativos que, pese a verificarse en ellos los aspectos subjetivo y objetivo para la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado antes mencionados, se encuentran excluidos del ámbito de ésta. Así, el literal a) del artículo 5 de la Ley establece que la normativa de contrataciones del Estado no es aplicable para “Las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción” [...]; precisando que, dichas contrataciones se encuentran sujetas a supervisión por parte del OSCE y que no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco. Como puede advertirse, el supuesto de exclusión citado está dado en función del monto de la contratación; es decir, sin importar el objeto de la contratación,

si el monto de la misma es igual o inferior a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) dicha contratación se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, quedando bajo la supervisión del OSCE únicamente en los aspectos referidos a la configuración del supuesto excluido de ámbito de aplicación. Asimismo, debe señalarse que si bien las contrataciones cuyos montos son iguales o inferiores a ocho (8) UIT se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, las Entidades que realicen dichas contrataciones deben efectuarlas de acuerdo a los lineamientos establecidos en sus normas de organización interna, en el marco de los principios que regulan la contratación pública, en razón de lo cual determinarán los mecanismos apropiados para garantizar la eficiencia y transparencia en el uso de los recursos públicos. En consecuencia, las Entidades pueden implementar mecanismos similares a los establecidos en la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 230-2017/DTN, de 20-10-2017, f. 2.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rzuOvH>).

§ 269. La norma de contrataciones del Estado no es aplicable a contrataciones que no superen los montos establecidos por ley [8 UIT] (art. 5.1.a). 9. [A]tendiendo a que (i) se ha verificado que la contratación es por un monto menor a las 3 UIT vigentes al año 2012 [ahora 8 UIT]; (ii) [...] la Ley establece que ésta no es de aplicación para contrataciones menores [ese monto], la conducta del Contratista no puede ser analizada a través de la Ley de Contrataciones del Estado, cuerpo normativo en el cual se tipifican las infracciones administrativas cometidas por los proveedores, participantes, postores y/o contratistas. Admitir lo contrario vulneraría el principio de tipicidad, por lo que este Colegiado considera que no procede emitir pronunciamiento en el presente procedimiento sancionador contra el Contratista. (Resolución N.º 1985-2013-TC-S4, de 10-09-2013, f. 9. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2B6ySc6>).

§ 270. Las contrataciones iguales o inferiores a 8 UIT pero mayores a 1 UIT requieren que el proveedor que realizará dicha contratación se encuentre inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (art. 5.1.a). CONCLUSIONES: **3.1.** Para ser participante, postor y/o contratista, es necesario estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), siendo responsabilidad del proveedor mantener vigente su inscripción al registrarse como participante, en la presentación de ofertas, en el otorgamiento de la buena pro y en el perfeccionamiento del contrato. Ahora bien, es obligación de la Entidad verificar que la inscripción de los proveedores en el RNP se encuentra vigente en los momentos antes indicados. **3.2.** Las contrataciones iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) -lo cual incluye los contratos de servicios- están fuera de ámbito de la aplicación de la normativa de Contrataciones del Estado, pero bajo la supervisión del OSCE, estando obligados los proveedores que realizarán dichas contrataciones a estar inscritos en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), salvo que los montos de las mismas sean iguales o menores a una Unidad Impositiva tributaria (1 UIT). (Opinión N.º 046-2016/DTN, de 21-03-2016, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2GdWjW1>).

NOTA: En el nuevo Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado no se ha previsto la obligatoriedad de encontrarse inscrito en el RNP para ninguno de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones sujetos a supervisión

§ 271. Los funcionarios y servidores que intervienen en contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) UIT vigentes al momento de la transacción pero superiores a una UIT por o a nombre de una Entidad, son responsables de su documentación y conducción, el incumplimiento del registro y publicación de la información concerniente implica responsabilidad (art. 5.1.a). CONSULTA: **2.1.** “En caso la entidad no cumple con el registro de las órdenes de compra y órdenes de servicio (derivadas de contrataciones con montos iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias) en el plazo establecido, ¿existe algún tipo de responsabilidad del servidor y/o funcionario designado?” [...] **2.2.** “¿Es factible la aplicación de penalidades en este tipo de compras (derivadas de contrataciones con montos iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias), pese a no existir la suscripción de un contrato? ¿Qué normativa se aplica?” [...] **3.** CONCLUSIONES. **3.1.** En caso una Entidad efectúe

contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) UIT vigentes al momento de la transacción pero superiores a una (1) UIT, la Entidad debe registrar y publicar en el SEACE la información de estas contrataciones realizadas durante el mes, siendo el plazo máximo para ello el décimo (10) día hábil del mes siguiente. Ahora bien, dado que los funcionarios y servidores que intervienen en dichas contrataciones por o a nombre de una Entidad, son responsables de su documentación y conducción, el incumplimiento del registro y publicación de la información concerniente implica responsabilidad, correspondiendo al órgano competente determinarlas. **3.2.** Si bien las contrataciones cuyos montos son iguales o inferiores a ocho (8) UIT se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, las Entidades que realicen dichas contrataciones deben efectuarlas de acuerdo a los lineamientos establecidos en sus normas de organización interna, en el marco de los principios que regulan la contratación pública, en razón de lo cual determinarán los mecanismos apropiados para garantizar la eficiencia y transparencia en el uso de los recursos públicos. En consecuencia, las Entidades pueden implementar mecanismos similares a los establecidos en la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 128-2017/DTN, de 06-06-2017, ff. 2.1, 2.2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zNE3gh>).

§ 272. En las contrataciones menores a 8 UIT no resultan aplicables las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado. Las Entidades pueden implementar mecanismos similares a los previstos en la normativa de contrataciones del Estado como la aplicación de las penalidades (art. 5.1.a). CONSULTA: *“¿Cabe establecer la aplicación de penalidades en las contrataciones menores a 8 UIT (cuyo supuesto se encuentra en los alcances del artículo 5 de la Ley N.º 30225), bajo los alcances del artículo 4, 8, 132 y 133 del Decreto Supremo N.º 350-2015-EF [cfr. arts. 5, 29, 161 y 162 del Nuevo Reglamento], o es que dicho supuesto se regula estrictamente por las normas internas de la entidad, así estas no la contemplen en su contenido”. [...] CONCLUSIÓN: 3.* En una contratación cuyo monto sea igual o inferior a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción, si bien no resultan aplicables las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, la Entidad que requiera efectuarla debe observar los principios que rigen toda contratación pública así como garantizar la eficiencia y transparencia en el uso de los recursos públicos; lo cual la faculta a implementar mecanismos similares a los previstos en la normativa de contrataciones del Estado -como la aplicación de penalidades- a efectos de satisfacer su necesidad con dicha contratación. (Opinión N.º 200-2017/DTN, de 14-09-2017, f. 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RChXEr>).

§ 273. Si el monto de una contratación es igual o inferior a ocho (8) UIT la misma se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, quedando bajo la supervisión del OSCE en los aspectos referidos a la configuración del supuesto excluido de ámbito de aplicación (art. 5.1.a). CONSULTA: **2.1.** *“Si por ejemplo el servicio de agencia de medios o planificación de medios es por una cifra inferior a 8 UIT, ¿es pertinente la contratación mediante una compra directa menor a 8 UIT?”* **2.2.** *“En esa misma línea, ¿la contratación de publicidad estatal puede ejecutarse mediante una contratación directa de menor o igual a 8 UIT? O sea ¿tanto el servicio de Planificación o estrategia de medios y la subsecuente contratación de los medios seleccionados pueden efectuarse mediante una contratación menor o igual a 8 UIT?”* **2.3.** *“Como se aplica la supervisión de OSCE en las contrataciones menores o iguales a 8 UIT, para asegurar que no se usen para vulnerar los criterios y objetivos de la ley, evitar el fraccionamiento y abusar del direccionamiento, y su manera más extrema permitir la evasión de la ley de publicidad estatal y la Constitución Política del Perú?” [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1.* Los servicios de agencias o centrales de medios, agencias de publicidad, o cualquier otro servicio de mediación publicitaria que requiera una Entidad deben contratarse conforme al procedimiento de selección que corresponda en el marco de la normativa de contrataciones del Estado; si el monto del valor referencial, de dicha contratación resulta igual o inferior a las ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción, tal contratación se encontraría fuera del ámbito de aplicación de la referida normativa conforme al literal a) del artículo 5 de la Ley, aspecto que corresponde ser evaluado por cada Entidad, la que además deberá asegurarse de que a través de dicha figura no se esté eludiendo la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado ni transgrediendo disposiciones contenidas en ella. **3.2.** Si el

monto de una contratación es igual o inferior a ocho (8) UIT la misma se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, quedando bajo la supervisión del OSCE en los aspectos referidos a la configuración del supuesto excluido de ámbito de aplicación. (Opinión N.º 047-2018/DTN, de 17-04-2018, ff. 2.1, 2.2, 2.3, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Q7HQ2e>).

NUMERAL 5.1.B

§ 274. Definición de “servicio público”. Alcances del supuesto excluido de aplicación sujeto a supervisión contenido en el literal b) del artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado (art. 5.1.b). 2.1. [...] [Se] encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado las contrataciones en las que se verifiquen las siguientes condiciones: i) que el objeto sea la prestación de un servicio público; y ii) *“que no exista la posibilidad de contratar con más de un proveedor”*. 2.2. Ahora bien, en relación con lo anterior, resulta necesario analizar cada una de las condiciones antes detalladas. Así, en primer lugar, debe determinarse el sentido y alcance de la terminología “servicio público” establecida en el literal t) del numeral 3.3 del artículo 3 de la Ley [cfr. art. 5.1.b de la Ley vigente], antes citado. Para tal efecto, resulta oportuno señalar que Cabanellas de Torres define al “servicio público” como aquel que satisface una necesidad colectiva por medio de una organización administrativa o regida por la Administración Pública. Por su parte, Gaspar Ariño señala que *“(…) Los servicios públicos son y han sido siempre actividades esenciales para la vida de la sociedad. Exigen continuidad, regularidad y seguridad en su prestación, pues nuestra vida -repto- descansa sobre ellos. Es responsabilidad del gobierno que éstos funcionen adecuadamente: que sean servicios seguros, prestados con regularidad, universales, de calidad.”* (El subrayado es agregado). Finalmente, Nidia Karina Cicero precisa que *“Existen determinadas actividades económicas, que por configurar una necesidad imprescindible del conjunto social, y por ser desarrolladas en condiciones monopólicas, son declaradas por la ley “servicio público”. Dicho rótulo se propone asegurar que la actividad así caracterizada, será prestada en condiciones de generalidad, uniformidad, continuidad y regularidad.”* (El subrayado es agregado). Si bien la doctrina resulta ilustrativa para acercarnos al concepto de “servicio público”, el Tribunal Constitucional ha señalado que: *“(…) nuestro ordenamiento jurídico no recoge una definición específica sobre el concepto de servicio público, y, nuestro texto Constitucional no ha establecido un listado de actividades que deban considerarse como tales, es innegable para este Tribunal que la voluntad del constituyente fue observar y encomendar al Estado, una tarea de especial promoción y resguardo en estos casos; de ahí, la importancia de que el legislador precise claramente tal calificación y el régimen jurídico sometido en cada supuesto. (...) Ello en razón a que, el contenido del concepto servicio público, así como, el hecho que determinadas actividades económicas califiquen dentro del mismo, resulta una tarea que se resuelve en cada ordenamiento jurídico de manera particular. Su importancia radica por el hecho que de tal definición, depende el régimen de obligaciones y cargas a distribuir entre el Estado y los particulares.”* (El resaltado es agregado). De lo señalado por el Tribunal Constitucional, se advierte que el criterio determinante para calificar una actividad como “servicio público”, es si esta ha sido definida como tal por la ley. Ello sin perjuicio de que el legislador usualmente califique como “servicio público” a aquellas actividades que buscan satisfacer una necesidad esencial y de interés general, las cuales pueden ser prestadas por el Estado directamente o a través de un particular, reservándose en cualquier caso el control de su ejercicio. 2.3. En segundo lugar, corresponde analizar qué implica la condición de *“que no exista la posibilidad de contratar con más de un proveedor”*. Sobre el particular, debe señalarse que las consideraciones para declarar a una actividad como “servicio público” no obedecen necesariamente a que tal actividad determine un mercado monopólico, razón por la cual en el ordenamiento jurídico pueden advertirse “servicios públicos” en los que existen varios prestadores; es decir, un mercado competitivo; mientras que a la par existen “servicios públicos” en los que solo hay un prestador o monopolio. En ese sentido, la Ley se ha cuidado de precisar que se encontrarán fuera de su ámbito de aplicación las contrataciones de “servicios públicos” en los que exista un único proveedor, pues el objetivo del supuesto de inaplicación del literal t) del numeral 3.3 del artículo 3 de la Ley, es que las Entidades contraten de forma célere al existir un único prestador del servicio. 2.4. Por lo tanto, en virtud [...] de la Ley, se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones

del Estado, las contrataciones de “servicios públicos” calificados como tal por la ley, en los que existe un único proveedor. Para ello, corresponde a cada Entidad determinar si la actividad que requiere contratar ha sido definida como “servicio público” en la ley que la regula, y si existe competencia o no. En este contexto, se entiende por “servicio público” a aquellas actividades definidas como tal por la ley, las que buscan satisfacer una necesidad esencial y de interés general, cuya prestación corresponde, en principio, al Estado. (Opinión N.º 068-2013/DTN, de 03-09-2013, ff. 2.1, 2.2, 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2REOjSm>).

§ 275. Solo cuando el servicio público cuente con un único proveedor, dicha contratación se encontrará fuera del ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, en caso contrario corresponderá que se realice el procedimiento de selección que corresponda (art. 5.1.b). CONSULTA: 2. “Nuestra Entidad estaría obligada (o no) a, en el proceso de contratación del suministro de electricidad, aplicar la Ley de Contrataciones porque, a partir de la vigencia del D.S. N.º 022-2009-EM2, los usuarios que cuentan con suministros eléctricos con una demanda máxima anual superior a los 200 kW (hasta los 2,500 kW) tienen la posibilidad de contratar con más de un proveedor, en cumplimiento del inciso b) del numeral 5.1 de la Ley de Contrataciones del Estado”. [...] 2.5. Conforme a ello, el literal b) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley, establece que se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado y sujetos bajo la supervisión del OSCE: “La contratación de servicios públicos, siempre que no exista la posibilidad de contratar con más de un proveedor”. [...]. Como se aprecia, en el marco de la disposición antes citada, se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado aquellas contrataciones que reúnan las siguientes condiciones: i) se refieran a la contratación de un servicio público; y, ii) no exista la posibilidad de contratar con más de un solo proveedor. En relación a la primera característica, debe señalarse que se configura el supuesto de inaplicación cuando se trate de la contratación de un servicio público, entendido este último como “aquellas actividades definidas como tal por la ley, las que buscan satisfacer una necesidad esencial y de interés general, cuya prestación corresponde, en principio, al Estado”. Adicionalmente, no basta con que alguna Entidad pretenda contratar un servicio público para que dicha contratación se encuentre fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, sino que debe cumplirse necesariamente con la segunda condición, es decir, que no exista la posibilidad de contratar con más de un solo proveedor. Respecto a esta última condición, debe señalarse que las consideraciones para declarar a una actividad como servicio público no obedecen necesariamente a que tal actividad determine un mercado monopólico, razón por la cual en el ordenamiento jurídico pueden advertirse servicios públicos en los que existen varios prestadores; es decir, un mercado competitivo; mientras que a la par existen servicios públicos en los que solo hay un prestador o monopolio. En ese sentido, atendiendo a las peculiaridades propias de cada contratación, corresponde a la Entidad evaluar si respecto al servicio público que pretende contratar existe o no competencia; así, solo cuando el servicio público cuente con un único proveedor, dicha contratación se encontrará fuera del ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, en caso contrario corresponderá que se realice el procedimiento de selección que corresponda. (Opinión N.º 255-2017/DTN, de 06-12-2017, ff. 2 y 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PLTB9L>).

NUMERAL 5.1.C

§ 276. Mediante los convenios, las partes buscan alcanzar un objetivo común mediante la colaboración mutua, por lo que la contraparte de la Entidad no recibe dicha retribución con cargo a fondos públicos (art. 5.1.c). 2.1.3. [L]os contratos que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado son acuerdos en los que la contraparte de la Entidad persigue una finalidad lucrativa, esto es, obtener una retribución por sus prestaciones con cargo a fondos públicos; en cambio, en los convenios que suscriben las Entidades, su contraparte no persigue dicha finalidad lucrativa; por lo que la Entidad no compromete los fondos públicos para pagarle una retribución. Por consiguiente, los contratos celebrados bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado difieren de los convenios en el fin lucrativo, pues, en los primeros, el contratista cumple su prestación

obteniendo de la Entidad una retribución a cambio, la misma que se paga con cargo a fondos públicos; mientras que en los convenios las partes buscan alcanzar un objetivo común mediante la colaboración mutua, por lo que la contraparte de la Entidad no recibe dicha retribución con cargo a fondos públicos. **2.1.4.** En ese orden de ideas, los convenios celebrados por las Entidades, en tanto carecen del fin lucrativo en los términos expuestos anteriormente, no tienen la naturaleza de un contrato con el Estado bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, pues mediante estos convenios la Entidad no se obliga a pagar una “retribución” con cargo a fondos públicos; en esta medida, estos convenios, en tanto cumplan con los criterios establecidos en la presente opinión, se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, independientemente de la naturaleza pública o privada de la contraparte de la Entidad, o de si dicha contraparte es un organismo internacional o una persona jurídica de derecho privado constituida en el Perú. [...] **2.2.2.** Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse presente que, a partir de la celebración de un convenio, puede existir el compromiso de alguna de las partes de asumir a cuenta propia determinados costos y/o gastos administrativos para alcanzar la finalidad del convenio, lo que podría implicar la disposición de recursos del Estado, situación que no afecta la naturaleza no lucrativa del convenio, pues no se trataría de erogaciones de fondos públicos en beneficio del contratista como retribución por sus prestaciones. En tal medida, cabe indicar que únicamente la celebración de los convenios se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, dado que aquellas contrataciones que la Entidad deba asumir para ejecutar y/o viabilizar dichos convenios deben realizarse conforme a la normativa de contrataciones del Estado, cuando estas se encuentren dentro de su ámbito de aplicación; por lo que no puede presentarse la situación de que la contraparte de la Entidad realice dichas contrataciones, pero trasladando los costos de estas a la Entidad, eludiendo así la aplicación de la mencionada normativa. Finalmente, debe tenerse presente que la determinación de la naturaleza de un convenio es de exclusiva responsabilidad de la Entidad, debiendo cuidar que, mediante la celebración del mismo, no se esté eludiendo la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 073-2015/DTN, de 13-05-2015, ff. 2.1.3, 2.1.4 y 2.2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2IyOZFD>).

§ 277. Convenios de colaboración entre Entidades (art. 5.1.c). **3.1.** Las Entidades pueden suscribir convenios de colaboración y otros de naturaleza análoga -de conformidad con lo señalado en el literal c) del artículo 5 de la Ley- siempre que su contraparte sea otra Entidad, que sea celebrado para brindar los bienes, prestar los servicios o ejecutar las obras propios de la función que por mandato legal le corresponde y que no se persiga un fin lucrativo. De esta manera, la Entidad puede celebrar estos convenios, sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, únicamente en la medida que verifique la concurrencia de los requisitos antes referidos. **3.2.** Una de las características de los convenios es que en estos no existe un fin lucrativo, en la medida que buscan alcanzar un objetivo común mediante la colaboración mutua, por lo que ninguna de las Entidades intervinientes recibe una retribución con cargo a fondos públicos. **3.3.** El supuesto excluido de la normativa de contrataciones del Estado previsto en el literal c) del artículo 5 de la Ley se circunscribe a la celebración de los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga, y no a las contrataciones de bienes y/o servicios que las Entidades deban llevar a cabo para alcanzar la finalidad de tales convenios, las cuales sí se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 130-2016/DTN, de 16-08-2016, 3.1 al 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Xmk3LO>).

§ 278. Convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga: requisitos (art. 5.1.c) **3.1.** Las Entidades pueden suscribir convenios de colaboración y otros de naturaleza análoga -de conformidad con lo señalado en el literal c) del artículo 5 de la Ley- siempre que su contraparte sea otra Entidad, que sea celebrado para brindar los bienes, prestar los servicios o ejecutar las obras propios de la función que por mandato legal le corresponde y que no se persiga un fin lucrativo. De esta manera, la Entidad puede celebrar estos convenios, sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, en la medida que verifique la concurrencia de los requisitos antes referidos. **3.2.** El supuesto de inaplicación contemplado en el literal c) del artículo 5 de la Ley se circunscribe a la celebración de los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga, y no a las contrataciones de bienes y/o

servicios que las Entidades deban llevar a cabo para alcanzar la finalidad de tales convenios, las cuales si se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 091-2016/DTN, de 23-06-2016, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SUYNdf>).

§ 279. La Entidad es responsable de determinar que sus convenios celebrados reúnan las características que la sitúen en el supuesto del literal c) del artículo 5 de la Ley (art. 5.1.c). 2.4. [...] [L]as características que deben tener estos convenios para que se configure el supuesto excluido del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado previsto en el literal c) del artículo 5 de la Ley son las siguientes: (i) Acuerdo celebrado entre Entidades: Una de las características distintivas de los convenios de colaboración, gestión u otros de naturaleza análoga, es que se celebran entre Entidades. Resulta necesario precisar que por Entidades se entiende aquellos organismos, órganos y organizaciones comprendidos dentro del criterio subjetivo que delimita la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. (ii) Acuerdo sin fin de lucro: A través de la celebración del acuerdo, las partes no buscan obtener un beneficio económico (ganancia o utilidad) sino otro tipo de beneficios: cooperación mutua, gestión especializada, u otro fin de naturaleza análoga. En esa medida, la ausencia de beneficio económico se evidencia cuando la Entidad que recibe los bienes, servicios u obras no se encuentra obligada a pagarle una “retribución” a su contraparte con cargo a fondos públicos. (iii) Acuerdo celebrado para brindar los bienes, servicios u obras propios de la función que corresponde a la Entidad: El acuerdo se celebra para brindar los bienes, servicios u obras propios de la función que corresponde a las Entidades involucradas; por lo que no podrían ser materia de estos convenios, bienes, servicios u obras distintos a los antes indicados. Considerando lo expuesto, para que se configure el supuesto excluido del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, sujeto a supervisión del OSCE, previsto en el literal c) del artículo 5 de la Ley, es necesario que el acuerdo celebrado no persiga un ánimo de lucro, es decir, que las partes no busquen obtener un beneficio de carácter económico mediante la celebración de dicho convenio. En esa medida, las Entidades que celebren un convenio tienen la obligación, bajo responsabilidad, de determinar que el mismo reúna las características antes descritas, debiendo cuidar que, mediante su celebración, no se esté eludiendo la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 173-2016/DTN, de 24-10-2016, f. 2.4. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HpD6Be>).

§ 280. Sólo la celebración de los convenios se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, en cambio, aquellas contrataciones que la Entidad debía asumir para ejecutar dichos convenios si debían realizarse conforme a dicha normativa (art. 5.1.c). 2.5. [...] [C]abe recalcar que la Entidad que celebraba el convenio tenía la obligación, bajo responsabilidad, de determinar que el mismo se encontraba fuera del ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado, debiendo cuidar que, mediante su celebración, no se estuviera eludiendo la aplicación de dicha normativa. Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse presente que, a partir de la celebración de un convenio, podía existir el compromiso de alguna de las partes de asumir a cuenta propia determinados costos y/o gastos administrativos para alcanzar la finalidad del convenio, lo que podría haber implicado la disposición de recursos del Estado, situación que no afectaría la naturaleza no lucrativa del convenio, pues no se trataría de erogaciones de fondos públicos en beneficio de ningún contratista como retribución por sus prestaciones. No obstante, es necesario indicar que solo la celebración de los convenios se encontraba fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. En cambio, aquellas contrataciones que la Entidad debía asumir para ejecutar y/o viabilizar dichos convenios sí debían realizarse conforme a dicha normativa, siempre que dichas contrataciones reúnan las condiciones de una contratación con el Estado. (Opinión N.º 179-2016/DTN, de 15-11-2016, f. 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ad0Ouk>).

§ 281. Características de los convenios de colaboración (art. 5.1.c). 2.1.3. [...] Como puede apreciarse, este supuesto excluido del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado se encuentra referido a un tipo de acuerdo de naturaleza particular: “los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga” que, en el marco de las relaciones de Derecho Administrativo, las Entidades celebran para conseguir objetivos o fines distintos a los de los contratos regulados por la normativa de

contrataciones del Estado, pero brindando bienes, servicios u obras que se enmarquen en las funciones que la legislación les asigna. Además, estos convenios implican, necesariamente, el ánimo de cooperar mutuamente para obtener beneficios de carácter no lucrativo. Abundando en lo anterior, debe señalarse que las características que deben tener estos convenios para que se configure el supuesto de inaplicación previsto en el literal c) del artículo 5 de la Ley son las siguientes: (i) Acuerdo celebrado entre Entidades: Una de las características distintivas de los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga, es que se celebran *entre Entidades*. Resulta necesario precisar que por Entidades se entiende aquellos organismos, órganos y organizaciones comprendidos dentro del criterio subjetivo que delimita la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. (ii) Acuerdo sin fin de lucro: A través de la celebración del acuerdo, *las partes no buscan obtener un beneficio económico (ganancia o utilidad)*, sino otro tipo de beneficios, tales como: *cooperación mutua, gestión especializada, u otro fin de naturaleza análoga*. En esa medida, la ausencia de beneficio económico se evidencia cuando la Entidad que recibe los bienes, servicios u obras no se encuentra obligada a pagarle una retribución a la otra Entidad, según corresponda. (iii) Acuerdo celebrado para brindar los bienes, servicios u obras propios de la función que corresponde a la Entidad: El acuerdo se celebra para brindar los bienes, prestar los servicios o ejecutar las obras propias de la función que, por mandato legal, corresponde a las Entidades involucradas; de esta manera, no podrían ser materia de estos convenios, bienes, servicios u obras distintos a los antes indicados. (Opinión N.º 030-2017/DTN, de 03-02-2017, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KWO27r>).

§ 282. Si en virtud de alcanzar la finalidad perseguida con la suscripción de un convenio de colaboración, es menester que las Entidades realicen contrataciones de bienes y/o servicios, estas no se encontrarán excluidas de la normativa de contrataciones del Estado (art. 5.1.c). CONSULTA: 2.1.5. Adicionalmente, es importante mencionar que este supuesto excluido de la normativa de contrataciones del Estado [art. 5 literal c) de la Ley] se circunscribe a la celebración de los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga, y no a las contrataciones de bienes y/o servicios que las Entidades deban llevar a cabo para alcanzar la finalidad de tales convenios, las cuales sí se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse presente que, a partir de la celebración de un convenio, puede existir el compromiso de alguna de las partes de asumir a cuenta propia determinados costos y/o gastos administrativos para alcanzar la finalidad del convenio, lo que podría implicar la disposición de recursos del Estado, situación que no afecta la naturaleza no lucrativa del convenio, pues no se trataría de erogaciones de fondos públicos en beneficio de un contratista como retribución por sus prestaciones. Finalmente, debe tenerse presente que la determinación de la naturaleza de un convenio es de exclusiva responsabilidad de la Entidad, debiendo cuidar que, mediante la celebración del mismo, no se esté eludiendo la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. 2.1.6. De conformidad con lo expuesto, las Entidades pueden suscribir convenios de colaboración y otros de naturaleza análoga -de acuerdo con lo señalado en el literal c) del artículo 5 de la Ley- siempre que su contraparte sea otra Entidad, que sea celebrado para brindar los bienes, prestar los servicios o ejecutar las obras propios de la función que por mandato legal le corresponde y que no se persiga un fin lucrativo. La celebración de estos convenios se lleva a cabo sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, únicamente cuando que verifique la concurrencia de los requisitos antes referidos; sin embargo, las contrataciones de bienes y/o servicios que las Entidades deban llevar a cabo para alcanzar la finalidad de tales convenios, sí se encuentran dentro del ámbito de aplicación de dicha normativa. (Opinión N.º 030-2017/DTN, de 03-02-2017, ff. 2.1.5 y 2.1.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KWO27r>).

§ 283. Es posible que a partir de la celebración de un convenio de colaboración entre Entidades del Estado, una de ellas se obligue a asumir por cuenta propia determinados costos y/o gastos administrativos que impliquen disposición de recursos estatales en favor de la otra Entidad, siempre que no tengan la calidad de retribuciones (art. 5.1.c). CONSULTA: 2.1. “A partir de la celebración de un convenio de colaboración entre entidades del Estado, es posible que se generen compromisos de las partes para

cubrir determinados costos o gastos administrativos. ¿Las partes pueden acordar que una de ellas transferirá a la otra los fondos públicos necesarios para cubrir estrictamente los costos o gastos administrativos en que ésta última incurra para el cumplimiento de sus compromisos, especificándolos, sin considerar utilidad alguna en el presupuesto? ¿O la transferencia de fondos públicos entre las partes del convenio se encuentra absolutamente vedada? [...] 2.5. [...] Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse presente que de acuerdo con lo señalado en opinión anterior, a partir de la celebración de un convenio, puede existir el compromiso de alguna de las partes de asumir por cuenta propia determinados costos y/o gastos administrativos para alcanzar la finalidad del convenio, lo que podría haber implicado la disposición de recursos del Estado, situación que no afectaría la naturaleza no lucrativa del convenio, en tanto no se trate de erogaciones de fondos públicos en favor de la contraparte como retribución por el cumplimiento de sus obligaciones. No obstante, es necesario indicar que solo la celebración de los convenios se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. En cambio, aquellas contrataciones que la Entidad deba asumir para ejecutar y/o viabilizar dichos convenios sí deben realizarse conforme a dicha normativa, siempre que dichas contrataciones reúnan las condiciones de una contratación con el Estado. (Opinión N.º 049-2017/DTN, de 17-02-2017, ff. 2.1 y 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AZ2G9w>).

§ 284. Para que se configure el supuesto excluido del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, sujeto a supervisión del OSCE, es necesario que el acuerdo celebrado tenga por objeto que se brinden los bienes, servicios u obras propios de la función que por ley corresponde a cada Entidad que lo suscribe (art. 5.1.c). CONSULTA: 2. *“¿En el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, mediante convenio pueden dos entidades ejecutar un proyecto, en la que una de ellas siendo empresa estatal proveerá un bien, servicio u obra que no se encuentre dentro de su objeto social y la otra entidad pagará un monto pactado como precio?” [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1.* Para que se configure el supuesto excluido del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, sujeto a supervisión del OSCE, previsto en el literal c) del artículo 5 de la Ley, es necesario que el convenio de colaboración u otro de naturaleza análoga tenga las siguientes características: (i) acuerdo celebrado entre Entidades; (ii) acuerdo sin fin de lucro; y (iii) acuerdo celebrado para brindar los bienes, servicios u obras propios de la función que corresponde a la Entidad. 3.2. Es responsabilidad de cada Entidad determinar que los convenios celebrados reúnan las características antes descritas, debiendo cuidar que, a través de estos no se esté eludiendo la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. 3.3. El supuesto de inaplicación previsto en el literal c) del artículo 5 de la Ley se circunscribe a la celebración de los convenios de cooperación u otros de naturaleza análoga, y no a las contrataciones de bienes y/o servicios que para alcanzar la finalidad de tales convenios las Entidades deban llevar a cabo, puesto que de existir dichas contrataciones, las mismas deberán realizarse bajo los alcances de la Ley y el Reglamento. (Opinión N.º 097-2017/DTN, de 31-03-2017, ff. 2, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FWyK3L>).

§ 285. Las Entidades que celebren convenios, tanto con otras Entidades Públicas como con instituciones privadas, tienen la obligación, bajo responsabilidad, de determinar que los fines que persigan los mismos se ajusten a los parámetros legales vigentes y no se vulneren normas de orden público (art. 5.1.c). CONSULTA: 2.1. *“Una Entidad ‘A’, al amparo de un convenio marco y específico con una empresa ‘X’ viene recibiendo los servicios de diagnóstico por imágenes de esta última, mientras la Entidad ‘A’ cubre los gastos que corresponde a dicho servicio con fondos públicos ¿la relación convencional entre la Entidad ‘A’ y la empresa ‘X’ se encuentra dentro de los alcances del supuesto de convenio de colaboración considerado en la Ley de Contrataciones del Estado?” 2.2. “Así mismo, vía otro convenio específico entre la Entidad ‘B’ y la Entidad ‘A’ la primera de las mencionadas pretende adherirse a dicha relación convencional detallada en el anterior párrafo, para conjuntamente con la Entidad ‘A’ recibir dichos servicios además de abonarle los gastos que implican dichos servicios, más un porcentaje por gastos administrativos a favor de la Entidad ‘A’, ¿el convenio o subcontratación entre la Entidad ‘A’ y la Entidad ‘B’, que permite a esta última adherirse a la relación convencional inicialmente descrita, estaría o no dentro de los alcances de del supuesto de convenio de colaboración considerado en la Ley de Contrataciones del Estado?” [...] 3. CONCLUSIONES*



3.1. Para que se configure el supuesto excluido del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, sujeto a supervisión del OSCE, previsto en el literal c) del artículo 5 de la Ley, es necesario que el convenio de colaboración u otro de naturaleza análoga tenga las siguientes características: (i) acuerdo celebrado entre Entidades; (ii) acuerdo sin fin de lucro; y (iii) acuerdo celebrado para brindar los bienes, servicios u obras propios de la función que corresponde a la Entidad. 3.2. Si bien el numeral 86.4 del artículo 86 del T.U.O. de la Ley del Procedimiento Administrativo General, habilita a las Entidades a celebrar convenios con instituciones del sector privado, estos no deben ser desnaturalizados con el propósito de eludir la aplicación de los procedimientos previstos en la normativa de contrataciones del Estado. En esa medida, las Entidades que celebren convenios, tanto con otras Entidades Públicas como con instituciones privadas, tienen la obligación, bajo responsabilidad, de determinar que los fines que persigan los mismos se ajusten a los parámetros legales vigentes y no se vulneren normas de orden público, debiendo cuidar que, mediante su celebración, no se esté eludiendo indebidamente la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 041-2018/DTN, de 06-04-2018, ff. 2.1, 2.2, 3, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2E4qf4Q>).

§ 286. Cada Entidad es responsable de verificar si los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga que suscriba con otra Entidad configura el supuesto de inaplicación, que por medio de la suscripción de dicho convenio no se está pretendiendo eludir la aplicación de las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado (art. 5.1.c). CONSULTA: 2.1. “¿Cuál de las partes tendría la obligación de registrar los Convenios de Colaboración en el SEACE, la entidad solicitante (aquella favorecida con la prestación del bien, servicio u obra) o la entidad solicitada (aquella que presta el bien, servicio u obra, en el marco de su competencia y sin fines de lucro)?” 2.2. “¿Todos los convenios de colaboración interinstitucional u otros de naturaleza análoga deben ser registrados en el SEACE o solo aquellos que, en el marco de lo establecido en el numeral 88.2 del artículo 88 del TUO de la LPAG generen el pago de los gastos efectivos realizados cuando las acciones se encuentren fuera del ámbito de la actividad ordinaria de la entidad?”. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Todas las Entidades que son parte en un convenio de colaboración u otro de naturaleza análoga -conforme al literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley- deben realizar el registro del mismo en el SEACE, conforme a lo señalado en el numeral 11.4 de la Directiva N.º 008-2017-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 007-2019-OSCE/CD (D-007)]. 3.2. Independientemente de las implicancias del convenio -al que se refiere el literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley-, este debe ser registrado en el SEACE conforme a lo dispuesto en el numeral 11.4 de la Directiva N.º 008-2017-OSCE/CD. 3.3. Cada Entidad es responsable de verificar si los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga que suscriba con otra Entidad configura el supuesto de inaplicación previsto en el literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley y que por medio de la suscripción de dicho convenio no se está pretendiendo eludir la aplicación de las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 022-2018/DTN, de 09-02-2018, ff. 2.1, 2.2, 3, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DMeBKS>).

§ 287. La onerosidad diferencia una contratación bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones de un convenio entre Entidades (art. 5.1.c). 2.1.5. Ahora bien, tomando en consideración la premisa planteada al formular la presente consulta, corresponde realizar algunas precisiones respecto de la naturaleza de los acuerdos que celebran las Entidades. Al respecto, debe indicarse que en el ámbito administrativo, los acuerdos de voluntades en que sean partícipes las Entidades de la Administración Pública pueden distinguirse dependiendo de la finalidad perseguida por las partes con su celebración. Así, los contratos que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado son acuerdos en los que la contraparte de la Entidad persigue una finalidad lucrativa; en cambio, los convenios que celebran las Entidades carecen de dicha finalidad lucrativa por parte de su contraparte. Como se puede advertir, la principal característica que diferencia a los contratos celebrados bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado de los convenios es la onerosidad, la cual significa que el contratista presta los bienes, servicios u obras a la Entidad con la finalidad de obtener una retribución pecuniaria a cambio; en cambio, las partes de un convenio se obligan a ejecutar determinadas prestaciones sin la intención de obtener un beneficio económico (ganancia o utilidad).

De conformidad con lo expuesto, una característica determinante para definir si estamos ante un contrato o un convenio, es evaluar si dichos acuerdos persiguen, o no, un fin lucrativo, independientemente de la denominación que las partes le asignen; y en función de ello, se deberá determinar si corresponde aplicar los procedimientos previstos en la normativa de contrataciones del Estado o si dichos acuerdos no revisten la naturaleza de una contratación pública. [...] (Opinión N.º 195-2016/DTN, de 07-12-2016, f. 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rVvdJ9>).

§ 288. Los convenios de colaboración entre Entidades excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado no pierden su naturaleza no lucrativa cuando los costos administrativos son asumidos por las partes en virtud de dichos convenios (art. 5.1.c). CONSULTA: 2.1. *“¿Es suficiente que un convenio de colaboración suscrito entre Entidades implique algún pago con fondos públicos (como, por ejemplo, por concepto de costos y/o gastos administrativos) para que el mismo ostente el carácter de “oneroso” o “lucrativo” o, por el contrario, la “onerosidad” o el “lucro” se configura cuando la Entidad que presta los bienes, servicios u obras obtiene un beneficio económico (utilidad o ganancia) por la ejecución de esas prestaciones?”* [...] 3. CONCLUSIÓN: En aplicación del literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley, los convenios de colaboración entre Entidades excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, no pierden su naturaleza no lucrativa cuando los costos administrativos son asumidos por las partes en virtud de dichos convenios, puesto que su finalidad -que no consiste en generar ganancias o utilidades, sino otros beneficios tales como cooperación mutua, gestión especializada y otros de naturaleza análoga- no constituye un “pago” o “retribución” (como contraprestación) por las prestaciones ejecutadas por la contraparte; aspecto que corresponde ser evaluado por cada Entidad, a fin de determinar que a través de la celebración de dichos convenios no se esté eludiendo la aplicación de la normativa de contratación pública. (Opinión N.º 001-2018/DTN, de 05-01-2018, ff. 2.1. y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Mj32gN>).

§ 289. Los Convenios Interinstitucionales no requieren ser incluidos en el Plan Anual de Contrataciones (PAC), sin embargo, las contrataciones que se llevaran a cabo para alcanzar la finalidad perseguida por tales convenios si deben ser incluidas obligatoriamente en el PAC (art. 5.1.c). Véase la jurisprudencia del artículo 15º de la Ley [§ 427]. (Opinión N.º 114-2016/DTN, de 25-07-2015, ff. 2.1, 2.1.4 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SQATzA>).

NUMERAL 5.1.D

§ 290. En caso los organismos internacionales no hayan establecido exigencias y procedimientos específicos para la realización de contrataciones, la Entidad deberá realizarlas conforme a la normativa de contrataciones del Estado. Las contrataciones realizadas con organismos internacionales, a pesar de hallarse fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones, debe respetar los principios que rige toda contratación pública (art. 5.1.d). 2.2. [...] Es así que el literal v) del numeral 3.3 del artículo 3 de la Ley [cfr. art. 5.1.d de la Ley vigente] señala que se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado *“Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de organismos internacionales, Estados o entidades cooperantes, que se deriven de donaciones efectuadas por estos, siempre que dichas donaciones representen por lo menos el 25% del monto total de las contrataciones involucradas en el Convenio suscrito para tal efecto.”* Como se aprecia, se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado aquellas contrataciones que reúnan los siguientes requisitos: 1) Que se realicen de acuerdo a las exigencias y procedimientos específicos de organismos internacionales, Estados o Entidades cooperantes. Ello supone que tales organismos internacionales, Estados o Entidades cooperantes cuenten con procedimientos específicos formales de contratación. 2) Que se deriven de donaciones efectuadas por dichos organismos, Estados o Entidades cooperantes. 3) Que las referidas donaciones representen, al menos, el 25% del monto total de las contrataciones involucradas en el convenio suscrito para tal efecto. Al respecto, debe notarse que solo se encontrarán fuera del ámbito aquellas contrataciones que cumplan con los tres requisitos señalados anteriormente; en dicha medida, este supuesto de inaplicación no implica la posibilidad de realizar contrataciones directamente y en forma libre, pues estas deben

realizarse conforme a las exigencias y procedimientos específicos de los organismos internacionales, Estados o Entidades cooperantes, que resulten aplicables. Asimismo, debe señalarse que, en caso no se hayan establecido dichas exigencias, la Entidad deberá realizar las referidas contrataciones respetando la normativa de contrataciones del Estado. Adicionalmente, cabe precisar que estas contrataciones, aun cuando se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, tienen la obligación de observar los principios que rigen toda Contratación Pública, pues implican la erogación de fondos públicos. (Opinión N.º 071-2015/DTN, de 12-05-2015, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2sbDclw>).

§ 291. Requisitos para que procedan las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional (art. 5.1.d). 3.2. Las contrataciones efectuadas bajo el supuesto [...] previsto en el literal d) del artículo 5 de la Ley, deberán reunir los siguientes requisitos: (i) que se realicen de acuerdo a las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estados o Entidades cooperantes; (ii) que se deriven de donaciones efectuadas por dicha organización, Estados o Entidades cooperantes; y, (iii) que las referidas donaciones representen, al menos, el veinticinco por ciento del monto total de las contrataciones involucradas en el convenio suscrito para tal efecto, o, que en su defecto, dichas donaciones provengan de organismos multilaterales financieros. 3.3. Los contratos que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado son acuerdos en los que la contraparte de la Entidad persigue una finalidad lucrativa; en cambio, los convenios que se encuentran excluidos de dicho ámbito, son acuerdos en los que las partes se obligan a ejecutar determinadas prestaciones sin la intención de obtener un beneficio económico (ganancia o utilidad). (Opinión N.º 195-2016/DTN, de 07-12-2016, ff. 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rVvdJ9>).

NUMERAL 5.1.E

§ 292. La contratación de gobierno a gobierno no califica como contrato administrativo y se sujetan a las normas de Derecho Público de cada uno de los Estados contratantes (art. 5.1.e). [...] 2.6. Finalmente, en cuanto a las “contrataciones de gobierno a gobierno” debe indicarse que, si bien en los contratos a las que estas contrataciones dan origen una de las partes es un órgano u organismo de la administración pública del Estado Peruano, *la otra parte no es un particular, sino otro Estado; lo que determina que su naturaleza y características sean distintas a las del contrato administrativo* -que es el tipo de contrato que se celebra entre una Entidad y un particular, bajo el régimen general de contratación estatal establecido por la Ley de Contrataciones del Estado-, pese a que su finalidad también pueda ser la consecución de un fin vinculado con la satisfacción del interés público nacional. Al respecto, resulta ilustrativo citar a Juan Carlos Casagne, quien identifica como uno de los contratos excluidos del régimen general aplicable a la contratación administrativa, a los “contratos celebrados con Estados extranjeros”, conforme a lo siguiente: “[...] *el panorama que ofrece la contratación pública resulta tan complejo como variado, siendo difícil concebir un régimen jurídico unitario que agrupe y contenga todas las formas contractuales a las que acude el Estado para alcanzar sus fines. [...] Ello no quita que la categoría principal en el campo de la contratación pública, regida por el derecho interno, siga siendo la figura del contrato administrativo, sin dejar de reconocer otras especies contractuales, en la que se aplica preponderantemente el derecho internacional y, en menor medida, el derecho administrativo (con la posibilidad de aplicación analógica del derecho privado). Esto acontece con los contratos excluidos del régimen general aplicable a la contratación administrativa, como son “los contratos celebrados con Estados extranjeros,* con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien, total o parcialmente, con recursos provenientes de esos organismos”, así como “los comprendidos en operaciones de crédito público”. [El resaltado es nuestro]. Así, mientras que en el contrato administrativo celebrado en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, existe una evidente desigualdad entre las partes -si bien el privado colabora con la Entidad y goza de determinados derechos, la Entidad actúa en ejercicio de la función administrativa y representa al Estado, adquiriendo especiales prerrogativas que le permiten tutelar el interés público subyacente a la contratación- en el contrato derivado de una “contratación de

gobierno a gobierno”, las partes son órganos u organismos de la administración pública de cada Estado contratante -ambos soberanos-, que tutelan la satisfacción del interés público y bienestar de su respectiva nación. Cabe precisar que, dadas las características particulares de los contratos que derivan de una “*contratación de gobierno a gobierno*”, estos se sujetan a las normas del Derecho Público de cada uno de los Estados contratantes -el cual regula la competencia y formalidades para la expresión de la voluntad y demás aspectos vinculados con la tutela de los recursos públicos involucrados-, las normas del Derecho Internacional y las reglas propias del Comercio Internacional, cuando menos. (Opinión N.º 078-2012/DTN, de 19-07-2012, f. 2.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QP5BMg>).

§ 293. Cuanto la normativa de contrataciones del Estado hace referencia al “Estado Peruano” está aludiendo a todo órgano y organismo perteneciente a la Administración Pública (Ministerios, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales) (art. 5.1.e). 2.1. “*Cuando [el literal e] del artículo 5º de la Ley vigente] se refiere a “Contrataciones que realice el Estado Peruano” ;debe entenderse que esa alusión comprende a cualquiera de las entidades a que se refiere el artículo 3º de la Ley de Contrataciones del Estado, como por ejemplo los Ministerios, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, quienes actuarán a través de sus instancias competentes.” 2.1.2.* En este punto debe indicarse que de la revisión de los antecedentes de la presente consulta, se advierte que esta se encuentra referida al supuesto excluido previsto en el literal e) del artículo 5º de la Ley, el cual indica a su tenor que se encuentran excluidos de la aplicación de la Ley pero sujetos a supervisión del OSCE “*Las contrataciones que realice el Estado Peruano con otro Estado, siempre que ese otro Estado realice las prestaciones de bienes, servicios u obras, a través de sus propios organismos, dependencias o empresas de propiedad estatal*”. (El resaltado es agregado). [...] En adición a lo señalado hasta este punto, es importante mencionar que a pesar que la Administración Pública se encuentra conformada por diferentes entidades, órganos, organismos, dependencias, entre otros, esto no implica que tratándolos de manera individual -en el marco normativo, en el contexto de la competencia particular de cada entidad- nos encontremos frente a una figura distinta a la del Estado, toda vez que el artículo 43 de la Constitución establece que “*El Estado es uno e indivisible*” y “*Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes*”. En ese sentido, cabe decir que con el fin de garantizar los derechos e intereses públicos, cada Estado cuenta con una determinada estructura organizada de órganos y organismos con competencias específicas -lo que no enerva su calidad de único e indivisible- de tal modo que pueda llevarse a cabo el cumplimiento de las funciones estatales y es a dicha organización estructural a la cual se la ha denominado “Administración Pública”. **2.1.3.** Ahora bien, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, cuando el artículo 3 de la Ley desarrolla el criterio subjetivo de su ámbito de aplicación señalando a los órganos y organismos que son comprendidos bajo el término genérico de “Entidad”, está refiriéndose justamente a todos los órganos y organismos pertenecientes a la Administración Pública que conforma al Estado Peruano, porque es precisamente el Estado el que forma parte en los contratos celebrados bajo este régimen jurídico de derecho público. De lo expuesto se advierte que cuando la normativa de contrataciones del Estado hace referencia al “*Estado Peruano*” -como en el caso [...] del artículo 5 de la Ley- está aludiendo a todo órgano y organismo perteneciente a la Administración Pública del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley. (Opinión N.º 239-2017/DTN, de 07-11-2017, ff. 2.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RX9vmD>).

§ 294. La Ley de Presupuesto del Sector Público regula aspectos relacionados con el proceso de contratación que debe seguir el Estado Peruano para contratar directamente con otro Estado, precisando que dichas contrataciones se sujetan a los alcances del comercio internacional, sin perjuicio de la obligación de cumplir con la legislación nacional en los actos previos a la contratación (art. 5.1.e). CONSULTA: **2.1.** *¿Se encuentra vigente la Trigésima Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 29951, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, para los efectos de determinar el marco legal aplicable en la fase de actos preparatorios, para el caso de las contrataciones que realice el Estado Peruano con otro Estado, establecida en el literal e) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por la Ley N.º 30225 y modificatorias? [...] 2.1.5.* [La] Trigésima Disposición Final de la Ley N.º 29951, “Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013”,

regula aspectos relacionados con el proceso de contratación que debe seguir el Estado Peruano para contratar con otro Estado, precisando que dichas contrataciones se sujetan a los alcances del comercio internacional, sin perjuicio de la obligación de cumplir con la legislación nacional en los actos previos a la contratación, además de ello, dispone una serie de requisitos y obligaciones que deben cumplirse para su formalización. Por su parte, el numeral 3-A.5 del artículo 3-A del Reglamento se limita a establecer los documentos necesarios (informe técnico y legal) para poder verificar si efectivamente se ha configurado dicho supuesto excluido, sin llegar a establecer una regulación particular respecto del proceso o las etapas que deben seguir dichas contrataciones. Como puede notarse, la Trigésima Disposición Final de la Ley N.º 29951 y el numeral 3-A.5 del artículo 3-A del Reglamento están vinculados a situaciones distintas, toda vez que la primera norma regula determinados aspectos aplicables a las contrataciones que realiza el Estado Peruano con otro Estado, mientras que el segundo dispositivo se circunscribe únicamente a precisar la forma en que debe sustentarse la configuración de uno de los supuestos sobre la base del cual se inaplica la normativa de contrataciones del Estado. En tal sentido, puede evidenciarse que no existe incompatibilidad entre ambos dispositivos, toda vez que estos regulan distintos escenarios, correspondiendo a cada Entidad aplicar las disposiciones que resulten pertinentes, tanto para acreditar la configuración del supuesto excluido, como para llevar a cabo el respectivo proceso de contratación. (Opinión N.º 060-2018/DTN, de 30-04-2018, ff. 2.1 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QyKx0P>).

NUMERAL 5.1.F

§ 295. Para contratar con proveedores no domiciliados en el país, no es necesario que el proveedor se encuentre inscrito en el Registro Nacional de Proveedores. Las contrataciones que se lleve a cabo con proveedores extranjeros no domiciliados en el país no se encontrarán comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, cuando la prestación se ejecute mayoritariamente en el extranjero (art. 5.1.f). CONSULTA: **2.1.** *“En las contrataciones efectuadas al amparo del literal f) del artículo 5º de la Ley de Contrataciones del Estado vigente, ¿resulta necesario que el proveedor no domiciliado en el país se encuentre inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)?”* **2.2.** *“¿La contratación de un bien y/o servicio menor o igual a 8 UIT prestado por un proveedor no domiciliado en el país se encuentra dentro de la condición de contrataciones donde “se sustente la imposibilidad de realizar la contratación a través de los métodos de contratación de la presente Ley” prevista en el literal f) del artículo 5º de la Ley de Contrataciones del Estado vigente, ya que en estas contrataciones (menores o iguales a 8 UIT) no se utilizan los métodos de contrataciones previstos en la ley? De ser así, ¿en este supuesto se debe exigir que el proveedor se encuentre inscrito en el RNP?”* **2.3.** *“¿La contratación de un proveedor no domiciliado en el país donde la prestación del servicio se brindará desde el país de origen del proveedor, es decir, en el extranjero, se encuentra dentro de la condición de contrataciones en donde “el mayor valor de las prestaciones se realice en el territorio extranjero” previsto en el literal f) del artículo 5º de la Ley de Contrataciones del Estado vigente? De ser así, ¿en este supuesto se debe exigir que el proveedor se encuentre inscrito en el RNP?”* [...] **3. CONCLUSIONES.** **3.1.** Para contratar con proveedores no domiciliados en el país, bajo el supuesto excluido del ámbito de aplicación sujeto a supervisión previsto en el literal f) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley, no es necesario que el proveedor se encuentre inscrito en el Registro Nacional de Proveedores. **3.2.** Las contrataciones iguales o inferiores a ocho (8) UIT, cualquier sea su objeto, están fuera del ámbito de la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, pero bajo la supervisión del OSCE, encontrándose obligados los proveedores que realizarán dichas contrataciones a estar inscritos en el RNP, salvo que los montos de las mismas sean iguales o menores a una (1) UIT. **3.3.** Las contrataciones iguales o inferiores a ocho (8) UIT, sin importar su objeto o la procedencia del proveedor, se enmarcan en el supuesto de exclusión previsto el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley, mientras que aquellas realizadas con proveedores no domiciliados en el país cuando se cumpla alguna de las tres condiciones descritas en el literal f) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley se realizan -en virtud de dicho literal- fuera del ámbito de la normativa de contrataciones del Estado. **3.4.** Las contrataciones que las Entidades lleven a cabo con proveedores extranjeros no domiciliados en el país no se encontrarán comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado -entre otros ca-

sos-, cuando la prestación se ejecute mayoritariamente en el extranjero. (Opinión N.º 113-2017/DTN, de 12-05-2017, ff. 2.1, 2.2, 2.3, 3, 3.1, 3.2, 3.3 y 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QIt7KR>).

§ 296. Para contratar con proveedores no domiciliados en el país, bajo el supuesto excluido del ámbito de aplicación sujeto a supervisión no será necesario que el proveedor se encuentre inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (art. 5.1.f). 2.3. Ahora bien, en aplicación del principio de competencia funcional y territorial de las normas, si el proveedor con el que se tenga que contratar directamente es un extranjero no domiciliado en el país y tal contratación tiene que realizarse en el país de dicho contratante no domiciliado, será aplicable la ley del lugar o país en que se celebre dicho acto, tanto para la celebración del contrato como para el contenido contractual. Lo expuesto, guarda concordancia con lo establecido en el artículo 2095 del Código Civil, el mismo que resulta de aplicación supletoria conforme con lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento; según el mencionado artículo, *“Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada ésta, por la ley del lugar de celebración. // Si el lugar de cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración”*. En dicho sentido, si bien dentro del Reglamento no se ha establecido una excepción para este supuesto de manera expresa, en aquellas contrataciones realizadas con un proveedor no domiciliado en el país, donde no se van a utilizar los métodos de contratación previstos en la normativa de contrataciones del Estado, no resultarían aplicables las disposiciones previstas en esta, con lo cual se entiende que la obligación del proveedor de encontrarse inscrito en el RNP, no es exigible. Finalmente, debe mencionarse que distinto es el caso en el cual, una Entidad va requerir contratar con un proveedor no domiciliado en el país, a través de los métodos de contratación previstos en la normativa, para lo cual efectivamente sí se requerirá que dicho proveedor se encuentre inscrito en el RNP, debiendo para ello cumplir con los requisitos previstos en el numeral 5 del artículo 238 del Reglamento [cfr. Anexo N.º 2 (2. Procedimiento de inscripción en el RNP) del Nuevo Reglamento]. (Opinión N.º 073-2016/DTN, de 17-05-2016, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PFaSkK>).

§ 297. En las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país excluidas del ámbito de aplicación de la ley de acuerdo al literal f) del numeral 5.1 de la Ley de Contrataciones con el Estado, independientemente del monto, no será aplicable la obligación de contar con RNP (art. 5.1.f). CONSULTA: 2.2. *“¿Si el bien a adquirir se encuentra bajo el supuesto que cita el literal f) del subnumeral 1 del artículo 5 de la Ley, y de acuerdo al estudio de mercado, este determina que el valor referencial es menor a 8 Unidades Impositivas Tributarias, es necesario que la Entidad solicite al proveedor extranjero su Registro Nacional de Proveedores?”. [...] 2.2.2 [...] En esa medida, independientemente del monto que implique la contratación, lo determinante para la configuración de la primera condición establecida en el supuesto excluido previsto literal f) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley, es que se acredite la imposibilidad de efectuar la contratación a través de los métodos de contratación contemplados en la normativa de contrataciones del Estado, según lo desarrollado en la presente opinión. En virtud de lo expuesto, cuando el supuesto de exclusión invocado se sustente en alguna de las condiciones establecidas en el literal f) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley -*independientemente del monto que implique dicha contratación*- no resultará aplicable la obligación de contar con RNP. (Opinión N.º 147-2018/DTN, de 13-09-2018, ff. 2.2 y 2.2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TU4dqj>).*

§ 298. Sentido y alcance del término “imposibilidad” contenida en literal f) del artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado (art. 5.1.f). CONSULTA: 2.1. *“¿Cuál es el alcance de la “imposibilidad” prescrita en el Literal f) del artículo 5º de la Ley N.º 30225 - Ley de Contrataciones del Estado” [...] 3.1.* Para que el supuesto previsto en el literal f) del artículo 5 de la Ley se configure, será necesario que concurren dos condiciones: (i) la inexistencia de proveedores en el mercado nacional en capacidad de prestar el bien o servicio requerido para satisfacer la necesidad; y (ii) se demuestre la imposibilidad

de realizar la contratación a través de los métodos previstos en la normativa de contrataciones del Estado. **3.2.** El sentido y alcance del término “imposibilidad” en el contexto del literal f) del artículo 5 de la Ley es sustentar y demostrar que efectivamente, resulta imposible contratar con un determinado proveedor no domiciliado en el país, bajo la normativa de contrataciones del Estado. **3.3.** Comprobar la inexistencia de proveedores nacionales con capacidad de prestar el bien o servicio requerido para satisfacer la necesidad de la Entidad, es esencial. Para dicho efecto, corresponde a cada Entidad realizar las indagaciones, estudios, análisis y/o averiguaciones que considere necesarias o pertinentes, de forma tal que pueda comprobarse que no existe otro proveedor en el mercado nacional con la capacidad de satisfacer la necesidad requerida. (Opinión N.º 101-2016/DTN, de 12-07-2016, ff. 2.1, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ez9yig>).

§ 299. Para contratar con proveedores no domiciliados en el país, bajo el supuesto excluido del ámbito de aplicación sujeto a supervisión previsto en el literal f) del artículo 5 de la Ley, no será necesario que el proveedor se encuentre inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (art. 5.1.f). CONSULTA: **2.2.** “Bajo la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, ¿puede la Entidad adquirir bienes o servicios de proveedores no domiciliados en el país sin representante legal ni apoderado en el país, fuera del territorio nacional, que no se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Proveedores - RNP? (...)”. **2.2.1.** Sobre el particular, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona, natural o jurídica, que cumpla con los requisitos previstos en esta, pueda ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones que las Entidades llevan a cabo para abastecerse de bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Así, debe indicarse que de conformidad con lo previsto en el segundo párrafo del numeral 46.1 del artículo 46 de la Ley, para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista del Estado se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), precisándose que en el caso de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley sujetos a supervisión, el Reglamento establecerá las condiciones para su inscripción así como sus excepciones. En esa línea, conforme al análisis realizado en la consulta anterior, en aquellas contrataciones realizadas con un proveedor no domiciliado en el país, donde no se van a utilizar los métodos de contratación previstos en la normativa de contrataciones del Estado por encontrarse del supuesto excluido del ámbito de aplicación sujeto a supervisión prevista en el literal f) del artículo 5, no resultarían aplicables las disposiciones previstas en esta, con lo cual se entiende que la obligación del proveedor de encontrarse inscrito en el RNP, no es exigible. Finalmente, como ya se ha mencionado al absolver la primera consulta, distinto es el caso en el cual, una Entidad va requerir contratar con un proveedor no domiciliado en el país, a través de los métodos de contratación previstos en la Ley, para lo cual efectivamente sí se requerirá que dicho proveedor se encuentre inscrito en el RNP, debiendo para ello cumplir con los requisitos previstos en el numeral 5 del artículo 238 del Reglamento [cfr. Anexo N.º 2 (2. Procedimiento de inscripción en el RNP) del Nuevo Reglamento]. (Opinión N.º 102-2016/DTN, de 12-07-2016, ff. 2.2 y 2.2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Er2frV>).

§ 300. Alcances sobre las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país (art. 5.1.f). **2.2.** [...] [La] contratación en el extranjero presupone que la Entidad haya determinado previamente la inexistencia en el mercado nacional de alguna oferta que satisfaga su necesidad en las condiciones requeridas. **2.3.** En lo que respecta a la primera condición, debe indicarse que existe un principio general de derecho que es el de competencia funcional y territorial de la legislación, del cual se extrae que las normas de un sistema jurídico se aplican a los hechos, situaciones y relaciones jurídicas producidas o celebradas dentro del territorio nacional. Por consiguiente, su aplicación no podría extenderse a situaciones o relaciones jurídicas acaecidas en territorio extranjero, como sucede cuando alguna de las prestaciones del contrato se ejecuta fuera del país. En cuanto a la segunda condición, debe indicarse que de la revisión conjunta de los artículos 63º y 76º de la Constitución Política, se desprende que la normativa de contrataciones del Estado será aplicable cada vez que una Entidad del sector público peruano contrate con una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, domiciliada en el Perú. [...] Establecer esta última condición responde, principalmente, a tres razones: (i) la naturaleza excepcional de una causal de inaplicación de la Ley; (ii) las cautelas que mantiene el Estado cuando contrata

sometido a sus normas internas; y (iii) las políticas de fomento e incentivo en el ámbito del sistema de contratación estatal, tal como lo ha señalado este Organismo Supervisor en anteriores oportunidades. De esta manera, la realización de una contratación en el extranjero implica la configuración de las tres condiciones antes detalladas. **2.4.** En virtud de lo expuesto, debe indicarse que se encuentran comprendidas [...] las contrataciones, sea para la obtención de bienes o la prestación de servicios, en las que se verifiquen las siguientes condiciones: (i) que la prestación requerida por la Entidad se ejecute mayoritariamente en territorio extranjero; (ii) que el proveedor que ejecutará dicha prestación no se encuentre domiciliado en el país; y (iii) que no exista proveedor en el mercado nacional que pueda satisfacer la necesidad de la Entidad en las condiciones requeridas. Ahora bien, corresponde a cada Entidad discernir si en una determinada contratación de bienes se configuran las condiciones que la habiliten a realizar dicha contratación en el extranjero; para tal efecto, será necesario analizar las características y términos particulares de la contratación, así como si el estudio de posibilidades que ofrece el mercado determinó la inexistencia de proveedores nacionales, el domicilio del proveedor, los términos internacionales de comercio (INCOTERMS) utilizados, el lugar o lugares de entrega del bien o bienes, la forma de pago, las prestaciones accesorias a ser ejecutadas, etc. (Opinión N.º 009-2011/DTN, de 03-01-2011, ff. 2.2 al 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Wqd2te>).

§ 301. Contratación con proveedores extranjeros (art. 5.1.f). 2.3.2. [...] [En] virtud [de la Ley] se excluye del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones al “contrato internacional” o contratación en el extranjero, que las Entidades llevan a cabo con proveedores no domiciliados en el país para la obtención de determinados bienes o servicios. [...] [P]ara que una Entidad pueda llevar a cabo una contratación en el extranjero, debe constatar previamente la inexistencia de proveedores en el mercado nacional en capacidad de prestarle el bien o servicio requerido para satisfacer su necesidad. Para tal efecto, la Entidad debe realizar un estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, producto del cual se advierta que el bien o servicio requerido no puede ser prestado por ningún proveedor en el mercado nacional, tal como lo ha señalado este Organismo Supervisor en opiniones previas. Cabe precisar que la necesidad de verificar la inexistencia de proveedores en el mercado nacional como condición para llevar a cabo una contratación en el extranjero responde, principalmente, a las siguientes razones: la naturaleza excepcional de los supuestos de inaplicación de la Ley, las cautelas que mantiene el Estado cuando contrata sometido a sus normas internas en salvaguarda de los fondos públicos involucrados, y la existencia de políticas de fomento e incentivo en la contratación estatal. De esta manera, para que una Entidad pueda llevar a cabo una contratación en el extranjero, es necesario que se cumplan las siguientes condiciones: (i) que la prestación requerida por la Entidad - bienes o servicios- se ejecute mayoritariamente en territorio extranjero; (ii) que el proveedor que ejecutará dicha prestación no se encuentre domiciliado en el país; y (iii) que no exista proveedor en el mercado nacional en capacidad de prestar el bien o servicio requerido por la Entidad para satisfacer su necesidad. Por último, debe indicarse que, dado que las contrataciones en el extranjero se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, los proveedores extranjeros no requieren inscribirse en el RNP para participar en estas contrataciones. **2.3.3.** De conformidad con lo expuesto, debe indicarse que requieren inscribirse en el RNP las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que vayan a participar en las contrataciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. En cambio, los proveedores extranjeros no requieren inscribirse en el RNP para participar en las contrataciones en el extranjero que llevan a cabo las Entidades, pues estas contrataciones se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. Cabe precisar que el hecho de que un proveedor extranjero se encuentre inscrito en el RNP no representa un obstáculo para que este participe en una contratación en el extranjero, siempre que mantenga su condición de no domiciliado en el país, dado que esta es una condición necesaria en este tipo de contrataciones, como se ha señalado en la presente opinión. (Opinión N.º 084-2011/DTN, de 04-10-2011, ff. 2.3.2 y 2.3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SbjIfu>).

§ 302. Los proveedores extranjeros no domiciliados que no cuenten con representante legal o apoderado en el Perú pueden participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado

la provisión de bienes sofisticados y/o servicios especializados, siempre que se encuentran inscritos en el Registro Nacional de Proveedores (art. 5.1.f). Véase la jurisprudencia del artículo 9° del Nuevo Reglamento [§ 986]. (Opinión N.º 103-2016/DTN, de 13-06-2016, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ltu5X>).

CAPÍTULO II

AUTORIDAD RESPONSABLE DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN

Artículo 6: Organización de los procesos de contratación

6.1 Los procesos de contratación son organizados por la Entidad, como destinataria de los fondos públicos asignados a la contratación.

6.2 Mediante convenio una Entidad puede encargar a otra Entidad las actuaciones preparatorias y/o el procedimiento de selección.

6.3 Excepcionalmente, también puede encargarse las actuaciones preparatorias y/o procedimientos de selección a organismos internacionales debidamente acreditados, previa autorización expresa, siguiendo las condiciones de transparencia, auditabilidad y rendición de cuentas; el reglamento desarrolla los requisitos que deben cumplir los objetos contractuales y demás condiciones para efectuar el encargo. Tales procedimientos de selección deben ser acordes con los principios que rigen la contratación pública y con los tratados o compromisos internacionales que incluyen disposiciones sobre contratación pública suscritos por el Perú.

6.4 El convenio entre la Entidad y el organismo internacional debe incluir cláusulas que establezcan la obligación de remitir la documentación referida a la ejecución del convenio por parte del organismo internacional. Esta información debe ser puesta en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y de los órganos que conforman el Sistema Nacional de Control, cuando estos lo soliciten.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

DEFINICIONES

ORGANISMOS INTERNACIONALES: Es toda organización instituida por dos o más Estados soberanos mediante un tratado u otro instrumento regido por el derecho internacional público, que se encuentra dotada de personalidad jurídica internacional propia y que se encuentra debidamente acreditada en el Perú, a través del sector competente. Además de los Estados, los Organismos Internacionales pueden contar entre sus miembros con otras entidades públicas.

OPINIONES DEL OSCE

NUMERAL 6.2

§ 303. Las entidades, mediante convenio interinstitucional pueden encargar la realización de las actuaciones preparatorias y/o el procedimiento de selección a otras entidades, mas no la ejecución contractual (art. 6.2). 2.1.2. Por otra parte, se advierte que el encargo a que se refiere la consulta es aquel previsto en el artículo 6 de la Ley, el mismo que disponía que dicho encargo se realiza solamente entre Entidades. Así, el segundo párrafo del citado artículo señala que “Mediante convenio una Entidad puede encargar a otra Entidad las actuaciones preparatorias y/o el procedimiento de selección.” (El subrayado es agregado). Adicionalmente, el primer párrafo del artículo 94 del Reglamento precisa que “Una Entidad puede encargar a otra Entidad pública, mediante convenio interinstitucional, la realización de las actuaciones preparatorias y/o el procedimiento de selección que aquella requiera (...).” (El subrayado es agregado). Como puede apreciarse, la normativa de contrataciones del Estado permite que las Entidades, mediante convenio interinstitucional, encarguen la realización de las actuaciones

preparatorias y/o el procedimiento de selección a otras Entidades públicas, mas no la ejecución contractual, ello en aplicación del principio de legalidad previsto en la Ley N.º 27444 “Ley del Procedimiento Administrativo General”, en atención al cual la actuación de la administración pública debe sujetarse a lo expresamente dispuesto en las normas correspondientes. (Opinión N.º 122-2016/DTN, de 02-08-2016, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CGXcRX>).

§ 304. El encargo de un proceso de selección a otra Entidad pública se mantiene hasta que el otorgamiento de la Buena Pro quede consentido o administrativamente firme. Si durante la ejecución de un contrato de obra, cuyo procedimiento de selección fue objeto de encargo, surge la necesidad de aprobar prestaciones adicionales, estas deben ser aprobadas por el Titular de la Entidad encargante (art. 6.2). Véase la jurisprudencia del artículo 109º del Nuevo Reglamento [§ 1553]. (Opinión N.º 109-2016/DTN, de 18-07-2016, ff. 2.2 al 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DhK064>).

§ 305. El encargo a otra Entidad tiene por objeto el desarrollo del proceso de selección (art. 6.2). Véase la jurisprudencia del artículo 109º del Nuevo Reglamento [§ 1555]. (Opinión N.º 047-2011/DTN, de 04-05-2011, f. 2.2, conclusiones. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2I0Fy1>).

NUMERAL 6.3

§ 306. Según la normativa anterior, las Entidades no podían encargar sus actos preparatorios ni procedimientos de selección a organismos internacionales (art. 6.3). 2.1.2. [...] [La] normativa de contrataciones del Estado vigente permite que las Entidades, mediante convenio interinstitucional, encarguen la realización de las actuaciones preparatorias y/o el procedimiento de selección de sus contrataciones a otras Entidades públicas. Sin embargo, la posibilidad de que las Entidades encarguen la realización de las actuaciones preparatorias y/o los procesos de selección de sus contrataciones a organismos internacionales no ha sido prevista por la normativa de contrataciones del Estado vigente, motivo por el cual debe concluirse que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N.º 30225 y su Reglamento, no es posible que las Entidades suscriban nuevos convenios con organismos internacionales con el objeto de encargar la realización de las actuaciones preparatorias y/o los procedimientos de selección de sus contrataciones. En este punto, debe señalarse que la prohibición establecida a partir de la entrada en vigencia de la Ley N.º 30225 y su Reglamento respecto a que las Entidades no pueden encargar sus actos preparatorios ni procedimientos de selección a organismos internacionales, tiene por finalidad realizar un adecuado control de la legalidad de la ejecución de los recursos públicos; es decir, se pretende evitar que las Entidades evadan la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado o las normas de control aplicables, a través del encargo de sus actos preparatorios y procesos de selección a organismos internacionales. (Opinión N.º 076-2016/DTN, de 25-05-2016, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2NtvFby>).

§ 307. Etapas en la contratación pública. A través de convenios las Entidades pueden encargar la realización de sus contrataciones, tal encargo debe realizarse conforme a las disposiciones del Reglamento (art. 6.3). CONSULTA: 2.1. “*Conforme al último párrafo del artículo 6º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N.º 1017 y sus modificatorias; así como su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N.º 184-2008-EF y sus modificatorias, ¿el proceso de selección por encargo a través de un Organismo Internacional sería la única modalidad que tendría una entidad pública para suscribir un convenio a efectos de realizar un proceso de selección por encargo?*” [...] 2.1.1. [...] De acuerdo con la Ley y su Reglamento, la contratación pública presenta tres etapas: (i) actos preparatorios, (ii) proceso de selección; y (iii) ejecución contractual, las que normalmente son realizadas por la propia Entidad que tiene la necesidad de contratar. No obstante, el tercer párrafo del artículo 6 de la Ley [cfr. art. 6.3 de la Ley vigente] permite que las Entidades celebren convenios para encargar la realización de sus contrataciones, de acuerdo con los procedimientos y formalidades que se establezcan en el Reglamento. Al respecto, el primer párrafo del artículo 86 del Reglamento dispone que “Por razones económicas o de especialidad en el objeto de la convocatoria, una Entidad podrá encargar a otra Entidad pública o privada, nacional o internacional u organismos internacionales, mediante convenio

interinstitucional, la realización del proceso de selección que aquélla requiera para la contratación de bienes, servicios y obras, previo informe técnico legal que sustente la necesidad y viabilidad del Encargo, el mismo que será aprobado por el Titular de la Entidad.” [...]. Como se advierte, si bien el artículo 6 de la Ley establece que a través de convenios las Entidades pueden encargar la realización de sus contrataciones, también indica que tal encargo debe realizarse conforme a las disposiciones del Reglamento, el cual, en su artículo 86 [cfr. art. 101 del Nuevo Reglamento], precisa que el encargo está referido únicamente al proceso de selección y señala los requisitos y formalidades aplicables a todos los tipos de encargo. Así, de acuerdo con el mencionado artículo, el encargo se realiza por “razones económicas o de especialidad en el objeto de la convocatoria”, mediante la celebración de un “convenio interinstitucional”, entre la Entidad encargante y la entidad u organismo encargado, previo “informe técnico legal que sustente la necesidad y viabilidad del encargo”, con la aprobación del Titular de la Entidad. (Opinión N.º 076-2014/DTN, de 13-10-2014, ff. 2.1 y 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QFNB7K>).

§ 308. Definición de normas de carácter general. Para efectuar un encargo a un organismo internacional no se requiere contar con una autorización del MEF (art. 6.3). Véase la jurisprudencia del artículo 109º del Nuevo Reglamento [§ 1554]. (Opinión N.º 217-2017/DTN, de 02-10-2017, ff. 2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EqqR5a>).

Artículo 7: Compras corporativas

Varias Entidades pueden consolidar la contratación de bienes y servicios para satisfacer sus necesidades comunes, mediante un procedimiento de selección único, a fin de alcanzar condiciones más ventajosas para el Estado a través de la agregación de demanda, conforme a lo establecido en el reglamento. Asimismo, las Entidades participan de las compras corporativas obligatorias a cargo de la Central de Compras Públicas-Perú Compras, conforme a las disposiciones establecidas por esta Entidad.

(Texto modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

Artículo 8: Funcionarios, dependencias y órganos encargados de las contrataciones

8.1 Se encuentran encargados de los procesos de contratación de la Entidad:

- a) El Titular de la Entidad, que es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y su reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación de bienes, servicios y obras.
- b) El Área Usuaria, que es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación o, que dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias, que colabora y participa en la planificación de las contrataciones, y realiza la verificación técnica de las contrataciones efectuadas a su requerimiento, para su conformidad.
- c) El Órgano Encargado de las Contrataciones, que es el órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento de la Entidad, incluida la gestión administrativa de los contratos.

La Entidad puede conformar comités de selección, que son órganos colegiados encargados de seleccionar al proveedor que brinde los bienes, servicios u obras requeridos por el área usuaria a través de determinada contratación. El reglamento establece su composición, funciones, responsabilidades, entre otros.

8.2 El Titular de la Entidad puede delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente norma le otorga. Puede delegar, al siguiente nivel de decisión, las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra. La declaración de nulidad de oficio y la aprobación de las contrataciones directas no pueden ser objeto de delegación, salvo lo dispuesto en el reglamento.

8.3 El reglamento establece otros supuestos en los que el Titular de la Entidad no puede delegar la autoridad otorgada.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES Y OPINIONES DEL OSCE

NUMERAL 8.1.A

§ 309. Para la ejecución de prestaciones adicionales de obra se necesita la conformidad del Titular de la Entidad o del servidor a quien se le hubiese delegado dicha función (art. 8.1.a). CONSULTA: 2. “Al amparo de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, ¿Quién es el órgano competente para aprobar prestaciones adicionales de obra en Empresas del Estado?”. 2.1. En primer lugar, debe señalarse que el numeral 34.3 del artículo 34 de la Ley otorga a la Entidad la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales de obra, hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados. Al respecto, es importante indicar que el Anexo Único del Reglamento “Anexo de Definiciones” define a la “Prestación adicional de obra” como “*Aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional.*” En esa medida, una Entidad puede ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales de obra, hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, cuando estas no se encuentren previstas en el expediente técnico ni en el contrato original y siempre que su ejecución sea indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal. 2.2. Adicionalmente, el numeral 175.1 del artículo 175 del Reglamento [cfr. art. 205.1 del Nuevo Reglamento] establece que “*Solo procede la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal, según las reglas previstas en la normatividad del Sistema Nacional de Presupuesto Público y con la resolución del Titular de la Entidad o del servidor del siguiente nivel de decisión a quien se hubiera delegado esta atribución y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, no excedan el quince por ciento (15%) del monto del contrato original.*” (El subrayado es agregado). Como se aprecia, para la ejecución de prestaciones adicionales de obra es necesario contar con la certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal y con la autorización del funcionario competente; en este punto, es importante señalar que el numeral 8.2 del artículo 8 de la Ley establece que el Titular de la Entidad puede delegar, mediante resolución, al siguiente nivel de decisión, la autorización de prestaciones adicionales de obra. En tal sentido, de conformidad con lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, las empresas del Estado, luego de verificar el cumplimiento de todos los presupuestos legales previstos para dicho fin, deben aprobar la ejecución de prestaciones adicionales de obra a través de una resolución emitida por el Titular de la Entidad o por el servidor del siguiente nivel de decisión, en el caso que la atribución de autorizar el adicional de obra hubiera sido objeto de delegación. En relación con lo expuesto, debe tenerse en cuenta que el literal a) del numeral 8.1 del artículo 8 de la Ley señala que el Titular de la Entidad es “*(...) la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y su reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación de bienes, servicios y obras.*”. (Opinión N.º 031-2018/DTN, de 14-03-2018, ff. 2 al 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SgCRsE>).

NUMERAL 8.1.B

§ 310. El requerimiento formulado por el área usuaria no debe incluir requisitos y/o exigencias irracionales, innecesarias o que no sean congruentes con el objeto de la contratación (art. 8.1.b). 2.2.1. [...] [Es] preciso mencionar que de acuerdo con el numeral 16.2 del artículo 16

de la Ley, las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico deben permitir el acceso al proceso de contratación en condiciones de igualdad y no tienen por efecto la creación de obstáculos ni direccionamiento que perjudiquen la competencia en el mismo. En esa misma línea, el artículo 8 del Reglamento [cfr. art. 29 del Nuevo Reglamento] señala que al definir el requerimiento no deben incluirse exigencias desproporcionadas al objeto de la contratación, irrazonables e innecesarias referidas a la calificación de los potenciales postores que limiten o impidan la concurrencia de los mismos u orienten la contratación hacia uno de ellos. Como se puede advertir, el requerimiento formulado por el área usuaria no debe incluir requisitos y/o exigencias irracionales, innecesarias o que no sean congruentes con el objeto de la contratación; asimismo, debe permitir -en principio-, la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de proveedores, ello en coherencia con los principios de Libertad de Concurrencia, Igualdad de Trato y Competencia, previstos en el artículo 2 de la Ley. En esa medida, cada Entidad, es responsable de cautelar que al momento formular el requerimiento no se incluyan requisitos o exigencias desproporcionales al objeto de la contratación, irrazonables o innecesarias, referidas a la calificación de los potenciales postores, que limiten o impidan la concurrencia de los mismos u orienten la contratación hacia alguno de ellos [...]. (Opinión N.º 106-2018/DTN, de 12-07-2018, f. 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FLThYC>).

§ 311. El Área usuaria define las especificaciones técnicas, en favor de la concurrencia de postores (art. 8.1.b). 3.1. El área usuaria es la responsable de definir con precisión las especificaciones técnicas, de tal forma que no oriente la adquisición hacia un postor, o hacia una marca, fabricante o tipo de producto específico, permitiendo la concurrencia de pluralidad de postores; ello, además de cumplir con los principios que rigen las contrataciones del Estado, de manera que las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público cumplan con maximizar el valor del dinero del contribuyente y se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad. (Opinión N.º 021-2013/DTN, de 14-02-2013, f. 3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TRBPUG>).

NUMERAL 8.1.C

§ 312. Las funciones que corresponden al comité de selección, de forma obligatoria, son todas las que están contenidas en la Ley, Reglamento y normas emitidas por el OSCE, a pesar del uso de los términos “debe” o “deberá” para referirse al cumplimiento de tales funciones (art. 8.1.c). CONSULTA: “Si bien el artículo 8º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Ley N.º 30225, modificada por Decreto Legislativo N.º 1341, señala respecto al Comité de Selección que sus funciones y responsabilidades se regularán en el reglamento, revisado el mismo no se advierte ningún artículo que expresamente y de manera integral indique las funciones del Comité de Selección, entonces ¿Puede interpretarse como funciones específicas del Comité de Selección todas las premisas de los artículos del Reglamento de la Ley de contrataciones (se incluye a la normativa sobre contratación pública en general) que indiquen “debe” y “deberá” referidos al actuar de dicho colegiado?”. [...] 2.2. Por otro lado, debe indicarse que, de conformidad con el artículo 22 del Reglamento [cfr. art. 43 del Nuevo Reglamento], corresponde al comité de selección -o al órgano encargado de las contrataciones (OEC), según corresponda- la preparación, conducción y realización del procedimiento de selección hasta su culminación, encargándose, entre otras funciones, la de preparar los documentos del procedimiento de selección. Así como adoptar las decisiones y realizar todo acto necesario para el desarrollo del procedimiento. Como se observa, la normativa de contrataciones del Estado establece que corresponde al Comité de Selección -como órgano a cargo de los procedimientos de selección- la preparación, conducción y realización del procedimiento de selección hasta su culminación; en esa medida, el comité de selección debe realizar todos los actos necesarios para llevar a cabo el desarrollo del procedimiento de selección; para ello, la Ley, su Reglamento y demás normas emitidas por el OSCE, detallan las competencias que tiene el comité especial, sin que estas se encuentren limitadas a los términos “debe” o “deberá”; por lo que a efectos de identificar las funciones del comité de selección, corresponde que se verifique -cuando menos- las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado relacionadas con el desarrollo del procedimiento de selección.

En ese sentido, para identificar las funciones que corresponden al comité de selección, se deberá considerar a todas aquellas establecidas en la Ley, su Reglamento y demás normas emitidas por el OSCE que regulan las actividades relacionadas con la preparación, conducción y realización del procedimiento de selección hasta su culminación, sin limitarse a aquellas que contengan el término específico “comité de selección”, puesto que dichas funciones también pueden estar establecidas en otras disposiciones que regulen las actuaciones para el desarrollo del procedimiento de selección. (Opinión N.º 097-2018/DTN, de 25-06-2018, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RiTOCQ>).

§ 313. Los órganos a cargo de los procedimientos de selección los competentes para preparar los documentos del procedimiento de selección, así como para adoptar las decisiones y realizar todo acto necesario para el desarrollo del procedimiento hasta su culminación (art. 8.1.c). 15. [...] [C]onforme a lo previsto en el artículo 22 del Reglamento [cfr. art. 43 del Nuevo Reglamento], el Órgano Encargado de los procedimientos de selección se encarga de la preparación, conducción y realización del procedimiento de selección hasta su culminación. Seguidamente, establece que para los casos de Licitaciones Públicas, la Entidad designa un comité de selección para cada procedimiento, siendo los órganos a cargo de los procedimientos de selección los competentes para preparar los documentos del procedimiento de selección, así como para adoptar las decisiones y realizar todo acto necesario para el desarrollo del procedimiento hasta su culminación, sin que puedan alterar, cambiar o modificar la información del expediente de contratación. (Resolución N.º 018-2017-TCE-S1, de 04-01-2017, f. 15. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2F4EPJm>).

§ 314. Los servidores públicos del órgano encargado de las Contrataciones, que intervengan directamente en las actividades comprendidas en alguna de las 3 fases del proceso de contratación pública, deben contar con la certificación emitida por el OSCE (art. 8.1.c). Véase la jurisprudencia del artículo 5º del Nuevo Reglamento [§ 967]. (Opinión N.º 134-2017/DTN, de 15-06-2017, ff. 2, 2.2 y 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PmTCRA>).

NUMERAL 8.2

§ 315. El titular de la entidad puede delegar, en principio, toda función que la normativa en contrataciones del Estado no prohíba; no obstante, este no pierde la responsabilidad por el debido ejercicio de las facultades delegadas (art. 8.2). CONSULTA: “(...) *la incertidumbre jurídica que se tiene en relación a los alcances de la delegación de la autoridad que la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por D.S. N.º 350-2015-EF, le otorgan al Titular de la Entidad (...)*” 2.2 [...] Como puede observarse, la normativa ha establecido, como regla general, la posibilidad de delegar las competencias y funciones atribuidas al Titular de la Entidad, exceptuándose el ejercicio de dicha facultad en aquellos supuestos en que la propia norma haya establecido que las funciones son indelegables, por considerar que es esencial el ejercicio directo de las competencias. [...] Al respecto, Morón Urbina advierte que existen determinadas exigencias concurrentes en la delegación de competencias: (i) *la temporalidad, en virtud de la cual toda delegación de competencias debe estar limitada en el tiempo;* (ii) *la motivación, entendiéndose por ello que el acto de delegación, para su procedencia, debe fundamentarse en las causales previstas en los artículos 67 y 69 de la Ley N.º 27444;* (iii) *la generalidad, al referirse a una serie de actos o procedimientos genéricos, sin hacer referencia a casos específicos;* y, (iv) *la comunicación a los administrados, en tanto que la transferencia de competencias no es un fenómeno de trascendencia meramente interna, por lo que se constituye como una exigencia a favor del administrado que la decisión de transferir la competencia se notifique a los interesados en los expedientes en curso afectos a esta decisión.* En dicho sentido, fuera de los supuestos previstos en la normativa como indelegables, todas las demás competencias y funciones que en el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado se hayan atribuido al Titular de la Entidad son, en principio, delegables, bajo las condiciones de temporalidad, motivación y generalidad. 2.3. Ahora bien, la delegación de facultades se ejerce por los mencionados funcionarios atendiendo a la particular organización administrativa de cada Entidad y a sus necesidades de desconcentración funcional. En todo caso, corresponderá a cada Entidad evaluar la conveniencia, viabilidad y forma en que materializará la desconcentración de funciones mediante la delegación, pudiendo establecerse los criterios

que se tomarán en cuenta para efectivizar tal mecanismo, siempre y cuando ello quede expresamente plasmado en el instrumento de decisión y se determine con claridad el plazo por el cual se mantiene vigente el mandato otorgado. Finalmente, es importante precisar que en ningún caso en virtud de la delegación, el delegante, en este caso el Titular de la Entidad, pierde la responsabilidad por el debido ejercicio de las facultades delegadas, debiendo asumir la responsabilidad por “culpa en la vigilancia”; esto es, la responsabilidad por no cumplir con el deber de vigilar la gestión del delegado. (Opinión N.º 067-2016/DTN, de 04-05-2016, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RYcR5y>).

§ 316. El pronunciamiento sobre la liquidación de un contrato de ejecución de obra puede emitirse por el Titular de la entidad o un funcionario delegado, pues no está prohibido delegar esta función (art. 8.2). CONSULTA: 2.1 “¿Es exigible que una Entidad se pronuncie con resolución o acuerdo en caso observe la liquidación del contrato de obra formulada por el contratista?” 2.1.2. [...] Como se advierte, el Titular de la Entidad puede delegar en otro funcionario la emisión del pronunciamiento sobre la liquidación de un contrato de ejecución de obra, toda vez que dicha facultad no se encuentra comprendida entre los supuestos en los que la delegación está prohibida. 2.1.3. En virtud de lo expuesto, el pronunciamiento de la Entidad sobre la liquidación de un contrato de obra debe realizarse expresa y formalmente, a través del Titular de la Entidad o del funcionario a quien este haya delegado tal facultad. En esa medida, cabe precisar que el funcionario que ejerza -por disposición directa de la normativa de contrataciones del Estado o por delegación- la facultad de pronunciarse sobre la liquidación de un contrato de obra, en principio, lo hará mediante una resolución o acuerdo; no obstante, cuando dicho funcionario no emita los actos administrativos propios de su función a través de resoluciones o acuerdos, deberá hacerlo mediante un documento que reúna los requisitos previstos en el artículo 3 de la Ley N.º 27444 “Ley del Procedimiento Administrativo General”. (Opinión N.º 050-2016/DTN, de 29-03-2016, ff. 2.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Gf6QQB>).

§ 317. El funcionario en quien el titular de la Entidad delegó la facultad de resolver el recurso de apelación no puede declarar la nulidad de oficio del procedimiento. En caso el referido funcionario advierta un vicio pasible de nulidad, remitirá el expediente al titular de la Entidad quien decidirá declarar o no la nulidad de oficio (art. 8.2). Véase la jurisprudencia del artículo 125º del Nuevo Reglamento [§ 1592]. (Opinión N.º 110-2016/DTN, de 18-07-2016, ff. 2.1 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CioUoV>).

NUMERAL 8.3

§ 318. La anterior normativa en contrataciones del Estado, a diferencia de la actual, no permitía la delegación de la aprobación de exoneraciones, declaración de nulidad de oficio, aprobación de prestaciones adicionales de obra, entre otros (art. 8.3). 2.1. [C]abe precisar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 de la anterior Ley [cfr. art. 8 de la Ley vigente], el Titular de la Entidad podía delegar, mediante resolución, la autoridad que dicha norma le otorgaba. Sin embargo, dicha delegación no comprendía la aprobación de exoneraciones, la declaración de nulidad de oficio y las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra, entre otros. Posteriormente, la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N.º 30225 dispuso derogar el Decreto Legislativo N.º 1017, Ley de Contrataciones del Estado y normas modificatorias. Asimismo, el literal a) del numeral 8.1 del artículo 8 de la Ley, establece que: “*El Titular de la Entidad es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y su reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación de bienes, servicios y obras.*” Por su parte, el numeral 8.2 de dicho artículo señala que: “*El Titular de la Entidad puede delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente norma le otorga. Puede delegar, al siguiente nivel de decisión, las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra (...)*” (El subrayado es agregado). Es decir, en el marco de la normativa de contratación pública vigente, a diferencia de la anterior, sí resulta factible que el Titular de la Entidad pueda delegar la autorización de las prestaciones adicionales de obra. 2.2. De otro lado, el numeral 41.2 del artículo 41 de la anterior Ley [cfr. art. 34 de la Ley vigente] otorgaba

a la Entidad la potestad de, excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria, ordenar la ejecución de prestaciones adicionales de obra, hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, siempre que estas prestaciones sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato original. Al respecto, es importante indicar que, el numeral 40 del Anexo Único del anterior Reglamento, “Anexo de Definiciones”, definía a la prestación adicional de obra como: “Aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional.” (El subrayado es agregado). En esa medida, una Entidad solo podía ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales de obra, hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, cuando estas no se encontraban previstas en el expediente técnico ni en el contrato original y siempre que su ejecución sea indispensable y/o necesaria para alcanzar la finalidad del contrato. Adicionalmente, el artículo 207 del anterior Reglamento [cfr. art. 205 del Nuevo Reglamento] establecía que: “Sólo procederá la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario y la resolución del Titular de la Entidad y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original.” (El subrayado es agregado). De esta manera, cuando las Entidades que se encontraban bajo el ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado requerían ejecutar prestaciones adicionales de obra, debían contar con la certificación del crédito presupuestario y la resolución aprobatoria del Titular de la Entidad. Por lo expuesto, el Titular de la Entidad, mediante resolución, podía ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales de obra hasta por el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, siempre que respondan a la finalidad del contrato original. Además, conforme lo previsto en el artículo 208 del anterior Reglamento [cfr. art. 206 del Nuevo Reglamento], el Titular de la Entidad podía aprobar la ejecución de prestaciones adicionales de obra hasta por el cincuenta por ciento (50%) del monto del contrato original, correspondiendo luego de su aprobación, para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República (Opinión N.º 258-2017/DTN, de 14-12-2017, ff. 2.1 y 2.2. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2W6Njgg>).

§ 319. La aprobación de ejecución de obras bajo la modalidad de concurso oferta y la potestad para aprobar, modificar y excluir una ficha de homologación, son facultades indelegables (art. 8.3). Véase la jurisprudencia del artículo 31º del Nuevo Reglamento [§ 1046]. (Opinión N.º 067-2016/DTN, de 04-05-2016, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RYcR5y>).

§ 320. Es facultad exclusiva del Titular de la Entidad declarar la nulidad de oficio de un procedimiento de selección cuando advierta algún incumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado que configure causal de nulidad (art. 8.3). Véase la jurisprudencia del artículo 44.2 de la Ley [§ 717]. (Opinión N.º 152-2017/DTN, de 07-07-2017, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PrmW9f>).

§ 321. El área usuaria es la encargada de supervisar la ejecución del contrato. El órgano encargado de las contrataciones es aquel órgano encargado de la gestión administrativa del contrato, la cual comprende todas aquellas actividades que guardan relación con su elaboración, verificación de requisitos, perfeccionamiento, entre otros (art. 8.3). Véase la jurisprudencia del artículo 5º del Nuevo Reglamento [§ 965]. (Opinión N.º 184-2017/DTN, de 29-08-2017, ff. 2.1, 2.2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T4dZJH>).

§ 322. El órgano encargado de las contrataciones tiene la función de administrar el contrato y el área usuaria debe supervisar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista (art. 8.3). Véase la jurisprudencia del artículo 5º del Nuevo Reglamento [§ 966]. (Opinión N.º 209-2016/DTN, de 29-12-2016, ff. 2.1.3, 2.1.4, 2.1.5 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CADd8y>).

Artículo 9: Responsabilidades esenciales

9.1 Los funcionarios y servidores que intervienen en los procesos de contratación por o a nombre de la Entidad, con independencia del régimen jurídico que los vincule a esta, son responsables, en el ámbito de las actuaciones que realicen, de organizar, elaborar la documentación y conducir el proceso de contratación, así como la ejecución del contrato y su conclusión, de manera eficiente, bajo el enfoque de gestión por resultados, a través del cumplimiento de las normas aplicables y de los fines públicos de cada contrato, conforme a los principios establecidos en el artículo 2.

De corresponder la determinación de responsabilidad por las contrataciones, esta se realiza de acuerdo al régimen jurídico que vincule a las personas señaladas en el párrafo anterior con la Entidad, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.

9.2 Las Entidades son responsables de prevenir y solucionar de manera efectiva los conflictos de intereses que puedan surgir en la contratación a fin de garantizar el cumplimiento de los principios regulados en el artículo 2.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341)

PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

§ 323. Elementos de la infracción por actuación parcializada de funcionarios o servidores públicos en materia de contrataciones del Estado (art. 9.1). 2.2. [...] [Se han establecido] los siguientes criterios en torno a los elementos constitutivos del tipo infractor descrito y especificado en el inciso h) del artículo 7º del Reglamento [de Infracciones y Sanciones para la Determinación de la Responsabilidad Administrativa Funcional derivada de los Informes emitidos por los Órganos del Sistema Nacional de Control] aprobado mediante Resolución de Contraloría N.º 100-2018-CG de 3 de abril de 2018, en adelante el Reglamento]: Descripción del tipo infractor: “Actuar parcializadamente en contra de los intereses del Estado, en los contratos, licitaciones, concurso de precios, subastas, licencias, autorizaciones o cualquier otra operación o procedimiento en que participe con ocasión de su cargo, función o comisión, dando lugar a un beneficio ilegal, sea propio o de tercero. Esta infracción es considerada como muy grave”. Elementos del tipo infractor: De la descripción típica de la infracción, se advierte que para su configuración se requiere la concurrencia de los elementos que se detallan a continuación:

Conducta	Condiciones	Objeto de la acción	Resultado
Actuar parcializadamente	<ul style="list-style-type: none"> • Que la conducta sea contraria a los intereses del Estado. • Que el infractor participe con ocasión de su cargo, función o comisión. 	<ul style="list-style-type: none"> • Contratos • Licitaciones • Concurso de precios • Subastas • Licencias • Autorizaciones • Cualquier otra operación o procedimiento 	Beneficio ilegal sea propio o de tercero

(i) **Actuación parcializada.** La actuación parcializada implica el apartamiento de los criterios objetivos que deben regir la función pública, respecto de las funciones, competencias u obligaciones derivadas del cargo, comisión o cualquier otra actividad encomendada, o el indebido ejercicio de las mismas; de modo tal que con dicha conducta el funcionario o servidor público se favorezca ilegalmente a sí mismo o a un tercero, entendiéndose por tercero a cualquier persona que participe en los procedimientos de la Entidad con intereses disímiles a los que tutela el Estado. La actuación parcializada como elemento del tipo infractor contiene a su vez una carga subjetiva, pues implica necesariamente la actuación dolosa del servidor o funcionario público de beneficiarse o beneficiar a un tercero, aspecto que deberá

ser evidenciado a través de prueba documental o indiciaria. En tal sentido, deberá acreditarse que el presunto infractor tenía conocimiento suficiente y claro de que con su actuación irregular se beneficia a sí mismo o beneficia a un tercero, en contra del interés público que debe tutelar los actos de la administración pública, descartándose por ende la posibilidad de que haya actuado por un mero error o equivocación. En estos casos no será necesario que concurra una pluralidad de postores, adjudicatarios, beneficiarios o terceros, en tanto el tipo infractor no tutela el trato diferenciado de unos frente a otros (interés particular), sino persigue la salvaguarda de la ajenidad del funcionario o servidor público a los intereses propios, de las partes o de una parte, esto es, a la ausencia de un interés particular en alguno de los procedimientos en los que intervenga. **(ii) Actuación en contra de los intereses del Estado:** La actuación contraria a los intereses del Estado se corrobora con la afectación a la finalidad pública que se persigue con el quehacer de la administración a través de cada entidad estatal en los contratos, licitaciones, concurso de precios, subastas, licencias, autorizaciones o cualquier otra operación o procedimiento, lo que se encuentra recogido en el ordenamiento jurídico que los regula. La afectación a los intereses del Estado debe ser identificada, desarrollada y sustentada de manera clara, concreta y circunstanciada a los hechos imputados. Asimismo, deberá descartarse que la conducta de los administrados tutele un interés legítimo desde la perspectiva del Estado. **(iii) Participación con ocasión del cargo, función o comisión:** Para determinar la calidad de funcionario o servidor público del sujeto activo del tipo infractor, debe considerarse la definición básica contenida en la novena disposición final de la Ley N.º 27785 “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República” y sus modificatorias. En tal sentido, tendrá la calidad de funcionario o servidor público la persona natural que mantiene una relación laboral, contractual o de cualquier naturaleza con una entidad comprendida en el ámbito del Sistema Nacional de Control, que incluye a las empresas del Estado, debiendo dicha relación haberse constituido por medio de un acto individual o individualizable para la prestación de servicio o ejercicio de funciones que impliquen la manifestación de prerrogativas propias del poder público, teniendo la capacidad de representación, en mérito a su incorporación en la estructura y funcionamiento de la entidad o en la esfera de actuación de la misma. El funcionario o servidor público debe intervenir en los contratos, licitaciones, concurso de precios, subastas, licencias, autorizaciones o cualquier otra operación o procedimiento con motivo de su cargo, función o comisión. En tal sentido, la conducta atribuida debe haber sido cometida con ocasión de las labores que desarrolla en la entidad, en virtud de los documentos de gestión, contratos o de cualquier otro documento interno que señale sus competencias, obligaciones o encargos recibidos. **(iv) Operación o Procedimiento:** La infracción requiere un contexto determinado para la actuación de los presuntos infractores, esto es, que participen con ocasión de su cargo, función, encargo o de cualquier actividad que, en su condición de servidor o funcionario público ejerza, en contratos, licitaciones, concurso de precios, subastas, licencias, autorizaciones o cualquier otra operación o procedimiento, lo cual debe encontrarse debidamente acreditado. Cuando el tipo infractor menciona como objeto de la acción “cualquier otra operación o procedimiento”, será preciso que en dicha operación o procedimiento confluyan de manera contrapuesta los intereses públicos y los intereses particulares, siendo que los funcionarios, lejos de tutelar y defender el interés público (del Estado o su entidad), prefieren el interés particular. **(v) Beneficio ilegal propio o de tercero:** El beneficio ilegal propio o de tercero se establecerá de manera concreta y acreditada; a su vez, debe vincularse de modo directo con la conducta imputada al administrado, sin que se requiera, necesariamente, para los efectos de la configuración de la infracción la acreditación de perjuicio económico. En torno al carácter ilegal del beneficio generado, es menester señalar las disposiciones legales infringidas para su otorgamiento, pues de encontrarse conforme al ordenamiento legal no se configurará la infracción. (Acuerdo Plenario N.º 01-2018-CG-TSRA, de 25-06-2018, que establece como precedente administrativo de observancia obligatoria el contenido del fundamento jurídico 2.2. Sala Plena del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas [EP, 21-08-2018, Jurisprudencia, N.º 1085, p. 8087; incluye la fe de errata publicada el 23-08-2018]. Texto completo: <bit.ly/2MHMyK>).

§ 324. Elementos del tipo infractor del incumplimiento de las actuaciones correspondientes a los funcionarios o servidores públicos en materia de contrataciones del Estado (art. 9.1). 2.2.

[...] [Se han establecido] los siguientes criterios en torno a los elementos constitutivos del tipo infractor descrito y especificado en el inciso q) del artículo 6º de la Ley N.º 29622: “Incumplir las disposiciones legales que regulan expresamente su actuación funcional, generando grave perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o genera grave afectación al servicio público, afectación a la vida o a la salud pública, la infracción es muy grave.” **Elementos del tipo infractor:** De la descripción típica de la infracción, es posible advertir que permite su cometimiento con conocimiento (no podría desconocer sus funciones u obligaciones legales) o con intencionalidad, pudiendo actuarse también por negligencia e inclusive por omisión; siendo los elementos del tipo los siguientes: *(i) Identificar la disposición legal que expresamente regule las funciones del servidor o funcionario público:* La disposición legal incumplida puede comprender a una norma que provenga de sus documentos de gestión (ROF, MOF) o una norma de carácter general (normativas que regulan los sistemas administrativos del Estado, tales como contrataciones públicas, presupuesto, tesorería, o recursos humanos) o norma interna (directivas, memorando, contratos u otros) que regule la actuación de los funcionarios o servidores públicos. *(ii) Acreditar que el funcionario o servidor público incumplió dichas funciones, en ejercicio de función o cargo:* Debe acreditarse la condición de funcionario o servidor público (su cargo, encargo o comisión), que actuó en el ejercicio de sus funciones derivadas de dicho cargo, encargo o comisión (en su periodo de gestión), señalando de qué manera se materializó el incumplimiento (acción u omisión) o la irregularidad que transgredió la normativa general o interna identificada. Dicho incumplimiento debe acreditarse con medios probatorios. En el análisis de cómo se materializó la comisión de la infracción, se debe verificar: a) Que las obligaciones exigidas expresamente señaladas en la normativa de carácter interna o general, se deriven del ejercicio de su cargo, encargo o comisión; b) La diligencia debida que se espera del servidor o funcionario público en el ejercicio del cargo, encargo o comisión que asume y; c) Además del deber incumplido, que en el ejercicio diligente de su cargo, haya tenido la posibilidad de advertir el hecho irregular. *(iii) Motivar el grave perjuicio al Estado:* El tipo infractor exige el elemento “grave perjuicio al Estado” por lo que es necesario argumentar y motivar la producción de un perjuicio patrimonial o no patrimonial cuantificado o descrito en su dimensión en cada caso, por lo que no resulta suficiente el señalamiento de la transgresión a las disposiciones legales. En cuanto al agravante del tipo, exige perjuicio económico, grave afectación al servicio público o afectación a la vida o a la salud pública que también debe argumentarse y motivarse en cada caso. (Acuerdo Plenario N.º 02-2018-CG-TSRA, de 25-06-2018, que establece como precedente administrativo de observancia obligatoria el contenido del fundamento jurídico 2.2. Sala Plena del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas [EP, 21-08-2018, Jurisprudencia, N.º 1085, p. 8090]. Texto completo: <bit.ly/2HQAnkC>).

§ 325. Elementos de la infracción del funcionario por incumplir, negarse o demorar de manera injustificada e intencional, el ejercicio de las funciones a su cargo, en los procedimientos en los que participa con ocasión de su función o cargo (art. 9.1). 2.2. [...] [Se han establecido] los siguientes criterios en torno a los elementos constitutivos del tipo infractor descrito y especificado en el inciso n) del artículo 7º del Reglamento de la Ley N.º 29622: “Incumplir, negarse o demorar de manera injustificada e intencional, el ejercicio de las funciones a su cargo, en los procedimientos en los que participa con ocasión de su función o cargo. Esta infracción es considerada como grave”. Dicho tipo administrativo tutela la responsabilidad; y está referido al deber de los funcionarios y servidores públicos (administrados) de ejercer sus funciones con responsabilidad, lo cual implica cumplir sus obligaciones y funciones en el marco de un correcto y adecuado ejercicio funcional, con la finalidad de coadyuvar a que la Entidad cumpla adecuadamente sus prestaciones, y la consecución de sus objetivos y finalidades. La acción constitutiva de la infracción se consume cuando el administrado en un procedimiento con ocasión de su función o cargo, mediante la acción u omisión consciente y deliberada, incumple, se niega o demora un deber legal en sentido amplio. Dicha acción u omisión debe ser injustificada, esto es, sin una justificación adecuada. Por ello, se considera que para que se configure esta infracción deben evidenciarse los 3 elementos siguientes: *(i) La conducta activa u omisiva del administrado que se manifiesta en cualquiera de los 3 verbos rectores: incumplir, negarse o demorar.* a. *Incumplir:* El administrado deja de hacer un acto al que está obligado por el ordenamiento jurídico o actúa incumpliendo

las normas que regulan su actuación funcional. b. *Negarse*: El administrado, a pesar del requerimiento de un acto debido, por parte de una autoridad, superior jerárquico u otro funcionario competente o un particular, se niega a realizarlo. c. *Demorar*: No obstante existir un plazo determinado normativamente para el cumplimiento de un acto por parte del administrado, éste lo aplaza o posterga su realización, más allá de los términos fijados por el ordenamiento jurídico. (ii) Que la conducta se realice dentro de un procedimiento en el que el administrado intervenga en ejercicio de su función o cargo. Para ello, es necesario identificar no solo la función o cargo establecida en una disposición de carácter general o interna (ley, reglamento, decreto, reglamento de organización y funciones, manual de organización y funciones, resolución, contrato, manual de procedimientos, etc.), sino además, acreditar la capacidad y competencia para ejercerla, no siendo posible sostener el ejercicio de la función o cargo en caso existan circunstancias que lo impidan, limiten o restrinjan. (iii) Conducta que se presenta en dos modalidades: Injustificada e intencional, las cuales deben concurrir de forma copulativa. a. *Injustificada*: Es la ausencia de una justificación adecuada por parte del administrado respecto de la conducta realizada. b. *Intencional*: Acreditar el conocimiento y voluntad en la conducta del administrado (dolo administrativo). Para estos efectos, se puede acreditar la intencionalidad a través de prueba documental o indiciaria que se encuentren vinculados al hecho considerado como infracción, desvirtuándose la posibilidad de error en la acción u omisión. (Acuerdo Plenario N.º 03-2018-CG-TSRA, de 25-06-2018, que establece como precedente administrativo de observancia obligatoria el contenido del fundamento jurídico 2.2. Sala Plena del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas [EP, 21-08-2018, Jurisprudencia, N.º 1085, p. 8093]. Texto completo: <bit.ly/2DPqn71>).

§ 326. **En los casos de concurrencia de responsabilidad administrativa disciplinaria y de responsabilidad administrativa funcional con identidad en los sujetos y en los hechos, no opera el principio de *non bis in idem* (art. 9.1).** PRECEDENTE ADMINISTRATIVO DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA. 2.18. De conformidad con el art. 37º del Reglamento del TSRA y en atención a las consideraciones desarrolladas en los fundamentos jurídicos antes expuestos, se transcribe el Num. 5.28 de la Resolución N.º 013-2013-CG/TSRA: “5.28 De lo anteriormente expuesto, se desprende que en los casos de concurrencia de responsabilidad administrativa disciplinaria y de responsabilidad administrativa funcional con identidad en los sujetos y en los hechos, no opera el principio *non bis in idem* porque no se presenta la identidad de fundamento, requisito esencial para su constitución, por lo cual la existencia de un proceso administrativo disciplinario en trámite, o sobre el cual ya se hubiese emitido una resolución de sanción o de archivamiento, no se encuentra encuadrada dentro del desarrollo del principio *Non Bis in Idem*, como garantía de que ninguna persona pueda ser sancionada ni procesada dos veces por lo mismo, conforme a lo establecido en el Apartado 5.3.11 de la Directiva N.º 008-2011-CG/GDES, lo que no constituye impedimento para el ejercicio de las atribuciones que corresponden al Órgano Instructor y al Órgano Sancionador de la Contraloría General de la República, dentro del procedimiento administrativo sancionador que le ha sido asignado por Ley, ni afecta la validez de las sanciones administrativas que como consecuencia de dicho procedimiento administrativo sancionador, se impongan a los funcionarios y servidores públicos que incurran en responsabilidad administrativa funcional”. (Acuerdo Plenario N.º 01-2013-CG-TSRA, de 25-11-2013, que aprueba como precedente administrativo de observancia obligatoria el contenido del fundamento jurídico 5.28 de la Resolución N.º 013-2013-CG/TSRA del 25-11-2013; y que ha sido reiterado en el presente Acuerdo Plenario. Sala del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas [EP, 01-12-2013, p. 508076]. Texto completo: <bit.ly/2S5oITu>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 327. **El titular de la entidad puede delegar, en principio, toda función que la normativa en contrataciones del Estado no prohíba; no obstante, este no pierde la responsabilidad por el debido ejercicio de las facultades delegadas.** Véase la jurisprudencia del artículo 8.2 de la Ley [§ 315]. (Opinión N.º 067-2016/DTN, de 04-05-2016, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RYcR5y>).

Artículo 10: Supervisión de la Entidad

10.1 La Entidad debe supervisar el proceso de contratación en todos sus niveles, directamente o a través de terceros. El hecho de que la Entidad no supervise los procesos, no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder.

10.2 Cuando la supervisión sea contratada con terceros, el plazo inicial del contrato debe estar vinculado al del contrato de la prestación a supervisar y comprender hasta la liquidación de la obra o la conclusión del servicio, de acuerdo a lo que establece el reglamento. Asimismo, el reglamento establece los mecanismos a aplicar en los casos en los que surjan discrepancias en el contrato y estas se sometan a arbitraje, por el tiempo que dure este.

10.3 Para iniciar la ejecución de una obra que requiera supervisión, puede designarse un inspector de obra o un equipo de inspectores en tanto se contrata la supervisión. El reglamento establece las condiciones necesarias para su aplicación.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 328. Responsabilidad de supervisión de las Entidades que intervienen en el proceso de contratación. 11. [...] Conviene resaltarse, además, que las autoridades administrativas que tienen a su cargo la conducción de los procesos de selección o que son responsables de emitir acuerdos o resoluciones respecto de ellos, deben asumir conductas y tratamientos que garanticen la mayor imparcialidad y objetividad a los postores participantes, de modo que con sus actuaciones no excedan los límites o facultades que les han sido otorgadas y no se beneficie o perjudique a un postor de manera indebida. (Resolución N.º 1073-2007-TC-S1, de 08-08-2007, f. 11. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2XktjAk>).

CAPÍTULO III CONDICIONES EXIGIBLES A LOS PROVEEDORES

Artículo 11: Impedimentos

11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5, las siguientes personas:

a) El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Jueces Supremos de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos, en todo proceso de contratación mientras ejerzan el cargo y hasta doce (12) meses después de haber dejado el mismo.

b) Los Ministros y Viceministros de Estado en todo proceso de contratación mientras ejerzan el cargo; luego de dejar el cargo, el impedimento establecido para estos subsiste hasta (12) meses después y solo en el ámbito de su sector.

c) Los Gobernadores, Vicegobernadores y Consejeros de los Gobiernos Regionales. En el caso de los Gobernadores y Vicegobernadores, el impedimento aplica para todo proceso de contratación mientras ejerzan el cargo; luego de dejar el cargo, el impedimento establecido para estos subsiste hasta doce (12) meses después y solo en el ámbito de su competencia territorial. En el caso de los Consejeros de los Gobiernos Regionales, el impedimento aplica para todo proceso de contratación en el ámbito de su competencia territorial durante el ejercicio del cargo y hasta doce (12) meses después de haber concluido el mismo.

d) Los Jueces de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y los Regidores. Tratándose de los Jueces de las Cortes Superiores y de los Alcaldes, el impedimento aplica para todo proceso de contratación durante el ejercicio del cargo; luego de dejar el cargo, el impedimento establecido para estos subsiste hasta doce (12) meses después y solo en el ámbito de su competencia territorial. En el caso de los Regidores el impedimento aplica para todo proceso de contratación en el ámbito de su competencia territorial, durante el ejercicio del cargo y hasta doce (12) meses después de haber concluido el mismo.

e) Los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los funcionarios públicos, empleados de confianza, servidores públicos con poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia, y los gerentes de las empresas del Estado. El impedimento se aplica para todo proceso de contratación durante el ejercicio del cargo; luego de culminado el mismo hasta doce (12) meses después sólo en la entidad a la que pertenecieron. Los directores de las empresas del Estado y los miembros de los Consejos Directivos de los organismos públicos del Poder Ejecutivo se encuentran impedidos en el ámbito de la Entidad a la que pertenecen, mientras ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de haber culminado el mismo.

f) Los servidores públicos no comprendidos en literal anterior, y los trabajadores de las empresas del Estado, en todo proceso de contratación en la Entidad a la que pertenecen, mientras ejercen su función. Luego de haber concluido su función y hasta doce (12) meses después, el impedimento se aplica para los procesos de contratación en la Entidad a la que pertenecieron, siempre que por la función desempeñada dichas personas hayan tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada referida a tales procesos o conflicto de intereses.

g) En el proceso de contratación correspondiente, las personas naturales o jurídicas que tengan intervención directa en cualquiera de las siguientes actuaciones: i) determinación de las características técnicas y/o valor referencial o valor estimado, ii) elaboración de documentos del procedimiento de selección, iii) calificación y evaluación de ofertas, y iv) la conformidad de los contratos derivados de dicho procedimiento, salvo en el caso de los contratos de supervisión. Tratándose de personas jurídicas el impedimento le alcanza si la referida intervención se produce a través de personas que se vinculan a esta.

h) El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas señaladas en los literales precedentes, de acuerdo a los siguientes criterios:

(i) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales a) y b), el impedimento se configura respecto del mismo ámbito y por igual tiempo que los establecidos para cada una de estas;

(ii) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales c) y d), el impedimento se configura en el ámbito de competencia territorial mientras estas personas ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de concluido;

(iii) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en el literal e), el impedimento se configura en la Entidad a la que pertenecen estas personas mientras ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de concluido;

(iv) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales f) y g), el impedimento tiene el mismo alcance al referido en los citados literales.

i) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas en las que aquellas tengan o hayan tenido una participación individual o conjunta superior al treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección.

j) En el ámbito y tiempo establecido para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas sin fines de lucro en las que aquellas participen o hayan participado como asociados o miembros de sus consejos directivos, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección.

k) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las referidas personas. Idéntica prohibición se extiende a las personas naturales que tengan como apoderados o representantes a las citadas personas.

l) En todo proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas inhabilitadas o suspendidas para contratar con el Estado.

m) En todo proceso de contratación, las personas condenadas, en el país o el extranjero, mediante sentencia consentida o ejecutoriada por delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, delitos cometidos en remates o procedimientos de selección, o delitos equivalentes en caso estos hayan sido cometidos en otros países. El impedimento se extiende a las personas que, directamente o a través de sus representantes, hubiesen admitido y/o reconocido la comisión de cualquiera de los delitos antes descritos ante alguna autoridad nacional o extranjera competente.

n) En todo proceso de contratación, las personas jurídicas cuyos representantes legales o personas vinculadas que (i) hubiesen sido condenadas, en el país o el extranjero, mediante sentencia consentida o ejecutoriada por delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, delitos cometidos en remates o procedimientos de selección, o delitos equivalentes en caso estos hayan sido cometidos en otros países; o, (ii) directamente o a través de sus representantes, hubiesen admitido y/o reconocido la comisión de cualquiera de los delitos antes descritos ante alguna autoridad nacional o extranjera competente. Tratándose de consorcios, el impedimento se extiende a los representantes legales o personas vinculadas a cualquiera de los integrantes del consorcio.

o) En todo proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas a través de las cuales, por razón de las personas que las representan, las constituyen o participan en su accionariado o cualquier otra circunstancia comprobable se determine que son continuación, derivación, sucesión, o testaferrero, de otra persona impedida o inhabilitada, o que de alguna manera esta posee su control efectivo, independientemente de la forma jurídica empleada para eludir dicha restricción, tales como fusión, escisión, reorganización, transformación o similares.

p) En un mismo procedimiento de selección las personas naturales o jurídicas que pertenezcan a un mismo grupo económico, conforme se define en el reglamento.

q) En todo proceso de contratación, las personas inscritas en el Registro de Deudores de Reparaciones Civiles (REDERECI), sea en nombre propio o a través de persona jurídica en la que sea accionista u otro similar, con excepción de las empresas que cotizan acciones en bolsa. Asimismo, las personas inscritas en el Registro Nacional de Abogados Sancionados por Mala Práctica Profesional y en el Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido, por el tiempo que establezca la ley de la materia; así como en todos los otros registros creados por Ley que impidan contratar con el Estado.

r) Las personas jurídicas nacionales o extranjeras que hubiesen efectuado aportes a organizaciones políticas durante un proceso electoral, por todo el período de gobierno representativo y dentro de la circunscripción en la cual la organización política beneficiada con el aporte ganó el proceso electoral que corresponda.

s) En todo proceso de contratación y siempre que cuenten con el mismo objeto social, las personas jurídicas cuyos integrantes formen o hayan formado parte en la fecha en que se cometió la infracción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procedimientos de selección y para contratar con el Estado. El impedimento también es aplicable a la persona jurídica cuyos integrantes se encuentren sancionados administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procedimientos de selección y para contratar con el Estado. Para estos efectos, por integrantes se entiende a los representantes legales, integrantes de los órganos de administración, socios, accionistas, participacionistas o titulares. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, el impedimento es aplicable siempre que su participación individual o conjunta sea superior al treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente.

t) En todo proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas que se encuentren comprendidas en las Listas de Organismos Multilaterales de personas y empresas no elegibles para ser contratadas.

11.2 El incumplimiento de lo establecido en el presente artículo conlleva las consecuencias y responsabilidades establecidas en la Ley. ^{(i) (ii) (a)}

(Texto modificado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.º 30353, el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341, el artículo 3 de la Ley N.º 30689 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

DESARROLLO NORMATIVO

- (i) De conformidad con la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1341 (EP, 07-01-2017), se dispone que los impedimentos señalados en los numerales 11.m y 11.n del presente artículo, son de aplicación a los procesos y modalidades comprendidos en el Decreto Legislativo N.º 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y a los proyectos bajo el ámbito de la Ley N.º 29230, Ley que Impulsa la Inversión Pública Regional y Local con Participación del Sector Privado.
- (ii) Mediante Oficio N.º 1416-2018-EF-13.01 de fecha 25 de abril de 2018, enviado por la Secretaría General del Ministerio de Economía y Finanzas, se indica que el presente artículo estaría modificado tácitamente por el numeral 4.2 del artículo 4 de la Ley N.º 30737, Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos (EP, 12-03-2018), al incorporar un impedimento para contratar con el Estado, adicional a los ya previstos en el presente artículo.

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

- (a) Véase la Directiva N.º 013-2016-OSCE/CD, "Procedimiento de expedición de las constancias de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado, capacidad libre de contratación e informativa de no estar inhabilitado o suspendido" (EP, 11-01-2016) [D-013].

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 329. Interpretación del literal k) del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado (art. 11.1.k). [...] [El] Tribunal de Contrataciones del Estado, ACORDÓ aprobar el siguiente criterio de interpretación: **I.** En aplicación del literal k) del artículo 11 de la Ley, se encuentra impedido de ser participante, postor y/o contratista del Estado: **1)** La persona jurídica cuyos accionistas, participacionista, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales: **a)** Integran el proveedor sancionado. **b)** Integraron el proveedor sancionado al momento de imponerse la sanción o en los doce (12) meses anteriores a ello. En ambos casos, cuando el vínculo entre la "persona jurídica vinculada" y el "proveedor sancionado" se genera porque comparten o compartieron un socio, accionista, participacionista o titular, se requiere que la participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social, en ambas personas jurídicas. En los demás casos se aplicarán las siguientes reglas: - Dicha participación mínima sólo será exigible respecto del "proveedor sancionado" si quien es o fue en el socio, accionista, participacionista o titular, es integrante del órgano de administración, apoderado o representante legal de la "persona jurídica vinculada". - Dicha participación mínima sólo será exigible respecto de la "persona jurídica vinculada" si quien es en ella socio, accionista, participacionista o titular, es o fue integrante del órgano de administración, apoderado o representante legal del "proveedor sancionado". - Dicha participación mínima no será exigible cuando el vínculo entre la "persona jurídica vinculada" y el "proveedor sancionado" se genera por compartir o haber compartido apoderados, representantes legales o integrantes de los órganos de administración. **2)** La persona jurídica integrada por una persona sancionada. En caso el proveedor sancionado integre la persona jurídica como socio, accionista, participacionista o titular, se requiere que su participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social. **3)** La persona natural o jurídica que integra o integró, en los doce (12) meses anteriores a la imposición de la sanción, la persona jurídica sancionada. En caso la persona que integra o integró el proveedor sancionado lo hizo en calidad de socio, accionista, participacionista o titular del proveedor sancionado, se requiere que su participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social. **II.** En aplicación del literal k) del artículo 11 de la Ley, no se encuentra impedido de ser participante, postor y/o contratista del Estado: **1)** La persona jurídica que ya no cuenta con el integrante que la vinculaba con el proveedor sancionado. **2)** La persona jurídica cuyo integrante dejó de formar parte del proveedor sancionado, más de doce (12) meses antes de la imposición de la sanción. **3)** La persona jurídica que ya no está integrada por un

proveedor sancionado. 4) La persona natural o jurídica que dejó de integrar el proveedor sancionado, más de doce (12) meses antes de la imposición de la sanción. **III.** Los impedimentos establecidos en el literal k) del artículo 11 de la Ley, surten efectos durante el tiempo que la sanción de inhabilitación al “proveedor sancionado” se encuentre vigente. **IV.** En los procedimientos administrativos sancionadores, el análisis de los impedimentos previstos en el literal k) del artículo 11 de la Ley debe realizarse verificando su configuración al momento de la participación de la persona natural o jurídica en el procedimiento de selección y de ser el caso, en el perfeccionamiento del contrato. **V.** El presente Acuerdo de Sala Plena entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano y será aplicable a las conductas y/o situaciones que se produzcan a partir de la entrada en vigencia de la Ley y su Reglamento, y no a las conductas y/o situaciones producidas antes de ello, a las que será de aplicación el Acuerdo N.º 015-2013 [§ 330] del 02 de diciembre de 2013. (Acuerdo N.º 1-2016-TCE, de 05-08-2016. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. [EP, 19-12-2016, p. 599488]. Texto completo: <bit.ly/2OVThod>).

§ 330. Criterios de aplicación del literal k) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado (art. 11.1.k). ACUERDO: En aplicación del literal k) del artículo 10 de la ley [cfr. art. 11.1.k de la Ley vigente], el Tribunal acuerda los siguientes criterios de interpretación: **1.** Se encuentra impedido de ser participante, postor y/o contratista del Estado: **a)** La persona jurídica cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales forman parte del proveedor sancionado. Es decir, en el momento en que participa en el proceso, es postor o suscribe un contrato con una Entidad, ella y el proveedor sancionado comparten simultáneamente socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales. **b)** la persona jurídica cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formaron parte del proveedor sancionado dentro de los doce (12) meses siguientes a la entrada en vigencia de la sanción. Es decir, cuando los socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales de ella (que pueden tener dicha condición por adquisición de las acciones, por haber adquirido dicho estatus o cargo dentro de la empresa, o por haberla creado, entre otras situaciones), formaron parte del “proveedor sancionado”, en el pasado (dentro de los doce (12) meses siguientes a la imposición de la sanción). **2.** En todos los casos, el impedimento establecido en el literal k) del artículo 10 de la ley es aplicable durante el periodo de vigencia de la sanción impuesta al “proveedor sancionado”. **3.** El impedimento establecido en el literal k) del artículo 10º de la ley no se configura en caso la persona jurídica ya no cuente con quien la vinculaba con el proveedor sancionado, o si es que éste habla dejado de formar parte del proveedor sancionado antes de que le sea impuesta la sanción. **4.** Cuando el vínculo entre la “persona jurídica vinculada” y el proveedor sancionado” se genera por la participación que tiene un socio accionista, participacionista o titular en la “persona jurídica vinculada” y que tiene o tuvo en el “proveedor sancionado”, se requiere que dicha participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social, en ambas. Dicha participación mínima no es exigible: **a)** Para el integrante del órgano de administración, apoderado o representante legal de la “persona jurídica vinculada”, que es o fue socio, accionista, participacionista o titular del “proveedor sancionado”. En este caso, la participación mínima solo es exigible respecto del “proveedor sancionado”. **b)** Para quien es o fue integrante del órgano de administración, apoderado o representante legal del “proveedor sancionado”, que es socio, accionista, participacionista o titular de la “persona jurídica vinculada”. En este caso, la participación mínima sólo es exigible respecto de la “persona jurídica vinculada”. **c)** Cuando el vínculo entre la “persona jurídica vinculada” y el “proveedor sancionado” se genera por compartir o haber compartido integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales. (Acuerdo N.º 015-2013/DTN, de 02-12-2013. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. [EP, 27-05-2014, p. 523940]. Texto completo: <bit.ly/2QgrVxY>).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES Y DE ORGANISMOS SUPERVISORES, PRONUNCIAMIENTOS Y OPINIONES DEL OSCE

GENERALIDADES

§ 331. El impedimento para contratar del tercero vinculado con una persona sancionada sometido al test de proporcionalidad nos muestra que esta prohibición repercute de manera negativa debido a que aplica a un tercero las consecuencias derivadas de una sanción cometida por un sujeto distinto (art. 11). 65. El test de razonabilidad o proporcionalidad, como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia N.º C-022/96), es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad. Dicho test se realiza a través tres subprincipios: 1. Subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2. Subprincipio de necesidad; y 3. Subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu*. Criterios que en su momento fueron utilizados por este Colegiado en las sentencias 0016-2002-AI y 0008-2003-AI [§ 10], entre otras. 1. *Subprincipio de idoneidad o de adecuación*. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada. 2. *Subprincipio de necesidad*. Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental. 3. *Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu*. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental. (Exp. N.º 0048-2004-PI/TC [*Acción de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la Ley N.º 28258 - Ley de Regalía Minera*], de 01-04-2005 [Web: 01-04-2005 / EP: 07-04-2005], f. j. 65. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2K6Cahr>).

§ 332. Los impedimentos para ser postor y/o contratista establecidos en LCE son aplicables para cualquier régimen legal de contratación. En ese sentido, si se lleva a cabo una contratación a través de Catálogo Electrónico de Convenio Marco, el Contratista debe antes considerar los impedimentos establecidos para contratar con el Estado (art. 11). 9. [...] [El] artículo 10 de la Ley [cfr. art. 11 de la Ley vigente] señala que los impedimentos para ser postor y/o contratista son aplicables a cualquier régimen legal de contratación, con mayor razón si aquella se efectuó dentro del ámbito de aplicación de la Ley y su Reglamento. Al respecto, cabe tener presente que lo que establece la Directiva N.º 017-2012-OSCE/CE - Directiva de Convenio Marco [cfr. Directiva N.º 007-2017-OSCE/CD (D-036)], es el procedimiento específico para las contrataciones efectuadas a través de Catálogo Electrónico de Convenio Marco, sin embargo, la aplicación de aquella, no puede entenderse como una inaplicación de la Ley y su Reglamento, en lo referido, específicamente, a los impedimentos. Por tanto, considerando que la contratación efectuada por la Entidad fue a través de Catálogo Electrónico de Convenio Marco, el cual se realizó dentro del ámbito de aplicación de la Ley y su Reglamento los impedimentos establecidos eran plenamente aplicables al Contratista; es decir, éste último, antes de concretar la contratación, debió observar si estaba inmerso en los impedimentos contemplados en la norma. (Resolución N.º 2371-2016-TCE-S1, de 07-10-2016, f. 9. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2sY6aWv>).

§ 333. Los impedimentos para ser participantes, postor o contratista en las contrataciones que lleven a cabo las entidades, solo pueden ser establecidos mediante ley o norma con rango de ley. Dichos impedimentos deben ser interpretados en forma restrictiva, no pudiendo ser aplicados

por analogía a supuestos que no se encuentren expresamente contemplados en la Ley (art. 11). 4. [E] artículo 10 de la Ley [cfr. art. 11 de la Ley vigente] había establecido distintos alcances de los impedimentos para contratar con el Estado; existiendo impedimentos de carácter absoluto, los cuales no permiten participar en ningún proceso de contratación pública, mientras que otros son de naturaleza relativa, vinculada ya sea al ámbito regional, de una jurisdicción, de una entidad o de un proceso de contratación determinado. Ahora bien, cabe indicar que los impedimentos para ser participantes, postor o contratista en las contrataciones que lleven a cabo las entidades, solo pueden ser establecidos mediante ley o norma con rango de ley. Asimismo, dichos impedimentos deben ser interpretados en forma restrictiva, no pudiendo ser aplicados por analogía a supuestos que no se encuentren expresamente contemplados en la Ley; razón por la cual, deberá verificarse en cada caso en particular, si existen elementos suficientes para determinar que alguno de los impedimentos taxativamente establecidos en el artículo 10 de la Ley, le sea de alcance a aquel pro proveedor que desee participar en procesos de selección o contratar con el Estado; o si, de haberse materializado el perfeccionamiento contractual, si en dicha fecha, aquél se encontraba con impedimento vigente para tal efecto. (Resolución N.º 2950-2016- TCE-S3, de 14-12-2016, f. 4. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2qMORqk>).

§ 334. **Impedimentos para contratar con el Estado (art. 11).** [D]octrinariamente, se sostiene que la amplitud de los sujetos que pueden intervenir en un proceso de selección se encuentra vinculada, en primer lugar, *“con el concepto mismo de capacidad, regido por las normas de derecho común, en el que aquella únicamente es excluida por una norma legal expresa que lo disponga*, en segundo lugar, desde la perspectiva de los principios de igualdad y concurrencia que presiden el proceso licitatorio, *sólo se limitará (...) en función de las condiciones necesarias mínimas que aseguren el cumplimiento del objeto del contrato con los niveles de seriedad y responsabilidad que requiere una relación con el Estado”* [...]. De ello se concluye que se puede distinguir un primer tamiz a efectos de la participación de postores en un proceso de selección, cual es la verificación de supuestos establecidos en la normativa y que, por ende, resultan de aplicación restringida; en tanto que el segundo parámetro se encontraría referido, propiamente, a la capacidad del participante para afrontar el compromiso con el Estado. [...] [D]ebe tenerse presente que la libertad de participación o libre concurrencia de los postores en un proceso de selección no es una prerrogativa de carácter meramente formal en nuestro ordenamiento nacional, sino que se fundamenta en los principios que orientan el sistema de contrataciones públicas. Ahora bien, el principio de libre competencia o libre concurrencia de los postores en los procedimientos de selección en condiciones de igualdad, paradójicamente, constituye el fundamento de las restricciones establecidas en la Ley a la participación dentro de los mismos de aquellas personas que guardan determinadas características funcionales comunes en la organización del Estado, en la organización de la misma Entidad, o en general de aquellas personas, naturales y/o jurídicas, cuya participación en el procedimiento generaría serios cuestionamientos sobre la objetividad e imparcialidad con que pueda llevarse el proceso de contratación. Consecuentemente, la Ley, a efectos de salvaguardar el cumplimiento de los principios de libre competencia, imparcialidad, transparencia y trato justo e igualitario dentro de los procesos de selección que las Entidades llevan a cabo, establece presunciones -que no admiten prueba en contrario- de injerencia, ventaja o privilegios de ciertas personas que, por las funciones o labores que cumplen o cumplieron o por los vínculos particulares que mantienen, pueden exhibir conflictos de intereses en los procesos de contrataciones del Estado. (Pronunciamiento N.º 294-2005/GTN, de 20-10-2005. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2WUWF8a>).

§ 335. **Los impedimentos para participar en un procedimiento de selección y/o para contratar con el Estado, tienen como fin el salvaguardar el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad de trato y competencia que deben prevalecer dentro de dichos procedimientos que llevan a cabo las Entidades (art. 11).** 4. [...] [E] artículo 11 de la Ley dispone una serie de impedimentos para participar en un procedimiento de selección y/o para contratar con el Estado, a efectos de salvaguardar el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad de trato y competencia que deben prevalecer dentro de dichos procedimientos que llevan a cabo las Entidades y que pueden

generar situaciones de injerencia, ventajas, privilegios o conflictos de interés de ciertas personas que, por las funciones o labores que cumplen o cumplieron, o por los vínculos particulares que mantienen, pudieran generar serios cuestionamientos sobre la objetividad e imparcialidad con que puedan llevarse a cabo los procesos de contratación, bajo su esfera de dominio o influencia. 5. En esa medida, los impedimentos para ser participante, postor o contratista en las contrataciones que lleven a cabo las Entidades, solo pueden ser establecidos mediante ley o norma con rango de ley. Asimismo, dichos impedimentos deben ser interpretados en forma restrictiva, no pudiendo ser aplicados por analogía a supuestos que no se encuentren expresamente contemplados en la Ley. (Resolución N.º 051-2017-TCE-S4, de 06-01-2017, ff. 4 y 5. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2SI2nxq>).

§ 336. El solo hecho de que el contratista incurra en causal de impedimento no habilita a la Entidad a resolver el contrato, salvo que la Constitución o una norma con rango de Ley establezcan impedimento para estos efectos (art. 11). CONSULTA: 2.3. *“Después de haberse suscrito CONTRATOS entre una entidad y un contratista, al contratista sobrevienen hechos que lo califica a los impedimentos establecidos en el literal a) del artículo 11 de la Ley de contrataciones. En dicho contexto ¿esta situación constituiría mérito suficiente para proceder con la resolución de los contratos vigentes (por caso fortuito o fuerza mayor), conforme a lo establecido en el artículo 44º de la Ley de Contrataciones del Estado?” (sic).* [...] Con relación a ello, como se indicó anteriormente, el hecho que el contratista incurra en la causal de impedimento prevista en el literal a) del artículo 11 de la Ley luego de perfeccionado un contrato con la Entidad, no afecta su obligación de continuar con la Ejecución de dicho contrato hasta el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones a su cargo; salvo que la Constitución Política del Perú u otras normas con rango de ley establezcan impedimentos, restricciones o incompatibilidades para estos efectos. Por ello, el solo hecho que el contratista incurra en la causal de impedimento prevista en el literal a) del artículo 11 de la Ley luego de perfeccionado un contrato con la Entidad no habilita a la Entidad a resolver el contrato, al no haberse imposibilitado de manera definitiva la continuación del contrato; sin embargo, en caso la Constitución Política del Perú u otra norma con rango de Ley establezca al contratista algún impedimento, restricción o incompatibilidad para estos efectos, corresponde a la Entidad evaluar la necesidad de resolver el contrato. (Opinión N.º 133-2016/DTN, de 18-08-2016, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KAs6Pf>).

§ 337. Los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones que lleven a cabo las Entidades, solo pueden ser establecidos mediante ley y no pueden ser aplicados por analogía (art. 11). 2.1.1. En primer lugar, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado está compuesta por la Ley, su Reglamento y las demás normas reglamentarias emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE); en consecuencia, el análisis que efectúe este Organismo Supervisor debe considerar dicha normativa en su conjunto. Por su parte, dicha normativa permite que toda persona, natural o jurídica, que cumpla con los requisitos previstos en esta pueda ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones que las Entidades llevan a cabo para abastecerse de bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, salvo que se encuentre incurso en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley. Al respecto, los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones que lleven a cabo las Entidades, solo pueden ser establecidos mediante ley. Además, teniendo en consideración que en el ordenamiento jurídico nacional rige el principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que establecen excepciones o restringen derechos, los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley, al restringir la libre participación de los proveedores en las contrataciones públicas, no pueden extenderse a supuestos no contemplados en dicho artículo. (Opinión N.º 088-2017/DTN, de 21-03-2017, f. 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2VFsam1>).

§ 338. El impedimento para contratar con el Estado tiene como uno de sus fines evitar situaciones de injerencia, ventajas, privilegios, elusión de obligaciones. Definición de persona jurídica vinculada (art. 11). 7. [Cabe] recordar que el artículo 10 de la Ley [cfr. art. 11 de la Ley vigente] dispone una serie de impedimentos para la participación en un proceso de selección y/o para contratar con el Estado, a efectos de salvaguardar el cumplimiento de los Principios de Libre Competencia, Im-

parcialidad, Transparencia, Trato Justo e Igualitario, Moralidad, entre otros; a fin de evitar situaciones de injerencia, ventajas, privilegios, elusión de obligaciones y/o sanciones, o que se generen, fraude a la ley o conflictos de interés de ciertas personas que, por las funciones o labores que cumplen o cumplieron, o por los vínculos particulares que mantienen, pudieran generar serios cuestionamientos sobre la objetividad e imparcialidad con que puedan llevarse a cabo los procesos de contratación. [...] 9. Asimismo, según criterio adoptado por Acuerdo de Sala Plena N.º 015-2013 del 2 de diciembre de 2013 [§ 330], se encuentra impedido de ser participante, postor y/o contratista del Estado el postor, entendido como la “persona jurídica vinculada, cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales forman parte del “proveedor sancionado” Es decir, en el momento en que participa en el proceso, es postor o suscribe un contrato con una Entidad, esta persona jurídica vinculada y el “proveedor sancionado” comparten simultáneamente socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de ministración, apoderados o representantes legales. (Resolución N.º 0270-2016-TCE-S3, de 03-03-2016, ff. 7 y 9. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2DItMWk>).

§ 339. Los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley, no pueden extenderse a supuestos no contemplados en dicho artículo. En el requerimiento no pueden establecerse impedimentos para acceder al proceso de contratación (art. 11). 2.2. CONSULTA: “¿Puede colocarse en los Términos de Referencia, que el actual contratista no participe en el procedimiento de selección, sin que ello afecte el Principio de Libertad de Concurrencia?” [...] 2.2.2. [...] Por su parte, en aplicación del segundo párrafo del artículo 76 de la Constitución Política del Perú, los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que realicen las Entidades, solo pueden ser establecidos mediante ley. Además, teniendo en consideración que en el ordenamiento jurídico nacional rige el principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que establecen excepciones o restringen derechos, los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley, al restringir la libre participación de los proveedores en las contrataciones públicas, no pueden extenderse a supuestos no contemplados en dicho artículo. 2.2.3. De otra parte, corresponde señalar que el artículo 16 de la Ley, concordado con el artículo 8 del Reglamento [cfr. art. 29 de la Ley vigente], establece que el área usuaria de la Entidad es quien formula el requerimiento de los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de definir las Especificaciones Técnicas, Términos de Referencia o Expediente Técnico *-según corresponda-*, la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, y las condiciones en las que esta debe ejecutarse. [...] Dicho lo anterior, cabe señalar que entre las condiciones que se establezcan en el requerimiento, la Entidad, de acuerdo a las particularidades que se presenten en cada contratación, debe incluir aquellas condiciones necesarias para evitar que durante la ejecución contractual surjan circunstancias que impidan que el contratista ejecute la prestación o que impidan que se cumpla con la finalidad pública de la contratación *-en el marco de las funciones de la Entidad-*, sin que ello configure un impedimento para acceder al proceso de contratación (como participante, postor, contratista y/o subcontratista), en tanto que ello sólo puede ser establecido mediante ley. (Opinión N.º 180-2018/DTN, de 07-11-2018, ff. 2.2, 2.2.2 y 2.2.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RFk66n>).

§ 340. Principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen derechos: los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley no pueden extenderse a supuestos no contemplados en el referido artículo (art. 11). 2.1. “El alcance de los principios de libre competencia, libertad de concurrencia, eficacia y eficiencia contemplados en el artículo 2º de la Ley, ¿permite a las Entidades contempladas en el artículo 3 de la Ley- establecer disposiciones que restrinjan la posibilidad de competir a proveedores por el solo hecho de haber venido brindando el servicio anteriormente?” 2.1.1. [...] [D]ebe tenerse presente que los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que llevan a cabo las Entidades, solo pueden ser establecidas mediante ley. Así también, teniendo en consideración que en el ordenamiento jurídico nacional rige el principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restringen derechos, los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley, al restringir la libre participación de los proveedores en las contrataciones públicas, no pueden

extenderse a supuestos no contemplados en el referido artículo. **2.1.2.** [...] De este modo, puede concluirse que las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado, bajo ningún concepto, facultan a las Entidades a establecer restricciones irracionales al acceso a las contrataciones que convocan; por el contrario, el cumplimiento de dichas medidas resultará necesario para el normal y correcto funcionamiento del sistema de abastecimiento de la Entidad y del mercado de contratación pública. Por tanto, se advierte que las Entidades Públicas no tienen facultad para establecer medidas que resulten contrarias a las disposiciones y a los principios contenidos en la normativa de contrataciones del Estado; lo que no impide que puedan adoptar acciones para la adecuada gestión de sus contratos, siempre que éstas se realicen de acuerdo a lo establecido en la mencionada normativa. (Opinión N.º 121-2018/DTN, de 16-08-2018, ff. 2.1, 2.1.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Si6sCb>).

§ 341. Los impedimentos para contratar con el Estado son aplicables tanto al régimen general de contratación pública como a los regímenes legales regulados mediante leyes especiales (art. 11). **2.1.3.** [El] Tribunal Constitucional ha señalado que: "(...) si bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76º de la Constitución, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución, y cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública. Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario" [Numeral 19 de la Sentencia recaída sobre el Exp. N.º 020-2003-AI/TC [§ 37], de fecha 17 de mayo de 2004]. Conforme a ello, debe reconocerse que existe un régimen general de contrataciones del Estado y, en paralelo, pueden existir regímenes legales de contratación creados mediante ley, que establecen sus propios requisitos, procedimientos y demás formalidades para llevar a cabo las contrataciones públicas bajo su ámbito. Por tanto, los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones públicas [...] resultan aplicables tanto al régimen general de contratación pública regulado por la normativa de contrataciones del Estado, como a los regímenes legales regulados mediante leyes especiales. (Opinión N.º 027-2016/DTN, de 12-02-2016, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2GXeq11>).

§ 342. La oferta debe contener como mínimo, para la admisión de la misma, la declaración jurada de no tener impedimento para postular en el procedimiento de selección ni para contratar con el Estado (art. 11). **7.** El cumplimiento del requerimiento al que hace alusión la ley modificada, se encuentra referido tanto a lo requerido por la Entidad como por lo previsto en la normativa de contrataciones públicas. En este último caso, en el literal a) del número 1 del artículo 31, concordado con lo previsto en el artículo 53 del reglamento [...] se señala que la oferta debe contener como mínimo, para la admisión de la misma, la declaración jurada de no tener impedimento para postular en el procedimiento de selección ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la ley. **8.** En el caso concreto, se verifica que el Anexo N.º 2 - Declaración Jurada (artículo 31 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 52 del Nuevo Reglamento]) del 16 de mayo de 2016 presentado por el Proveedor a la Entidad, se encuentra relacionado al cumplimiento de un requerimiento (independientemente que la oferta haya sido o no admitida), toda vez que, según el tipo infractor, no se requiere adicionalmente que quien presentó la información inexacta cumpla efectivamente con dicho requerimiento), acreditándose de este modo, uno de los nuevos elementos del tipo infractor incorporados mediante la Ley N.º 30225, modificada. (Resolución N.º 1552-2017-TCE-S4, de 19-07-2017, ff. 7 y 8. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2TcH3ef>).

§ 343. Es un requisito indispensable para ser considerado postor hábil en un procedimiento de selección que las personas naturales o jurídicas que participan en él, mantengan su capacidad para contratar con el Estado (art. 11). **33.** [...] [Se] puede concluir que resulta un requisito indispensable para ser considerado postor hábil en un procedimiento de selección que las personas naturales o jurídicas que participan en él, mantengan su capacidad para contratar con el Estado, es decir, que

no se encuentren inmersas en algún supuesto de impedimento, que no les permita participar de éste. (Resolución N.º 219-2017-TCE-S2, de 20-02-2017, f. 33. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2QuTOOA>).

§ 344. **Una municipalidad provincial no está impedida para celebrar contratos como proveedor con una empresa del Estado de derecho público. Las Entidades del Estado no se encuentran obligadas a inscribirse en el RNP (art. 11).** CONSULTA: 2.1. “Si [...] una Municipalidad Provincial está facultada para celebrar contratos como proveedor con una empresa del Estado de derecho público”. De conformidad con la normativa vigente, pueden participar en los procesos de selección y contratar con el Estado todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que cuenten con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores, que no se encuentren impedidos, sancionados ni inhabilitados para contratar con el Estado y que no estén incurso en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 10 de la Ley. Adicionalmente, cabe señalar que la normativa vigente no establece disposición alguna que impida la participación de Entidades del Estado en los procesos de selección o que limite que celebren contratos con otras Entidades del Estado, encontrándose, por tanto, habilitadas para contratar con otras Entidades de la administración pública. En ese sentido, cuando las Entidades del Estado participan como postores en un proceso de selección deben sujetarse a las condiciones y regulaciones comunes a cualquier participante del proceso, desprovistas de toda potestad o prerrogativa que pueda generar distorsiones a la libre competencia. Sin embargo, en la normativa de contrataciones del Estado se observa que las Entidades del Estado no se encuentran obligadas a inscribirse en el Registro Nacional de Proveedores, requisito indispensable que todo proveedor debe cumplir a efectos de acceder al contrato con la Administración Pública. (Opinión N.º 023-2012/DTN, de 15-02-2012, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Q3eCMV>).

§ 345. **Si el contratista incurre en causal de impedimento luego de perfeccionado un contrato con la Entidad, no afecta su obligación de continuar con la ejecución de dicho contrato hasta el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones a su cargo; salvo que por ley se hallan establecido impedimentos para estos efectos (art. 11).** Véase la jurisprudencia del artículo 40º de la Ley [§ 646]. (Opinión N.º 133-2016/DTN, de 18-08-2016, ff. 2.1, 2.1.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KAs6Pf>).

§ 346. **En las contrataciones perfeccionadas bajo cualquier forma, cuyo monto sea igual o inferior a 8 UIT, resultaría factible declarar la nulidad de oficio por parte de la Entidad, en caso el contratista se encuentre inmerso en una de las causales de impedimento que prevé la normativa de contrataciones del Estado (art. 11).** Véase la jurisprudencia del artículo 44.2.a del Nuevo Reglamento [§ 721]. (Opinión N.º 075-2017/DTN, de 09-03-2017, ff. 2.1, 2.1.1, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QhWZhp>).

§ 347. **Las Entidades no pueden establecer disposiciones que restrinjan la posibilidad de competir a proveedores por el solo hecho de haber venido brindando el servicio anteriormente (art. 11).** Véase la jurisprudencia del inciso e) del artículo 2º de la Ley [§ 157]. (Opinión N.º 121-2018/DTN, de 16-08-2018, ff. 2.1, 2.1.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Si6sCb>).

NUMERAL 11.1.A

§ 349. **Impedimento para contratar con el Estado en caso de congresistas (art. 11.1.a). 3.1.** En virtud del literal a) del artículo 11 de la Ley, los Congresistas de la República se encuentran impedidos de participar en todo proceso de contratación a nivel nacional, desde que juramentan o son proclamados por el Jurado Nacional de elecciones -en el caso de los Congresistas elegidos conforme al artículo 134 de la Constitución- hasta los doce (12) meses posteriores a que haya dejado su cargo. **3.2.** Conforme al literal f) del artículo 11 de la Ley [cfr. art. 11.h de la Ley vigente], los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad de los Congresistas de la República se encuentran impedidos en el

mismo ámbito y tiempo que el Congresista, es decir, en todo proceso de contratación a nivel nacional y desde que dicho Congresista juramenta o es proclamado por el Jurado Nacional de elecciones -en el caso de los Congresistas elegidos conforme al artículo 134 de la Constitución- hasta los doce (12) meses posteriores a que haya dejado su cargo. **3.3.** Conforme al primer supuesto previsto en el literal g) del artículo 11 de la Ley [cfr. art. 11.i de la Ley vigente], las personas jurídicas en las que el pariente de un Congresista tenga una participación superior al cinco por ciento (5%) en el capital o patrimonio social [30% de participación según la normativa vigente], se encontrarán impedidas en todo proceso de contratación en el ámbito nacional y desde que el Congresista juramenta o es proclamado por el Jurado Nacional de elecciones -en el caso de los Congresistas elegidos conforme al artículo 134 de la Constitución- hasta los doce (12) meses posteriores a que haya dejado su cargo. **3.4.** En el caso que dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria de un proceso de contratación el pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad [segundo grado de consanguinidad según la normativa vigente] de un Congresista de la República tuvo una participación superior al cinco por ciento (5%) en el capital o patrimonio social de una persona jurídica, dicha persona jurídica se encontrará impedida conforme al literal g) del artículo 11 de la Ley, salvo que dicho pariente hubiese dejado de tener tal participación con anterioridad a la juramentación o proclamación por el Jurado Nacional de Elecciones -en el caso de los Congresistas elegidos conforme al artículo 134 de la Constitución- del Congresista. (Opinión N.º 095-2016/DTN, de 05-07-2016, ff. 3.1 al 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2E6ic5e>).

§ 350. La sanción de inhabilitación impuesta por el Tribunal de Contrataciones impide incluso participar en compras iguales o inferiores a 8 UIT (art. 11.1.a). 2.1.2. [...] [E]s importante precisar que de conformidad con lo señalado en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, los impedimentos para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratista, son de aplicación incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la Ley. Cabe señalar que, el literal a) del artículo 5 de la Ley hace referencia a “Las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción (...)”. En ese sentido, los impedimentos regulados en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley resultan de aplicación incluso a las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción. (Opinión N.º 231-2017/DTN, de 25-10-2017, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ein48Y>).

NUMERAL 11.1.B

§ 351. Los Ministros y Viceministros del Estado están impedidos de contratar con el Estado durante el ejercicio de su cargo en todo el territorio nacional, sea o no parte del sector en el cual están ejerciendo el cargo (art. 11.1.b). CONSULTA: **2.1.** “(...) ¿Cuáles son los extremos de este impedimento para contratar con el Estado dentro de su sector, cuando están ejerciendo el cargo, y hasta 12 meses después, una vez concluida la designación, O se refiere a que los Ministros y Viceministros están impedidos para contratar con el Estado en cualquier sector durante el ejercicio de su cargo –incluido el suyo- y luego, cuando haya concluido su designación, hasta 12 meses después solo dentro de su sector?” “[...] **2.1.2.** [...] [E]l impedimento para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en cualquier régimen de contratación pública referido los Ministros y Viceministros, se aplica en virtud de dos criterios: el ámbito y el tiempo; así durante el ejercicio del cargo los Ministros y Viceministros están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, en virtud del ámbito, en todos los procesos de contratación pública a nivel nacional, sea o no del sector en el cual están ejerciendo el cargo. Asimismo, después del ejercicio del cargo los ex Ministros y Viceministros están impedidos de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista, en virtud del tiempo, en todos los procesos de contratación pública del sector del que fueron parte, hasta los doce (12) meses posteriores de haber dejado el cargo. En tal sentido, los Ministros y Viceministros están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas de acuerdo a lo siguiente: i) Durante el ejercicio del cargo: En todos los procesos de contratación pública

a nivel nacional y ii) Hasta los doce (12) meses posteriores de haber dejado el cargo: En los procesos de contratación pública del sector del que fueron parte. **2.2.** “(...) ¿Qué se entiende por sector? ¿Cuáles son los extremos que comprende este supuesto cuando habla de sector? ¿Todo cuanto tenga que ver con el rubro del Ministerio en cuestión –incluyendo el mismo rubro dentro de los Gobiernos Regionales o locales- O solamente lo que esté coberturado, pagado o haya sido transferido y/o esté bajo la competencia del Ministerio del Ministro o Viceministro en cuestión?” [...] **2.2.2.** [...] [Con] lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 4 de la LOPE antes citado, un sector estaría constituido por una actividad económica o social específica, pública o privada, comprendido en un Ministerio, cuya competencia es de ámbito nacional. (Opinión N.º 262-2017/DTN, de 22-12-2017, ff. 2.1, 2.1.2, 2,2 y 2.2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Bt2YFQ>).

§ 352. Una persona jurídica en la que un Ministro y/o Viceministro de Estado participen o hayan participado con un porcentaje superior al treinta por ciento de capital o patrimonio social se encontrará impedida para contratar con el Estado (art. 11.1.b). CONSULTA: **2.3.** “(...) En el caso de que un Ministro o Viceministro posea más del 30% del capital o patrimonio social de una Sociedad Anónima, ¿cuál es el extremo de este impedimento con respecto a dichas sociedades que están vinculadas con estos Ministros o Viceministros por razones de accionariado? ¿Se refiere a que las Sociedades, donde tengan participación los Ministros y Viceministros en más de un 30%, están impedidas para contratar con el Estado solo dentro de su sector, cuando están ejerciendo el cargo, y 12 meses después, una vez concluida la designación, O se refiere a que estas Sociedades están impedidas para contratar con el Estado en cualquier sector durante el ejercicio de su cargo –incluido donde es titular el Ministro o Viceministro- y luego, cuando haya concluido su designación, 12 meses después solo dentro de su sector? [...] **2.3.1.** [...] [C]onforme al criterio contenido en la absolución de la primera consulta, una persona jurídica en la que un Ministro y/o Viceministro de Estado participen o hayan participado con un porcentaje superior al treinta por ciento (30%) de capital o patrimonio social (dentro de los doce meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección) se encontrará impedida para contratar con el Estado. Este impedimento es aplicable de acuerdo a lo siguiente: i) Durante el ejercicio del cargo: En todos los procesos de contratación pública a nivel nacional y ii) Hasta los doce (12) meses posteriores de haber dejado el cargo: Los procesos de contratación pública del sector del que fueron parte. (Opinión N.º 262-2017/DTN, de 22-12-2017, ff. 2.3 y 2.3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Bt2YFQ>).

§ 353. Impedimentos para contratar con el Estado en el caso de ex Ministros o ex Viceministros pertenecientes a una persona jurídica (art. 11.1.b). CONSULTA: “¿Si una persona jurídica dentro de su accionariado cuenta con un ex ministro o ex viceministro que aún no cumple doce (12) meses de haber dejado el cargo y además tiene una participación superior al treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social, puede participar en procesos convocados por los gobiernos Regionales y Municipales?” CONCLUSIONES: **3.1.** Los Ministros y Viceministros están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas de acuerdo a lo siguiente: i) Durante el ejercicio del cargo: En todos los procesos de contratación pública a nivel nacional y ii) Hasta los doce (12) meses posteriores de haber dejado el cargo: En los procesos de contratación pública del sector del que fueron parte. **3.2.** Si durante los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección un Ministro y/o Viceministro de Estado cuenta o contaba con una participación superior al treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social de una persona jurídica, el impedimento de la persona jurídica se aplica respecto a todos los procesos de contratación pública a nivel nacional mientras dure el ejercicio del cargo de las referidas autoridades. **3.3.** Si durante los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección un ex Ministro y/o ex Viceministro –siempre que se encuentre dentro de los doce (12) meses posteriores de haber dejado el cargo- cuenta o contaba con una participación superior al treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social de una persona jurídica, el impedimento de la persona jurídica se aplica solo en los procesos de contratación pública del sector del que fueron parte dichas ex autoridades. (Opinión N.º 124-2018/DTN, de 17-08-2018, ff. 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ri8FgP>).

NUMERAL 11.1.D

§ 354. El alcalde de una municipalidad provincial estará impedido de participar en un proceso de selección convocado dentro de su jurisdicción, la cual abarca la totalidad del territorio de la provincia, así como de sus respectivos distritos (art. 11.1.d). 6. Cabe señalar que el artículo 10 de la Ley [cfr. art. 11 de la Ley vigente] había establecido distintos alcances de los impedimentos para contratar con el Estado; así, existen impedimentos de carácter absoluto, los cuales no permiten participar en ningún proceso de contratación pública, mientras que otros son de naturaleza relativa, vinculada ya sea al ámbito regional, de una jurisdicción, de una entidad o de un proceso de contratación determinado. En tal sentido, debe tenerse presente que el impedimento señalado en el literal c) del artículo 10 de la Ley [cfr. art. 11.d de la Ley vigente], no permite que los alcaldes y regidores participen en procesos de contratación pública con entidades [...] Finalmente, en el literal f) de dicho artículo [cfr. art. 11.h.ii de la Ley vigente] se establece el mismo impedimento para el caso del conviviente. [...] 7. [Es] importante señalar que el artículo 3 de la Ley N.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, clasifica, en función de su jurisdicción, a las municipalidades provinciales sobre el territorio de la respectiva provincia y a las municipalidades distritales sobre el territorio del respectivo distrito. Por tanto, se entiende como competencia territorial a aquel escenario geográfico donde los alcaldes y regidores ejercen funciones. [...] [La] normativa de contrataciones del Estado también entiende a como la competencia territorial de los funcionarios; es decir, el espacio geográfico sobre el cual ejercen sus funciones, de tal manera que los alcaldes y regidores tienen jurisdicción sobre sus respectivas provincias o distritos, según corresponda. En tal sentido, se advierte que el alcalde de una municipalidad provincial estará impedido de participar en un proceso de selección convocado dentro de su jurisdicción, la cual abarca la totalidad del territorio de la provincia, así como de sus respectivos distritos que dicho impedimento se extiende a las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las personas señaladas en los literales precedentes, al igual que a la conviviente. (Resolución N.º 1820-2017-TCE-S2, de 25-08-2017, ff. 6 y 7. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2B5X9zy>).

§ 355. Para que se configure el impedimento del literal d) del artículo 11º de la Ley, no resulta necesario que dicho regidor de la municipalidad provincial tenga algún poder, facultad, injerencia y/o toma de decisión en cualquier otra Entidad pública (art. 11.1.d). 2.1.1. [...] [D]ebe indicarse que el referido impedimento [cfr. art. 11.d de la Ley vigente] se encuentra circunscrito al ámbito de su jurisdicción y tiene por objeto restringir la intervención de las personas mencionadas en las contrataciones que se lleven a cabo y así evitar conflictos de intereses que perjudiquen la transparencia y, en última instancia, la idoneidad de las contrataciones. [...] 2.2. [El] impedimento referido al regidor de una municipalidad provincial se encuentra circunscrito al ámbito de su jurisdicción; es decir, se encontrará impedido de ser participante, postor y/o contratista en los procesos de selección convocados dentro del territorio de su provincia así como de sus respectivos distritos. Asimismo, dentro de los doce (12) meses posteriores al momento en que el regidor haya dejado el cargo, tanto él como las personas jurídicas en las que tenga o haya tenido una participación superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social [30% según la legislación actual], dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria, se encontrarán impedidos de ser participantes, postores o contratistas, en los procesos de selección que convoque la municipalidad provincial dentro del territorio de la respectiva provincia. En ese sentido, para que se configure el impedimento del literal c) del artículo 10º de la Ley [cfr. art. 11.d de la Ley vigente], no resulta necesario que dicho regidor de la municipalidad provincial tenga algún poder, facultad, injerencia y/o toma de decisión en cualquier otra Entidad pública, pues solo se requiere que se configure las condiciones señaladas en este literal. (Opinión N.º 048-2010/DTN, de 06-08-2010, ff. 2.1.1 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2V7VArM>).

LITERAL 11.1.E

§ 356. Bajo la actual normativa de Contrataciones del Estado, todo titular de una Entidad se encuentra impedido de ser participante postor y/o contratista en cualquier otra Entidad a diferen-

cia de la anterior normativa, en la cual se hallaba facultado para ser postor en las contrataciones de una Entidad distinta a la suya (art. 11.1.e). 3. CONCLUSIONES: 3.1. Se encontraban impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas en las contrataciones que llevaba a cabo la Entidad a la que pertenecían, o de sus dependencias: i) las personas comprendidas en el anterior literal d) del artículo 11 de la Ley N.º 1017 [cfr. art. 11.1 literal e) de la Ley vigente] que por el cargo o función que desempeñaban tenían influencia, poder de decisión o información privilegiada sobre el proceso de contratación; ii) sus cónyuges; iii) convivientes; y, iv) sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. 3.2. El Titular de una Entidad que estaba sujeta al ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado no se encontraba impedido de ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones que llevaba a cabo una Entidad distinta, a la cual no pertenecía; salvo que se configurara alguno de los demás impedimentos previstos en el anterior artículo 11 de la Ley. 3.3. Si se configuraba el impedimento para las personas comprendidas en el anterior literal d) del artículo 11 de la Ley, resultaba aplicable el anterior el literal f) del artículo 11 de la Ley [cfr. art. 11.h de la Ley vigente] y, en consecuencia, estaban impedidos sus cónyuges, convivientes o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. [...] (Opinión N.º 114-2017/DTN, de 16-05-2017, ff. 3.1 al 3.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FO8K8W>).

§ 357. La ley no hace distinción alguna entre las distintas modalidades que se emplean para ocupar los puestos de la administración pública, por lo tanto, en la medida que una persona ostente la calidad de servidor público, se encuentra impedida para contratar con el Estado (art. 11.1.e). CONSULTA: 2.2. “¿El impedimento previsto en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, aplica respecto de todo el personal contratado bajo la modalidad de Contratación Administrativa de Servicios (CAS), Fondo de Apoyo Gerencial (FAG) y Personal Altamente Calificado (PAC) hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo en la Entidad, y no incluye a los contratados a través de procedimientos de selección y por orden de servicio por montos menores o iguales a las ocho (08) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)?”. 2.2.1. [...] La normativa de contrataciones del Estado regula los impedimentos señalados en los literales e) y f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley [cfr. arts. 11.e y 11.f de la Ley vigente], sin efectuar distinción alguna entre las distintas modalidades que se emplean para ocupar los puestos de la administración pública; por lo tanto, en la medida que una persona ostente la calidad de “servidor público”, ésta se encuentra impedida para contratar con el Estado conforme a los criterios desarrollados en la Opinión N.º 140-2017/DTN. 2.2.2. De otro lado, debe indicarse que las contrataciones que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado son aquellas que realizan los sujetos señalados en los numerales 3.1 y 3.2 del artículo 3 de la Ley, así como otras organizaciones que, para proveerse de los bienes, servicios u obras, efectúan el pago de la retribución correspondiente con cargo a fondos públicos. En este punto, es importante mencionar que si bien a través de la aplicación de la referida normativa, las Entidades contratan los diversos servicios que resultan necesarios para el cumplimiento de sus funciones, estas contrataciones no pueden ser empleadas para ocupar algún cargo dentro de la Entidad. En esa línea, aun cuando las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias constituyen supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, de conformidad con el literal a) del artículo 5 de la Ley, en estas se verifican los presupuestos necesarios para la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado; en consecuencia, tampoco pueden ser empleadas para ocupar algún cargo al interior de la Entidad. Por lo expuesto, considerando la naturaleza de las contrataciones reguladas por la normativa de contrataciones del Estado, las personas contratadas en virtud de un procedimiento de selección realizado bajo los alcances de la citada normativa o al amparo del literal a) del artículo 5 de la Ley, no se encuentran -por ese solo hecho- comprendidas dentro de los impedimentos señalados en los literales e) y f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley. (Opinión N.º 201-2017/DTN, de 15-09-2017, ff. 2.2, 2.2.1 y 2.2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DK4LsW>).

§ 358. El impedimento contenido en el literal e) de la Ley de Contrataciones del Estado incluye a todas las dependencias subordinadas a la Entidad (art. 11.1.e). CONSULTA: “¿Cómo se debe interpre-

tar el literal d) de la ley [cfr. art. 11.f de la Ley vigente] cuando dice “En la entidad a la que pertenecen”? Si se tratase de una entidad que tiene diversas dependencias, ¿debe interpretarse como impedimento en una dependencia específica de una entidad? O si debería interpretarse de una forma más general como impedimento de contratar con todas las dependencias, si son subordinadas a una mayor”. 2.2. [...] Al respecto, conforme se indicó en la Opinión N.º 086-2016/DTN [§ 221], para determinar si un órgano u organización puede considerarse Entidad, se requiere evaluar la norma de creación de dicho órgano u organización y las demás normas de la materia que le atribuyan la capacidad para gestionar sus contrataciones, para el cumplimiento de sus funciones. Asimismo, la referida Opinión señala que a fin de dilucidar si un determinado órgano o una organización califica como Entidad bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, debe analizarse si, conforme a sus normas autoritativas y de creación, así como las demás normas que resulten aplicables, cuenta con la capacidad suficiente que le permita realizar por sí misma la contratación de bienes, servicios y obras con cargo a fondos públicos. Conforme a lo anterior, el impedimento descrito en el literal d) del artículo 11 de la Ley [cfr. art. 11.f de la Ley vigente] se encuentra circunscrito al ámbito de toda la Entidad y tiene por objeto restringir la intervención de las personas naturales que la integran, a efectos de evitar conflictos de intereses que perjudiquen la transparencia y, en última instancia, la idoneidad o eficiencia de las contrataciones. Asimismo, dicho impedimento incluye a todas las dependencias subordinadas a la Entidad las cuales no califican como Entidad bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. [...] (Opinión N.º 090-2016/DTN, de 22-06-2016, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2GwDkWS>).

§ 359. Alcances de la remisión a la “ley especial de la materia” a efectos de aplicar el impedimento contenido en el literal e) del artículo 11 de la Ley (art. 11.1.e). 2.2. Ahora bien, en este punto debe señalarse el alcance del impedimento para ser participante, postor, o contratista de los “funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos” se encuentra establecido en el propio literal d) del artículo 10º de la Ley [cfr. art. 11.e de la Ley vigente], y consiste en una prohibición general para que estas personas sean participantes, postores o contratistas en las contrataciones que la Entidad de la cual son parte lleve a cabo. No obstante, ni la Ley ni su Reglamento contienen una definición de los términos “funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos”, debido a que dichos términos no son propios de su ámbito de aplicación, sino de otros ámbitos del ordenamiento jurídico nacional. Por ello, el literal d) del artículo 10º de la ley [cfr. art. 11.e de la Ley vigente] remite a la “la ley especial de la materia” a efectos de determinar el alcance y contenido de los términos “funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos” –términos que pueden tener diversas definiciones el ordenamiento jurídico-, a la luz de las normas especiales que regulan esta materia, entre estas: la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público y su Reglamento; Ley del Código de Ética de la Función Pública y su reglamento; la Ley Marco del Empleo Público; y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. En tal sentido, la remisión que [...] la Ley hace a “la ley especial de la materia” tiene como objetivo definir el contenido y alcance de los términos “funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos” a la luz de la normativa especial, y no el determinar el alcance del impedimento, ya que este se encuentra definido en el propio literal d). (Opinión N.º 004-2010/DTN, de 29-01-2010, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2C86upz>).

§ 360. La labor de docente resulta una excepción al impedimento contenido en los incisos e) y f) del art. 11 de la Ley (art. 11.1.e). CONSULTA: “(...) Respecto de la prohibición contenida en los incisos e) y f) del artículo 11 de la Ley N.º 30225 (...) ¿Se refiere a los trabajadores que realizan función docente que laboran en las entidades públicas y en la Entidad a la que pertenecen y por el cargo o la función que desempeñan tienen influencia, poder de decisión, o información privilegiada sobre el proceso de contratación o conflicto de intereses, hasta (12) meses después de haber dejado el cargo?”. [...] 2.4. Ahora bien, de la documentación anexa a la consulta se desprende que la misma busca determinar si la labor docente constituye una excepción al referido impedimento. Al respecto, el primer párrafo del artículo 40 de la Constitución Política del Perú señala que “La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los

derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente (...)” (El subrayado es agregado). Por su parte, la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil, desarrollando esta prohibición, dispone en su artículo 38 que “*Los servidores del Servicio Civil no pueden percibir del Estado más de una compensación económica, remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso. Es incompatible la percepción simultánea de dichos ingresos con la pensión por servicios prestados al Estado o por pensiones financiadas por el Estado, salvo excepción establecida por ley. // Las únicas excepciones las constituyen la percepción de ingresos por función docente efectiva y la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de entidades o empresas estatales o en Tribunales Administrativos o en otros órganos colegiados. // Queda prohibida la percepción de ingresos por dedicación de tiempo completo en más de una entidad pública a la vez.*” (El resaltado es agregado). [...] **2.5.** Ahora bien, es preciso mencionar que el artículo 51 de la Constitución Política del Perú señala que “*La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.*” (El resaltado es agregado). Si bien ni en la Ley ni en el Reglamento se ha previsto una excepción a los supuestos de impedimentos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, en mérito a la disposición constitucional citada en el párrafo precedente, que establece la primacía dogmática de la Constitución, las normas inferiores no pueden contradecir las normas superiores. En ese sentido, la disposición contenida en el primer párrafo del artículo 40 de la Constitución Política, referida a la prohibición de doble percepción de ingresos del Estado (salvo la excepción referida a la función docente), resulta aplicable a todo tipo de contratación, incluso a las desarrolladas en el marco de la normativa de contrataciones del Estado. [...] (Opinión N.º 108-2018/DTN, de 12-07-2018, ff. 2.4 y 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RoioSD>).

§ 361. Impedimentos para ser postor, participante y/o contratista según el Decreto Legislativo N.º 1017 (art. 11.1.e). **3. CONCLUSIONES. 3.3.** Bajo el ámbito de la Ley N.º 30225, las personas jurídicas que tienen un integrante del órgano de administración, apoderado o representante legal que es cónyuge, conviviente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de un servidor o funcionario de una Entidad, comprendido dentro del alcance del impedimento previsto en el literal d) del artículo 11 de la Ley [cfr. art. 11.e de la Ley vigente], se encuentran impedidas de ser participantes, postoras y/o contratistas en los procesos de contratación de dicha Entidad, cualquiera sea el régimen de contratación, incluidas las contrataciones previstas en el literal a) del artículo 5 de la Ley [cfr. art. 5.1.a de la Ley vigente]; siempre que, por su cargo o funciones, dicho servidor o funcionario tenga influencia, poder de decisión o información privilegiada sobre el proceso de contratación. Por lo que la nueva normativa de contrataciones del Estado no ha regulado los alcances de este impedimento en forma idéntica que el Decreto Legislativo N.º 1017. (Opinión N.º 125-2016/DTN, de 09-08-2016, f. 3.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2R8Kdh0>).

NUMERAL 11.1.F

§ 362. Los términos funcionario y servidor público deben ser interpretados en forma restrictiva (art. 11.1.f). **18.** [...] [Si] bien existe cierto consenso en definir al funcionario y/o servidor público, en términos amplios, como toda persona que desempeña una “función o servicio público”, o se encuentra al servicio o en cumplimiento de funciones para el Estado, independientemente del régimen laboral o contractual en el cual se halle vinculado con el Estado, tal concepción no resulta suficiente o idónea para delimitar el ámbito de extensión del citado impedimento, ya que adoptar como criterio dicha definición equivaldría a establecer, como regla general, la imposibilidad de ser postor y/o contratista del Estado para toda aquella persona que, de alguna u otra forma, se relacione con la prestación de funciones y/o servicios públicos, lo cual implicaría socavar el principio de interpretación estricta que debe realizarse a las normas que restringen derechos, [...] y los principios de libre competencia e imparcialidad consagrados en el mismo cuerpo normativo. Por ello, a efectos de establecer una definición compatible de lo que debe entenderse por “funcionario y/o servidor público” en el marco de la normativa de

contrataciones y adquisiciones del Estado, debemos partir por cautelar que el ámbito de extensión del citado impedimento involucre sólo a ciertas calidades de personas relacionadas con la administración del Estado, a efectos de salvaguardar el carácter estricto en la interpretación de las normas que restringen derechos, y que dicha definición sea coherente con la finalidad perseguida por la Ley al establecer el mencionado impedimento.” [...] 19. [Este] Colegiado considera que [la LCE] en los términos en los que está redactado y considerando que es una norma que restringe ciertos derechos del administrado, debe ser interpretado de forma estricta, es decir, de aplicación única y exclusiva a aquellas personas que podrían incurrir en un conflicto de intereses al participar o contratar con el Estado, y no determinarse así que por su sola calidad de funcionario, empleado de confianza y servidor público este impedido para ser postor y/o contratista. (Resolución N.º 1030-2010-TC-S4, de 26-05-2010, ff. 18 y 19. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2GTNEZd>).

§ 363. Un servidor público sólo estará impedido de participar en las contrataciones de la Entidad de la que formó parte siempre durante los doce meses siguientes de haber concluido su función, si es que hubiera tenido o tenga influencia, poder de decisión, o información privilegiada sobre el proceso de contratación, o cuando su participación le genere un conflicto de intereses (art. 11.1.f). CONSULTA: 2.1. “¿Un ex empleado público (cuyo régimen laboral era mediante Contrato Administrativo de Servicios – CAS) que se desvincula contractualmente de la entidad al cual prestaba servicios (ya sea por renuncia expresa o despido) pudiera ser participante, postor o contratista en un procedimiento de selección (dentro de los 12 meses siguientes a haberse desvinculado contractualmente) que convoque la Entidad Pública que había sido su empleadora?” [...] 2.1.5. [Un] servidor público, durante el ejercicio del cargo, se encuentra impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en cualquier contratación pública que se realice dentro del territorio nacional; mientras que, desde el momento en el que deja el cargo y hasta doce (12) meses después de producido dicho evento, está impedido de participar únicamente en las contrataciones de la Entidad de la que formó parte siempre que por la función desempeñada hubiera tenido o tenga influencia, poder de decisión, o información privilegiada sobre el proceso de contratación, o cuando su participación le genere un conflicto de intereses. [...] 2.2. “¿Un empleado público (cuyo régimen laboral era mediante Contrato Administrativo de Servicios - CAS) que se desvincula contractualmente de la entidad de la cual prestaba servicios (ya sea por renuncia expresa o despido) pudiera ser contratado en una contratación menor a 8 UIT (dentro de los 12 meses siguientes de haberse desvinculado contractualmente), por la misma Entidad pública que había sido su empleadora?” [...] [El] impedimento regulado en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley [cfr. art. 11.f de la Ley vigente], en concordancia con el literal f) antes mencionado [cfr. art. 11.h de la Ley vigente], resulta de aplicación incluso a las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción. (Opinión N.º 147-2017/DTN, de 05-07-2017, ff. 2.1, 2.1.5 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2L7mfBq>).

§ 364. Es legítimo que un servidor pueda contratar con una Entidad diferente a la que pertenece, ya que el impedimento contenido en el literal f) del artículo 11 de la Ley no se aplica extensivamente (art. 11.1.f). 3. Así las cosas, para determinar la supuesta responsabilidad del Postor debe tenerse en cuenta lo manifestado por la Entidad en lo referido a que el Postor se encontraba impedido de contratar con el Estado, debido a que paralelamente al servicio de jardinero que venía prestándole, mantenía su condición de servidor activo del Ministerio de Educación, tal como lo revela el Oficio N.º 0726-2007-DUGEL.04-AGA/APER del 13 de febrero de 2007 (obrante a fojas N.º 100 del expediente), mediante el cual el Director del Programa Sectorial II del Ministerio de Educación le informó lo siguiente: (...) que Don FOP se encuentra laborando en la Institución Educativa N.º 2049 – San Felipe como y trabajador de servicio (40 horas), en calidad de Nominado, quien a la fecha devenga 18 años, 03 meses y 09 días de tiempo de servicios oficiales. Asimismo, dicho personal fue nominado con la Resolución Directoral N.º 1873 de fecha 28 de octubre de 1998 (...) (sic). 4. Teniendo en cuenta dicha información, se ha procedido a revisar la infracción prevista en el inciso c) del artículo 205 del Reglamento [cfr. art. 50.c de la Ley Vigente], la cual dispone que el Tribunal impondrá sanción administrativa de suspensión o inhabilitación a los proveedores, postores y/o contratistas que contraten con el Estado estando impedidos para ello, de

acuerdo a lo establecido en el artículo 9 de la Ley [cfr. art. 11 de la Ley vigente]. En virtud de ello, este Colegiado ha revisado si es que la condición de servidor activo del Ministerio de Educación por parte del Postor encaja en algunos de los impedimentos establecidos en el artículo 9 del Reglamento. De este modo, de la revisión de los referidos impedimentos se puede colegir que la condición del Contratista no encaja en ninguno de los impedimentos previstos por la Ley, ya que incluso en el supuesto negado que el Postor pudiera ser considerado como funcionario público, dicho impedimento solo se restringe al ámbito del mismo sector y, en el caso en concreto el Postor habría prestado servicios para Entidades de distintos sectores. Teniendo en cuenta ello, el Postor no estaba impedido de contratar con el Estado bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, por tanto, se concluye que no corresponde imponer sanción administrativa [...]. (Resolución N.º 2487-2009-TC-S4, de 17-11-2009, ff. 3 y 4. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2FhpXaE>).

§ 365. El impedimento regulado en el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley resulta de aplicación incluso a las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (art. 11.1.f). 3. CONCLUSIONES. 3.1. Un servidor público, durante el ejercicio del cargo, se encuentra impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en cualquier contratación pública que se realice dentro del territorio nacional; mientras que, desde el momento en el que deja el cargo y hasta doce (12) meses después de producido dicho evento, está impedido de participar únicamente en las contrataciones de la Entidad de la que formó parte siempre que por la función desempeñada hubiera tenido o tenga influencia, poder de decisión, o información privilegiada sobre el proceso de contratación, o cuando su participación le genere un conflicto de intereses. **3.2.** Un ex servidor público no se encuentra impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en la Entidad de la cual formo parte -desde el momento en el que deja el cargo y hasta doce (12) meses después de producido dicho evento- cuando por la función desempeñada no hubiera tenido o no tenga influencia, poder de decisión, o información privilegiada sobre el proceso de contratación o cuando su participación no le genere un conflicto de intereses. Dicho impedimento tampoco aplica en la contratación de un ex servidor público por parte de otra Entidad, siempre que se realice luego que este haya dejado el cargo. **3.3.** El impedimento regulado en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley resulta de aplicación incluso a las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción. **3.4.** El impedimento previsto en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, resulta aplicable incluso cuando un servidor público haya dejado el cargo con anterioridad al 3 de abril de 2017. (Opinión N.º 144-2017/DTN, de 04-07-2017, ff. 3 al 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UksgPc>).

§ 366. Los empleados públicos, cualquiera sea el régimen laboral bajo el cual están contratados, se encontraría impedidos de ser participantes, postor o contratista en las contrataciones llevadas a cabo por las Entidades bajo la normativa de Contrataciones del Estado, salvo que se encuentren incurso en alguna excepción a dicho impedimento (art. 11.1.f). CONSULTA: 2. *“Solicito se sirva emitir opinión respecto de lo previsto en el artículo 11º de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 248º del Reglamento de la citada Ley, considerando que en esta casa de estudios superiores, tenemos personal docente y personal administrativo, y los docentes generalmente por las tardes y/o fines de semana, dictan cursos en los programas de especialización, diplomados, segunda especialidad profesional, entre otros, fuera de su horario de trabajo, pues es nuestra plana docente con la cual desarrollamos nuestras actividades académicas, para el efecto, ellos prestan servicios por horas como locadores de servicios sea para el dictado de clases, consultorías u otras actividades afines luego de sus labores en el pre grado, por lo que nuestra consulta clara y directa es que si los impedimentos dispuestos en los citados artículos de la Ley N.º 30225 y su Reglamento, respectivamente, se aplica a nuestra plana docente en las situaciones señaladas (...)”* [...] **2.2.** [...] [El] primer párrafo del artículo 40 de la Constitución Política del Perú señala que *“La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente (...)”* [...] Asimismo, la Ley N.º 28175, Ley Marco del Empleo

Público, desarrollando esta prohibición, en su artículo 3 dispone que *“Ningún empleado público puede percibir del Estado más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso. Es incompatible la percepción simultánea de remuneración y pensión por servicios prestados al Estado. Las únicas excepciones las constituyen la función docente y la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de entidades o empresas públicas.”* (El resaltado es agregado). [...] En consecuencia, se advierte que la intención de las citadas normas es prohibir que todo empleado o servidor público perciba –de manera simultánea– doble retribución de parte del Estado, esto es: i) doble remuneración; o una remuneración y una pensión; o ii) una remuneración o pensión, y, a la vez, un honorario por servicios no personales o locación de servicios, asesorías o consultorías, emolumento o cualquier tipo de ingreso otorgado por el Estado; salvo las excepciones previstas en las citadas disposiciones u otras establecidas por ley o norma con rango de ley. **2.3.** En virtud de lo expuesto, un empleado público, cualquiera sea el régimen laboral bajo el cual este contratado, se encontraría (lo debe determinar la propia Entidad) impedido de ser participante, postor o contratista en las contrataciones llevadas a cabo por las Entidades en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, siempre que no esté incurso en alguna excepción a dicho impedimento, contemplada en alguna ley o norma con rango de ley, como es el caso del ejercicio de la función docente, debiendo precisarse que, la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, es la Entidad competente para absolver las consultas sobre los alcances de esta materia. (Opinión N.º 164-2016/DTN, de 12-10-2016, ff. 2, 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BBUuxP>).

§ 367. Si un funcionario y/o servidor público que conforma el plantel técnico de una propuesta no presenta la calidad de participante, postor y/o contratista, no estaría incluido dentro de los impedimentos establecidos en la normativa sobre contratación pública (art. 11.1.f). CONSULTA: 2. *“¿Existe algún impedimento para que un postor presente dentro de su propuesta técnica, como integrante de su plantel técnico, a un funcionario y/o servidor público en servicio de la Entidad convocante? ¿De otorgarse la buena pro a dicho postor, el funcionario y/o servidor público debería renunciar a la Entidad a fin de no incurrir en prohibiciones e incompatibilidades? ¿En qué momento debería renunciar?”*. [...] 3. CONCLUSIONES: **3.1.** Los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo; directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado; y funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia, se encuentran impedidos de ser participantes, postores o contratistas en las contrataciones que lleve a cabo la Entidad de la cual son parte. **3.2.** En la medida que un funcionario y/o servidor público que conforma el plantel técnico de una propuesta no presenta la calidad de participante, postor y/o contratista, no estaría incluido dentro de los impedimentos establecidos en la normativa sobre contratación pública. Sin perjuicio de ello, deberá tenerse en cuenta las disposiciones del Código de Ética de la Función Pública y demás normas conexas, que regulan la actuación de los funcionarios y servidores públicos, a efectos de no perjudicar los intereses institucionales. (Opinión N.º 023-2010/DTN, de 19-02-2010, ff. 2, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2VGKNWH>).

NUMERAL 11.1.G

§ 368. Alcances del término “intervención directa” contenido en el literal g) del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado (art. 11.1.g). **2.3.** Ahora bien, para determinar la vinculación directa de dichas personas en cada uno de los momentos descritos es necesario referirnos al criterio establecido en la Opinión N.º 036-2010/DTN [§ 372], la cual señala que el impedimento comprendía: (i) Respecto de la determinación de las características técnicas: Al personal de la Entidad o consultores que intervinieron directamente en la elaboración de las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico de obra, según corresponda. Asimismo, en cuanto a la elaboración de los estudios propios de un Proyecto de Inversión Pública, la persona, natural o jurídica que elaboró un estudio técnico previo, se encontraba impedida de participar en el proceso de selección que se convocó para contratar la elaboración del estudio inmediato posterior, del mismo proyecto, puesto que el primer estudio que realizó constituiría la base o fundamento para determinar las características técnicas

del siguiente estudio. (ii) Respecto de la determinación del valor referencial: El personal de la Entidad o consultores que intervinieron en la determinación del valor referencial desde el inicio de las indagaciones para conocer los precios y demás condiciones de mercado, hasta la determinación de la cifra exacta del valor referencial. (iii) Respecto de la elaboración de las Bases: El personal de la Entidad o los consultores que participaron en la elaboración de las Bases, así como la persona jurídica que como parte de un encargo de proceso de selección, elabore las Bases. (iv) Respecto de la selección y evaluación de propuestas: Los miembros del Comité Especial que llevaron a cabo el proceso de selección, así como la persona jurídica que por encargo desarrolló el proceso de selección. (v) Respecto de la autorización del pago al postor ganador: Los funcionarios, servidores y demás personal de la Entidad que intervendrán en la autorización del pago al postor que resulte ganador en el proceso de selección, una vez que este haya cumplido con ejecutar las prestaciones pactadas. (Opinión N.º 026-2016/DTN, de 23-02-2016, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2C3auZC>).

§ 369. Un miembro suplente del comité especial no se encuentra inmerso en la causal de impedimento prevista en el literal g) del artículo 11 de la Ley de Contrataciones, siempre y cuando no llegue a tener intervención directa en alguna de las actuaciones previstas en el referido artículo (art. 11.1.g). CONSULTA: 2.3 “¿Un miembro suplente del Comité Especial que no participa en un proceso de selección tiene injerencia y/o responsabilidad en la elaboración de las Bases, conducción del proceso de selección y evaluación de ofertas?”. [...] Así, de acuerdo con el literal e) del referido artículo [cfr. art. 11.g de la Ley] se encuentran impedidas de ser participantes, postores y/o contratistas, cualquiera sea el régimen de contratación aplicable, “En el correspondiente proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas que tengan intervención directa en la determinación de las características técnicas y valor referencial, elaboración de Bases, selección y evaluación de ofertas de un proceso de selección y en la autorización de pagos de los contratos derivados de dicho proceso, salvo en el caso de los contratos de supervisión” (El subrayado es agregado). [...] Ahora bien, debe notarse que este impedimento está referido a la intervención directa de la persona en las diferentes actuaciones mencionadas, por lo que un miembro suplente del comité especial, en la medida que no llegue a intervenir directamente en las actuaciones del proceso de contratación previstas en el literal e) del artículo 10 de la Ley, no se encontrará incurso en el impedimento previsto en dicho literal. Sin embargo, si el miembro suplente de un comité especial llega a tener intervención directa en alguna de las actuaciones previstas en el literal e) del artículo 10 de la Ley, sea porque llega a suplir al miembro titular del comité o por cualquier otra circunstancia, se encontrará impedido de ser participante, postor y/o contratista en dicho proceso. Sin perjuicio de lo expuesto, debe precisarse que, en la medida que el miembro suplente del comité especial sea trabajador de la Entidad convocante, podría encontrarse incurso en el impedimento previsto en el literal d) del artículo 10 de la Ley [cfr. art. 11.f de la Ley vigente]. (Opinión N.º 040-2016/DTN, de 25-02-2016, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UABQh1>).

§ 370. Objetivo del impedimento establecido en el literal g) del artículo 11 de la Ley de Contrataciones (art. 11.1.g). 9. [Hay] que tener en cuenta que dicho impedimento [del art. 11.g de la Ley vigente] persigue limitar la participación en los procesos de contratación de aquellas personas que ostenten una posición privilegiada en la contratación que vaya a efectuar la Entidad, tanto por el conocimiento y/o información que poseen al haber intervenido directamente en generar dicha información relevante de la compra (características técnicas, valor referencial o Bases del proceso) que los coloca en ventaja respecto de los demás, o porque tienen a su cargo la elección de la mejor oferta o pago por los bienes, servicios u obras ejecutadas, lo que generaría un conflicto de intereses entre la función a desempeñar y sus pretensiones personales. (Resolución N.º 521-2012-TC-S1, de 01-06-2012, f. 9. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2CBcHvO>).

§ 371. Es posible contratar personal militar en actividad a efectos de ejercer la función docente, excepto cuando por razón del cargo o función que desempeñen puedan ejercer algún tipo de influencia o decisión en el proceso de contratación (art. 11.1.g). CONSULTA: 2. “¿Resulta viable legalmente, la contratación de personal militar en actividad a efectos de ejercer la función de docente, a pesar que por razón de su cargo o función ejerza algún tipo de influencia y/o decisión sobre el proceso de contrata-

ción, conforme a lo estipulado en el literal d) del artículo 11 de la Ley N.º 30225 [cfr. art. 11.g de la Ley vigente] concordante con la Décima Tercera Disposición Complementaria Final de su Reglamento?” [...] CONCLUSIONES: 3.1. El personal de las Fuerzas Armadas que se encuentre en situación de “actividad” o “disponibilidad” con goce de haber, podría percibir, simultáneamente, dos retribuciones por parte del Estado, cuando una de ellas provenga del ejercicio de la función docente, lo cual debe ser determinado por la propia Entidad. 3.2. Las personas que formen parte de las Fuerzas Armadas que se encuentren en situación de “actividad” están impedidas de ser participantes, postoras y/o contratistas en las contrataciones que lleve a cabo la Entidad a la que pertenecen, siempre que en razón del cargo o función que desempeñen, cuenten con cierta influencia, poder de decisión o información privilegiada sobre la contratación. (Opinión N.º 160-2016/DTN, de 06-10-2016, ff. 2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Rctc6i>).

§ 372. Objetivo del impedimento establecido en el literal g) del artículo 11 de la Ley (art. 11.1.g). 2.1. [...] [E] libre acceso a las contrataciones públicas tiene su fundamento en los principios que inspiran el sistema de contratación estatal -Libre Concurrencia y Competencia, Publicidad, Transparencia, Trato Justo e Igualitario, entre otros- así como en los principios generales del régimen económico nacional consagrados en el Título III de la Constitución Política. En tal sentido, los impedimentos para ser participante, postor o contratista en las contrataciones que lleven a cabo las Entidades, solo pueden ser establecidos mediante ley o norma con rango de ley. Asimismo, dichos impedimentos deben ser interpretados en forma restrictiva, no pudiendo ser aplicados por analogía a supuestos que no se encuentren expresamente contemplados en la ley. **2.2.** [...] Este impedimento tiene como primer objetivo, garantizar la igualdad de acceso a la información entre los proveedores que participen en el proceso de selección. Ello, debido a que las personas que intervinieron en la determinación de las especificaciones técnicas y el valor referencial, o en la elaboración de las Bases cuentan con mayor información sobre el proceso convocado que los demás proveedores, por lo que, de permitirse su participación en el proceso de selección, indirectamente se les estaría otorgando una ventaja respecto de los demás participantes. Adicionalmente, el impedimento busca evitar un conflicto de intereses en la determinación de las especificaciones técnicas, el valor referencial y las Bases, así como en la evaluación y calificación de propuestas, pues si las personas que intervienen en su determinación tienen la opción de ser participantes en el proceso de selección a ser convocado, serían proclives a establecer condiciones que favorezcan su propia participación, perdiendo su objetividad e imparcialidad. (Opinión N.º 036-2010/DTN, de 03-05-2010, ff. 2.1 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ErfsRn>).

§ 373. En el desarrollo de las fases de un Proyecto de Inversión Pública, la persona jurídica o natural que en calidad de consultor elaboró un estudio técnico previo, se encuentra impedido de participar en el proceso de selección que se convoque para contratar la elaboración del estudio inmediato posterior, del mismo PIP (art. 11.1.g). 2.3. Adicionalmente, es pertinente precisar que los estudios de perfil y factibilidad son estudios realizados como parte de las fases del Proyecto de Inversión Pública (PIP). Así, el numeral 6.1 del artículo 6 de la Ley N.º 27293, Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, establece que los PIP se sujetan a tres grandes fases: *i) preinversión; ii) inversión; y iii) postinversión*. La fase de preinversión tiene como objeto evaluar la conveniencia de realizar un PIP en particular; para ello se realiza la evaluación ex ante del proyecto, destinada a determinar la pertinencia, rentabilidad social y sostenibilidad del PIP, así como los criterios que sustentan su declaración de viabilidad. La fase de inversión, por su parte, comienza luego de que el PIP haya sido declarado viable y comprende la ejecución de la inversión, que conlleva la realización del Estudio Definitivo de Inversión (Expediente Técnico Detallado) y la Ejecución propiamente dicha. Finalmente, la fase de postinversión inicia luego de que se haya concluido con la ejecución del proyecto y comprende la ejecución y mantenimiento del PIP ejecutado, así como su evaluación ex post. Al respecto, la fase de preinversión comprende la elaboración del perfil que incluye el análisis a nivel de un estudio de prefactibilidad, y la elaboración del estudio de factibilidad, conforme lo dispone el numeral 11.2 del artículo 11 de la Directiva N.º 001-2011-EF/68.01 – Directiva General del Sistema Nacional de Inversión Pública, aprobada mediante Resolución Directoral N.º 003-2011/EF-68.01. Por su parte, el numeral 23.2 del artículo 23



de la referida directiva establece que, la fase de inversión incluye la elaboración del estudio definitivo, expediente técnico detallado u otro documento equivalente. En relación con lo anterior, en el Glosario de Términos de la Directiva General del Sistema Nacional de Inversión Pública se precisa el alcance de cada uno de los estudios técnicos que son parte de las fases del PIP: • **Perfil:** “*Estimación inicial tanto de aspectos técnicos como de beneficios y costos de un conjunto de alternativas.*” • **Estudio de factibilidad:** “*Valoración precisa de los beneficios y costos de la alternativa seleccionada considerando su diseño optimizado.*” • **Estudio definitivo:** “*Estudio que permite definir a detalle la alternativa seleccionada en el nivel de preinversión y calificada como viable. Para su elaboración se deben realizar estudios especializados que permitan definir: el dimensionamiento a detalle del proyecto, los costos unitarios por componentes, especificaciones técnicas para la ejecución de obras o equipamiento, medidas de mitigación de impactos ambientales negativos, necesidades de operación y mantenimiento, el plan de implementación, entre otros requerimientos considerados como necesarios de acuerdo a la tipología del proyecto. En proyectos de infraestructura, a los estudios especializados se les denomina de ingeniería de detalle (topografía, estudios de sueldos, etc.). Los contenidos de los Estudios Definitivos varían con el tipo de proyecto y son establecidos de acuerdo con la reglamentación sectorial vigente y los requisitos señalados por la Unidad Formuladora y/o Unidad Ejecutora del Proyecto.*” • **Expediente técnico detallado:** “*Documento que contiene los estudios de ingeniería de detalle con su respectiva memoria descriptiva, bases, especificaciones técnicas y el presupuesto definitivo.*” 2.4. De conformidad con lo anterior, un elemento común de los estudios descritos en el punto anterior –además de que todos se enmarcan en el ciclo de un PIP– es que cada uno sirve de base para la realización del siguiente estudio; por lo que, el estudio precedente influye de forma determinante en la delimitación de las características técnicas del siguiente estudio. Así, el estudio de *perfil* es determinante para la realización del estudio de *factibilidad*, y este último para el *estudio definitivo* o *expediente técnico detallado*. Consecuencia natural de ello es que el consultor que elaboró el estudio previo cuente con información privilegiada frente a los otros proveedores por haber participado directamente en la elaboración de las características técnicas que se utilizarán para llevar a cabo el siguiente estudio. Además, de no existir un impedimento como el del literal e) del artículo 10 de la Ley, cabría la posibilidad de que el consultor que realiza el estudio previo, ajuste las conclusiones de este estudio con la finalidad de direccionar las características técnicas del estudio inmediato posterior, situación que vulneraría los principios de Libre Concurrencia y Competencia, Trato Justo e Igualitario, y Eficiencia. En tal orden de ideas, la persona, natural o jurídica, que en calidad de consultor elaboró un estudio técnico previo, se encuentra impedida de participar en el proceso de selección que se convoque para contratar la elaboración del estudio inmediato posterior, del mismo PIP, puesto que el primer estudio que realizó constituiría la base o fundamento para determinar las características técnicas del siguiente estudio. Por el contrario, la persona, natural o jurídica, que en calidad de consultor elaboró un estudio técnico previo, no se encuentra impedida de participar en el proceso de selección que se convoque para contratar la elaboración de otro estudio del mismo PIP, siempre que este último no sea inmediatamente posterior al estudio que realizó. Ello, debido a que las características técnicas del estudio a ser contratado no tendrían como base o fundamento el estudio realizado por la referida persona natural, sino el o los estudios intermedios realizados por otros consultores. (Opinión N.º 029-2013/DTN, de 10-04-2013, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QArkDe>).

§ 374. **Elementos objetivos que configuran el impedimento previsto en el literal g) del artículo 11 de la Ley (art. 11.1.g).** CONSULTA: 2.1. “¿Cuáles son los elementos objetivos que configuran el impedimento previsto en el literal g) del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N.º 30025, modificada por Decreto Legislativo N.º 1341, para que una persona natural o jurídica este impedida de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista?”. [...] 2.1.2. Así, de acuerdo con el literal g) del referido artículo están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas “En el correspondiente proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas que tengan intervención directa en la determinación de las características técnicas y valor referencial, elaboración de Bases, selección y evaluación de ofertas de un proceso de selección y en la autorización de pagos de los contratos derivados de dicho proceso, salvo en el caso de los contratos de supervisión;” (el subrayado es agregado). Como se aprecia, el literal citado establece que se encuentran impedidos de participar en un procedimiento de

selección todas aquellas personas naturales o jurídicas que intervengan directamente en: (i) la determinación de las características técnicas; (ii) la determinación del valor referencial; (iii) la elaboración de las Bases, (iv) la selección y evaluación de propuestas, y (v) la autorización de los pagos de los contratos derivados de dicho proceso. Este impedimento tiene como primer objetivo, garantizar la igualdad de acceso a la información entre los proveedores que participen en el procedimiento de selección. Ello, debido a que las personas que intervinieron en la determinación de las especificaciones técnicas y el valor referencial, o en la elaboración de las Bases cuentan con mayor información sobre el procedimiento convocado que los demás proveedores, por lo que, de permitirse su participación, se les estaría otorgando una ventaja respecto de los demás participantes. Adicionalmente, el impedimento busca evitar un conflicto de intereses en la determinación de las especificaciones técnicas, el valor referencial y las Bases, así como en la evaluación y calificación de propuestas, pues si las personas que intervienen en su determinación tienen la opción de ser participantes en el procedimiento de selección a ser convocado, están en la posibilidad de establecer condiciones que favorezcan su propia participación, lo que atenta contra la competitividad del procedimiento de selección. **2.1.3.** Ahora bien, para determinar la vinculación directa de dichas personas en cada uno de los momentos descritos es necesario referirnos al criterio establecido en las Opiniones N.º 090-2009/DTN, N.º 036-2010/DTN [§ 372] y N.º 026-2016/DTN [§ 368], las cuales señalan que el impedimento comprende: (i) Respecto de la determinación de las características técnicas: Al personal de la Entidad o consultores que intervinieron directamente en la elaboración de las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico de obra, según corresponda. Asimismo, en cuanto a la elaboración de los estudios propios de un Proyecto de Inversión, la persona, natural o jurídica que elaboró un estudio técnico previo, se encuentra impedida de participar en el procedimiento de selección que se convoque para contratar la elaboración del estudio inmediato posterior del mismo proyecto, puesto que el primer estudio que realizó constituiría la base o fundamento para determinar las características técnicas del siguiente estudio. (ii) Respecto de la determinación del valor referencial: El personal de la Entidad o consultores que intervinieron en la determinación del valor referencial desde el inicio de las indagaciones para conocer los precios y demás condiciones de mercado, hasta la determinación de la cifra exacta del valor referencial. (iii) Respecto de la elaboración de las Bases El personal de la Entidad o los consultores que participaron en la elaboración de las Bases, así como la persona jurídica que como parte de un encargo de procedimiento de selección, elabore las Bases. (iv) Respecto de la selección y evaluación de propuestas. Los miembros del Comité Especial o expertos independientes que intervinieron en el procedimiento de selección, así como la persona jurídica que por encargo desarrolló el procedimiento de selección. (v) Respecto de la autorización del pago El personal de la Entidad que intervendrá en la autorización del pago al postor que resulte ganador en el procedimiento de selección, una vez que este haya cumplido con ejecutar las prestaciones pactadas. Por tanto, cada Entidad es responsable de determinar, para cada caso en particular, si se presentan los presupuestos necesarios para la configuración del impedimento contemplado en el literal g) del artículo 11 del Reglamento. (Opinión N.º 099-2018/DTN, de 27-06-2018, ff. 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Azs3Pf>).

§ 375. Si bien el consultor de obra que elaboró el expediente técnico se encuentra impedido, de manera individual o en consorcio, de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista para la ejecución de la referida obra, no se encuentra impedido para ser postor o participe de la supervisión de la obra (art. 11.1.g). CONSULTA: *¿Existiría impedimento para que un consorcio sea postor y/o contratista para la supervisión de una obra, en el caso de que tenga como consorciado a una persona natural, quien con la misma condición de persona natural, a su vez fue uno de los tres consorciados del consorcio que fue adjudicado la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la misma obra, bajo la modalidad contractual de concurso oferta a precios unitarios?* CONCLUSIONES: **3.1.** El consultor de obra que elaboró el expediente técnico se encuentra impedido, de manera individual o en consorcio, de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista para la ejecución de la referida obra. Dicho impedimento no aplica respecto a la supervisión; por tanto, el consultor de obra que elaboró el expediente técnico de la obra puede ser participante, postor, contratista y/o contratista para la supervisión de la referida obra. **3.2.** Se encuentra prohibida la participación de un mismo proveedor como ejecutor de obra y a la vez

como supervisor de la misma, asimismo también se encuentra prohibido que este último sea parte del plantel técnico del ejecutor de la obra. **3.3.** En una contratación desarrollada a través de la modalidad de ejecución contractual de concurso oferta, la cual incluye la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra, dicho contratista no podría, de manera individual o en consorcio, ejercer la supervisión de la referida obra, al configurarse la prohibición indicada en el numeral 160.1 del artículo 160 del Reglamento [cfr. art. 187.1 del Nuevo Reglamento], en la medida que dentro de las actividades que le corresponde al contratista inicial se encuentra la ejecución de la obra. **3.4.** Debe mencionarse que la anterior Ley únicamente preveía que la modalidad de concurso oferta sólo podía aplicarse en la ejecución de obras que se convocaron bajo el sistema de suma alzada y no bajo el sistema de precios unitarios, ello en aplicación de los artículos 40 y 41 del anterior Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 184-2008-EF. (Opinión N.º 068-2018/DTN, de 23-05-2018, ff. 3.1 al 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RpzHTD>).

NUMERAL 11.1.H

§ 376. Los abuelos de los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos de una Entidad, se encuentran impedidos de ser participantes, postores o contratistas en las contrataciones que se lleve a cabo por la Entidad a la cual pertenecen (art. 11.1.h). CONSULTA: 2. *¿Se encuentra impedida de participar en los procesos de selección (Adjudicación Directa Selectiva y Adjudicación de Menor Cuantía) que convoca una municipalidad, la persona natural cuyo familiar (nieta) labora en dicha municipalidad (Jefe de la Unidad de Formuladora de Proyectos) bajo el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS)? [...]* **2.1.** El literal d) del artículo 10 de la Ley [cfr. arts. 11.e y 11.f de la Ley vigente] dispone que, cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas: *“En la Entidad a la que pertenecen, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia.”* (El subrayado es agregado). Al respecto, debe indicarse que el impedimento contenido en el literal d) del artículo 10 de la Ley se encuentra circunscrito al ámbito de la Entidad y tiene por objeto restringir la intervención de las personas naturales que la integran en las contrataciones que dicha Entidad lleve a cabo para satisfacer sus necesidades, a efectos de evitar conflictos de intereses que perjudiquen la transparencia y, en última instancia, la idoneidad de las contrataciones. **2.2.** Adicionalmente, debe precisarse que el literal f) del artículo 10 de la Ley [cfr. art. 11.h de la Ley vigente] señala que también están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas: *“En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;”* (el subrayado es agregado). De acuerdo con el literal citado, el impedimento del literal d) del artículo 10 de la Ley se extiende a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los *“funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos”*, dentro del mismo ámbito espacial y temporal establecido para estos. Al respecto, debe indicarse que el artículo 236 del Código Civil regula el parentesco consanguíneo de la siguiente manera: *“Artículo 236.- Parentesco consanguíneo. El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado de parentesco se determina por el número de generaciones. En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado.”* Del artículo citado se desprende que los abuelos de una persona natural son sus parientes consanguíneos en segundo grado. Por tanto, los abuelos de los *“funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos”* de una Entidad, se encuentran impedidos de ser participantes, postores o contratistas en las contrataciones que dicha Entidad lleve a cabo. (Opinión N.º 070-2012/DTN, de 06-06-2012, ff. 2, 2.1 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rOfGQc>).

§ 377. Los impedimentos al funcionario público y sus parientes se configuran desde el primer día que el funcionario público asume el cargo (art. 11.1.h). CONSULTA: **2.1.** *“Se configura el impedimento establecido en el literal f) del artículo 11º de la Ley de Contrataciones del Estado si en el marco de*

una contratación menor a ocho (8) UITs se emite una orden de servicio a un proveedor el mismo día que se nombra a su familiar como Ministro de Estado (cuarto grado de consanguinidad)?". 2.1.4. Ahora bien, en lo que respecta a la consulta formulada, la misma se encuentra referida a si se configuraba impedimento para contratar con el Estado cuando el mismo día de la emisión de una orden de servicio a un proveedor, en una contratación inferior a 8 (UIT), su pariente (cuarto grado de consanguinidad) es nombrado Ministro de Estado. Sobre el particular, de conformidad con el criterio establecido en distintas opiniones los impedimentos como el descrito en el anterior literal a) del artículo 11 de la Ley [cfr. art. 11.e de la Ley vigente] se configuran desde que el funcionario público asume el cargo. Al respecto, debe indicarse que este Organismo Técnico Especializado no es competente para definir cuándo asume el cargo determinados funcionarios públicos, pues para ello deben analizarse normas que no pertenecen a la normativa de contrataciones del Estado, siendo necesario recurrir a la normativa de la materia. [...] **2.1.5.** Efectuadas las precisiones anteriores, debe señalarse que correspondía a cada Entidad determinar si un proveedor se encontraba impedido de ser participante, postor y/o contratista en un proceso de contratación pública, incluyendo a las contrataciones cuyos montos eran iguales o inferiores a 8 (UIT), bajo los supuestos descritos en el anterior artículo 11 de la Ley. Del mismo modo, es preciso mencionar que en el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, el contrato se perfeccionaba con la suscripción del documento que lo contiene, salvo determinadas situaciones donde el contrato se podía perfeccionar con la recepción de la orden de compra o de servicios. Por tanto, la sola emisión de una orden de compra o de servicio no generaba una obligación contractual, siendo necesario para dichos efectos que haya sido válidamente recibida. (Opinión N.º 166-2017/DTN, de 03-08-2017, ff. 2.1, 2.1.4 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KCVcxj>).

§ 378. La no penalización de la contratación de parientes en caso de contar con un grado de parentesco consanguíneo de tercer o mayor grado (art. 11.1.h). 25. [...] [El] tipo infractor previsto hoy en día en la Ley N.º 30225 (modificada por el Decreto Legislativo N.º 1341) ya no considera reprochable la contratación con parientes de hasta el cuarto grado de consanguinidad de personas impedidas, sino tan solo hasta el segundo grado de consanguinidad. En ese sentido, resulta obviamente más beneficioso para el administrado, la aplicación de La normatividad hoy vigente, en relación al tipo infractor de contratar estando impedido, pues como se ha dicho, el mencionado tipo infractor ha variado su configuración, de tal manera que se puede advertir la intención del legislador de no penalizar la contratación de parientes de personas impedidas, con un grado de parentesco consanguíneo de tercer o mayor grado. (Resolución N.º 0697-2017-TCE-S3, de 12-04-2017, f. 25. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2RNMVtq>).

§ 379. El contratista no puede considerarse conviviente de un funcionario público a efectos de configurarse impedimento para contratar con el Estado, si a la fecha de la suscripción del contrato este último mantenía vínculo matrimonial vigente con persona distinta al supuesto infractor ganador de la buena pro (art. 11.1.h). 6. A su vez, el literal c) del artículo 9 de la Ley [cfr. art. 11.h de la Ley vigente], establece que están impedidos de ser postores y/o contratistas el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de las personas a que se refieren los literales a) y b) del mencionado artículo. **7.** En el caso materia de análisis, la imputación contra la Contratista está referida a que ésta mediante la Orden de Servicio N.º 0000944 emitida a su favor, había realizado una pericia contable de parte para la Entidad, es decir había Contratado con el Estado estando impedido para ello, toda vez que la Contratista tenía un vínculo familiar (conviviente) con el Auditor de la Oficina de Control Institucional de la Entidad, el señor ONE. [...] **8.** Ahora bien, de las normas antes reseñadas y en base a la documentación obrante en autos, se ha verificado que la Contratista cuando contrató con la Entidad, no era conviviente del Auditor de la Oficina de Control Institucional de la Entidad, el señor ONE, toda vez que éste tenía la condición civil de casado con la señora AJV, desde el 7 de enero de 1986 hasta el 7 de setiembre de 2007, tal como lo demuestra la Partida de Matrimonio Certificada por la Municipalidad Distrital de Sama, Provincia y Departamento de Tacna, y que la Contratista exhibió al Tribunal en su escrito de descargos de fecha 16 de noviembre de 2007. Asimismo, es preciso indicar que la Entidad no ha acreditado con pruebas fehacientes la

imputación efectuada contra la Contratista. Por otro lado, la Contratista ha adjuntado el Manual de Organización y Funciones de la Entidad (MOF) de la Entidad, en la cual este Colegiado ha podido verificar que el Auditor de la Oficina de Control Institucional de la Entidad (cargo que ostentaba el señor ONE) dependía funcional y administrativamente a la Contraloría General de la República, por lo tanto la mencionada persona no era funcionario de la Entidad y no tenía intervención directa o indirecta en los procesos de selección convocados por la Entidad ni en las contrataciones que ésta pudiese efectuar (el subrayado es nuestro). En este sentido, queda demostrado que la Contratista no se encontraba impedida de contratar con la Entidad. (Resolución N.º 1377-2009-TC-S3, de 27-05-2009, ff. 6 al 8. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2H5IUkd>).

§ 380. Se encuentra impedido de ser participante, postor, contratista o subcontratista el cuñado de la persona que ocupa el cargo de Director Ejecutivo de Planeamiento Estratégico de la Entidad (art. 11.1.h). 4. En el caso materia de análisis, la imputación efectuada contra el Postor está referida a la presentación de la “Declaración Jurada del Postor” de fecha 7 de febrero de 2006 (Anexo N.º 03), la cual constituiría un documento con información inexacta ya que a través de éste el Postor afirmó no tener impedimento para participar en el proceso de selección ni contratar con el Estado, pese a ser pariente en segundo grado de afinidad de la señora LDMB, funcionaria de la Entidad. 5. Así pues, conforme puede apreciarse del Acta de Otorgamiento de la Buena Pro de fecha 7 de febrero de 2006, el Comité Especial a cargo del proceso de selección descalificó al Postor por ser pariente en segundo grado de afinidad (cuñado) de la señora LDMB, quien ocupaba el cargo de Directora Ejecutiva de Planeamiento Estratégico de la Entidad, así como por ser pariente en segundo grado de consanguinidad (hermano) del señor AAC, quien formaba parte del equipo técnico de la Dirección de Infraestructura, dependencia que tenía a su cargo la supervisión y evaluación de los diferentes proyectos de infraestructura. (Resolución N.º 979-2009-TC-S3, de 31-03-2009, ff. 4 y 5. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Rhg3wL>).

§ 381. No es necesario que el empleado público participe directamente en el proceso de selección para que se configure el impedimento a su cónyuge de contratar en la Entidad a la cual pertenece (art. 11.1.h). 6. En el caso materia de análisis, una de las imputaciones efectuadas contra el Contratista está referida a que ésta había Contratado con el Estado estando impedido para ello, toda vez que el esposo de la Contratista, el señor AEO, se desempeñaba como administrador de una de las agencias del Banco de la Nación, en tal sentido se habría configurado el supuesto establecido en el literal c) del artículo 9 de la Ley [cfr. art. 11.h de la Ley vigente]. 7. Sobre el particular, resulta conveniente señalar que el artículo 9 de la Ley detalla quiénes se encuentran impedidos de participar en un proceso de selección y de contratar con el Estado. Y es que la Ley, a efectos de salvaguardar el cumplimiento de los principios de libre competencia, imparcialidad, transparencia y trato justo e igualitario dentro de los procesos de selección que las Entidades llevan a cabo, establece presunciones -que no admiten prueba en contrario- de injerencia, ventaja o privilegios de ciertas personas que, por las funciones o labores que cumplen o cumplieron o por los vínculos particulares que mantienen, pueden exhibir conflictos de intereses o generar serios cuestionamientos sobre la objetividad e imparcialidad con que pueda llevarse el proceso de contratación. 8. En atención a lo expuesto, es preciso señalar que del artículo 9 de la Ley [cfr. art. 11 de la Ley vigente] establece lo siguiente: “*Están impedidos de ser postores y/o contratistas: (...); b) Los titulares de instituciones o de organismos públicos descentralizados, los presidentes y vicepresidentes regionales, los consejeros de los Gobiernos Regionales, los alcaldes, los regidores, los demás funcionarios y servidores públicos, los directores y funcionarios de las empresas del Estado; y, en general, las personas naturales contractualmente vinculadas a la Entidad que tengan intervención directa en la definición de necesidades, especificaciones, evaluación de ofertas, selección de alternativas, autorización de adquisiciones o pagos; c) El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de las personas a que se refieren los literales precedentes; (...)*”. 9. Con relación al artículo [...] glosado en el párrafo precedente, este Colegiado considera que en el caso de “los demás funcionarios y servidores públicos” a los que se refiere el primer supuesto de su literal b) [cfr. art. 11.f de la Ley vigente], el sólo hecho de

ser tales constituye un impedimento para ser postor y/o contratista, no siendo necesario que, adicionalmente, dichos empleados públicos participen directamente en la definición de necesidades, especificaciones, evaluación de propuestas, selección de alternativas, autorización de adquisiciones o pagos. Sobre este punto, debe tenerse en cuenta que el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa define al servidor público como el *“ciudadano en ejercicio que presta servicios en Entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de Ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en periodos regulares”*. En igual sentido, la Novena Disposición Final de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República contiene una definición de servidor o funcionario público, para los efectos de la citada Ley, entendiéndose por tal a *“todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las Entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales Entidades”*. 10. Ahora bien, y en base a la documentación obrante en autos, se ha verificado, mediante el Informe EF/92.2730 N.º 006-2010 de fecha 21 de enero de 2010, emitido por el Gerente de la Entidad, que el Órgano de Control Interno de la misma, mediante Informe SAGU N.º 037-2009-2-0010, constató que el esposo de la Contratista, el señor AEO, se desempeñaba como administrador de la agencia “B” Puerto Maldonado del Banco de la Nación. Por lo tanto, dicha persona era un funcionario de la Entidad, motivo por el cual su cónyuge (la Contratista) estaba impedida de ser Postor y/o Contratista [...]. (Resolución N.º 1535-2010-TC-S3, de 11-08-2010, ff. 6 al 10. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2BPIY19>).

§ 382. Presentar una declaración jurada manifestando no hallarse impedido para contratar con el Estado a pesar de que la cónyuge del postor es funcionaria o servidora pública de la Entidad que convoca el procedimiento, se enmarca dentro del supuesto de infracción por presentación de información inexacta (art. 11.1.h). Véase la jurisprudencia del artículo 50º de la Ley [§ 871]. (Resolución N.º 138-2011-TC-S3, de 31-01-2011, ff. 23 y 24. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2VIUuj>).

NUMERAL 11.1.1

§ 383. Una persona jurídica puede participar individualmente o en consorcio dentro de un proceso de selección, siempre que estando conformadas por las personas citadas en los literales del a) al h) del artículo 11 de la Ley, éstas no sobrepasen el 30% del capital, salvo que tengan otro impedimento en la normativa de contratación pública (art. 11.1.i). CONSULTA: 2.1. *“¿Si una persona natural es titular de hasta el 30% del capital o patrimonio social en varias personas jurídicas, éstas pueden participar individualmente o en Consorcio en un Proceso de Selección?”* [...] 2.2. *“¿Si una persona natural que es titular de más del 30% del capital o patrimonio social de una persona jurídica que ha sido sancionada con inhabilitación para contratar con el Estado es accionista o socia en otra compañía, ésta tiene impedimento para participar como postor en un Proceso de Selección?”* [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Las personas jurídicas pueden concurrir, individualmente o en consorcio, como participantes, postores, contratistas y subcontratistas en un procedimiento de selección, siempre que estando conformadas por las personas citadas en los literales del a) al h) del artículo 11 de la Ley, éstas no sobrepasen el treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social de dichas personas jurídicas; a excepción de que tengan otro impedimento contemplado en la normativa de contratación pública. 3.2. Si una persona natural, independientemente del porcentaje de capital o patrimonio social que posea como titular en una persona jurídica, que ha sido sancionada con inhabilitación para contratar con el Estado, y que, a la vez, tiene la condición de accionista y socia en otra persona jurídica, ésta última estará impedida de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la Ley, si se comprueba fehacientemente que es continuación, derivación, sucesión o testamento de la persona jurídica inhabilitada, o que de alguna manera esta posee su control efectivo, independientemente de la forma jurídica empleada para eludir dicha restricción, tales como fusión, escisión, reorganización, transformación o similares. (Opinión N.º 222-2017/DTN, de 11-10-2017, ff. 2.1, 2.2, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zXe6ed>).

§ 384. Las personas jurídicas en las que algún integrante haya tenido una participación superior al 30% del capital social y se encontrase impedida de contratar con el Estado en virtud de su parentesco con un funcionario impedido, se encontrarán impedidas de contratar con el Estado, siempre y cuando dicho integrante no hubiese dejado de tener tal participación con anterioridad al momento en que dicho funcionario asume el cargo (art. 11.1.i). CONSULTA: 2.1. “¿Una persona jurídica, cuyos integrantes han tenido una participación superior al 5% del capital social, y son parientes consanguíneos en cuarto grado (o de segundo por afinidad) de las personas establecidas en el literal a) del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, se encontraría impedida de contratar con el Estado, aun cuando dichos accionistas dejen de serlo con anterioridad al nombramiento de las personas indicadas en el citado literal?”. [...] 2.1.4. [...] [Si] dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria de un procedimiento de selección el cónyuge, conviviente y/o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de un funcionario indicado en el literal a) del artículo 11 de la Ley tuvo una participación superior al cinco por ciento (5%) en el capital o patrimonio social de una persona jurídica [30% de participación según la Ley vigente], dicha persona jurídica se encontrará impedida conforme al literal g) del artículo 11 de la Ley, salvo que dicho cónyuge, conviviente y/o pariente hubiese dejado de tener tal participación con anterioridad al momento en que dicho funcionario asume el cargo. (Opinión N.º 201-2016/DTN, de 23-12-2016, ff. 2.1 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RvaHNL>).

§ 385. Si un postor suscribe un contrato con la Entidad, en virtud de que se encontraba vigente una medida cautelar que disponía la suspensión de la sanción de inhabilitación, y luego esta es revocada por irregular, no se configura infracción (art. 11.1.i). 18. [...] [Este] Colegiado advierte que al 5 de junio de 2015 se encontraba vigente una segunda medida cautelar otorgada a favor de la empresa [...] (entre otros proveedores), a partir de lo cual es correcto afirmar que la referida empresa no se encontraba a esa fecha con sanción vigente de inhabilitación en su derecho de contratar con el Estado; por lo que al haber suscrito el contrato derivado del proceso de elección el 5 de junio de 2015, dicha conducta no configura la infracción prevista en el literal d) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley [cfr. art. 50.1 de la Ley vigente], al no contar alguno de los impedimentos para contratar con el Estado [...]. 19. No obstante ello, este Colegiado no puede soslayar el carácter irregular de la emisión de la segunda medida cautelar citada, y que, precisamente, ha tenido incidencia en el presente procedimiento administrativo, toda vez que se ha evidenciado la vigencia de dos medidas cautelares emitidas por el mismo juzgado y con el mismo contenido. [...] 21. Por tanto, este Colegiado concluye que a la fecha de suscripción del contrato derivado del proceso de selección, se encontraba vigente y notificada al OSCE, una medida cautelar que -aunque irregular en su emisión- suspendía los efectos de la sanción impuesta por el Tribunal a [los] [...], integrantes del Consorcio, mediante la Resolución N.º 2291-2010-TC-S4; en consecuencia, a dicha fecha no contaba con algún impedimento para contratar con el Estado. (Resolución N.º 1753-2016-TCE-S4, de 01-08-2016, ff. 18 y 21. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2zYB6cT>).

NUMERAL 11.1.J

§ 386. El impedimento previsto en el literal j) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley no se configura cuando el asociado o miembro del consejo directivo de la persona jurídica sin fines de lucro haya dejado dicha condición con anterioridad a la juramentación de un cargo público (art. 11.1.j). CONSULTA: 2. “(...) confirmar si el impedimento regulado en el literal j) del numeral 11.1 del artículo 11 de la LCE no se configura para una persona jurídica sin fines de lucro cuando uno o más de sus miembros del consejo directivo ha(n) renunciado a dicho cargo de forma previa a asumir el cargo de Ministro de Estado”. [...] 2.3. [Una] persona jurídica sin fines de lucro en donde participen o hayan participado como asociados o miembros de sus consejos directivos (dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección) un Ministro y/o Viceministro de Estado se encontrará impedida para contratar con el Estado. Este impedimento es aplicable durante el ejercicio del cargo y hasta doce (12) meses después de haberlo dejado (en el ámbito del sector de dicha autoridad). Conforme a lo anterior, la configuración del impedimento previsto en el literal j) depende, a su vez, de la configuración de los impedimentos previstos precedentemente. Así, por ejemplo, un funcionario solo estará impedido desde que tiene la condición de tal y solo a partir de entonces se configurará el impedimento del literal j) antes mencionado. Por tanto, considerando que conforme el literal j) del

numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley una persona jurídica sin fines de lucro se encontrará impedida si en ella participan o han participado como asociados o miembros de sus consejos directivos algún Ministro y/o Viceministro de Estado, entonces si dicho integrante renunció a la persona jurídica antes de haber sido juramentado como Ministro y/o Viceministro de Estado, dicha persona jurídica no se encontraría impedida, ya que nunca tuvo dentro de su organización al Ministro y/o Viceministro de Estado en su condición de tal. (Opinión N.º 133-2017/DTN, de 09-06-2017, ff. 2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rstdaQ>).

NUMERAL 11.1.K

§ 387. No existe impedimento para que un pariente dentro del segundo grado de consanguinidad del representante legal de una sociedad absorbida que fue sancionada, sea representante legal, integrante del órgano de administración o apoderado de la sociedad absorbente (art. 11.1.k).

CONSULTA: 2.1. *“¿Existe impedimento para contratar con el Estado de conformidad con lo establecido en el literal K) del artículo 11 de la Ley, de una persona jurídica resultante del proceso de fusión por absorción cuando ya no conserve a los integrantes que hayan conformado parte de la sociedad absorbida (Sancionada) o este supuesto está referido solamente a las personas descritas en los literales precedentes?”*. [...] 2.2. *“Si una persona Jurídica resultante del proceso de fusión por absorción, se encuentre representado por un pariente del segundo grado de consanguinidad del representante legal de la persona jurídica absorbida (sancionada), se encontrará impedido de contratar con el Estado, pese a que nunca fue integrante del proveedor sancionado, esto de conformidad con lo que prescribe el literal O) del artículo 11 de la Ley, y no se aplicaría el Principio de Causalidad previsto en el literal 8) del artículo 230 de la Ley N.º 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General?”*. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Para la configuración del impedimento descrito en el literal k) del artículo 11 de la Ley se consideran los impedimentos previstos en los literales anteriores, es decir del a) al j), no encontrándose dentro de ellos el impedimento de la persona natural o jurídica que se encuentre sancionada administrativamente con inhabilitación temporal o permanente en el ejercicio de sus derechos para participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado. (Opinión N.º 131-2017/DTN, de 09-06-2017, ff. 2.1, 2.2, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2G8i4Gv>).

§ 388. Un Consejero de un Gobierno Regional está impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones del Estado, en toda contratación pública que se realice dentro del país durante el ejercicio de su cargo. Dicho impedimento se extiende, en el tiempo y ámbito antes señalados, a la persona jurídica en la cual éste sea integrante de los órganos de administración, apoderado o representante legal (art. 11.1.k). CONSULTA: 2. *“Una empresa privada, cuyo Gerente General y Director es Consejero Regional ¿Puede alquilar un inmueble de su propiedad ubicado dentro del ámbito regional del Consejero al Gobierno Central o una entidad Estatal de competencia nacional, cuyo titular del pliego y funcionarios que firmarán el contrato de alquiler laboran en la sede central que está ubicada en otra Región?”*. [...] 2.4. [Debe] indicarse que el literal k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que se encuentran impedidos “En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes [es decir, del a) al j)], las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las referidas personas. Idéntica prohibición se extiende a las personas naturales que tengan como apoderados o representantes a las citadas personas.”. De la citada disposición, se aprecia que la configuración de dicho impedimento se cumple, en el ámbito y tiempo previstos en la normativa, cuando alguno de los integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales (por ejemplo, el Gerente General o Director, según sea el caso) se encuentren inmersos en alguno de los impedimentos establecidos en los literales del a) al j), entre ellos, el contemplado en el literal b) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley. En consecuencia, un Consejero de un Gobierno Regional está impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones del Estado, en toda contratación pública que se realice dentro del país durante el ejercicio de su cargo, así como en el ámbito regional hasta 12 meses después de haber dejado el cargo que ejercía; asimismo, dicho impedimento se extiende, en el tiempo y ámbito antes señalados, a la persona jurídica en la cual éste sea integrante de los órganos de administración, apoderado o representante legal, de

conformidad con lo establecido en el literal k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley. (Opinión N.º 145-2017/DTN, de 04-07-2017, ff. 2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PszJbg>).

NUMERAL 11.1.L

§ 389. La sociedad resultante del proceso de fusión estará impedida para contratar con el Estado cuando se configure alguno de los impedimentos previstos en la normativa de contrataciones del Estado (art. 11.1.L). **3.** **CONCLUSIONES 3.1.** La sociedad resultante del proceso de fusión, que absorbió una persona jurídica sancionada, pero extinta en mérito de un proceso de fusión por absorción, debidamente inscrito, no resultaría impedida de ser participante, postor y/o contratista con el Estado. **3.2.** Se encontrará impedida de ser participante, postor y/o contratista la persona jurídica que alberga en su seno a integrantes de la persona jurídica sancionada, que formaron parte de ésta última al momento de imponerse la sanción [...], salvo que deje de contar con aquel integrante que la vincula con el proveedor sancionado o que los integrantes no cuenten con el porcentaje del capital o patrimonio social exigido por la norma. **3.3.** En virtud del Principio de Causalidad que rige la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado, la responsabilidad debe corresponder a quien incurrió en la conducta prohibida por ley, y no puede hacerse responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios. Sin perjuicio de ello, la sociedad resultante del proceso de fusión estará impedida para contratar con el Estado cuando se configure alguno de los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley o del literal c) del artículo 248 del Reglamento [cfr. literal o) art. 11.1 de la Ley vigente]. **3.4.** Para la configuración del impedimento previsto en el literal c) del artículo 248 del Reglamento debe determinarse fehacientemente que la persona natural o jurídica es una sucesión, derivación o testamento de un proveedor impedido, así como el hecho de que, mediante dicha persona natural o jurídica, este proveedor impedido está eludiendo su condición de impedido. (Opinión N.º 076-2017/DTN, de 09-03-2017, ff. 3 al 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RE1pQH>).

§ 390. Requisitos de necesaria verificación para la imposición de la sanción administrativa de inhabilitación temporal o definitiva a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que contraten con el Estado estando impedidos para ello (art. 11.1.L). **10.** En lo que concierne a esta infracción [de contratar con el Estado estando impedido para ello], el literal d) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley [cfr. art. 50.c de la Ley vigente], establecía que se impondrá sanción administrativa de inhabilitación temporal o definitiva a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que contraten con el Estado estando impedidos para ello, de acuerdo a lo establecido en el artículo 10 de la Ley [cfr. art. 11 de la Ley vigente]. **11.** A partir de lo anterior, se tiene que la infracción prevista en el literal d) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, contempla doQel proceso. **3.2.** La sanción que se impone a un determinado proveedor (persona natural o jurídica), impide que éste participe y/o contrate con el Estado. En ese sentido, se le restringe el acceso al mercado de compras públicas evitando que le pueda vender u ofertar bienes, servicios y obras a las entidades del Estado. **3.3.** En virtud del principio de inaplicabilidad por analogía de las normas restrictivas o excepcionales, las causales que restringen derechos de participación de postores y contratistas en un proceso de selección no pueden extenderse a supuestos no contemplados en la Ley; por lo que, la inhabilitación para que determinado proveedor participe y/o contrate con el Estado, no podría afectar la posibilidad de comercializar sus productos en el ámbito privado o que otros proveedores (personas naturales o jurídicas), comercialicen dichos productos en el ámbito estatal. Lo expuesto no puede soslayar la obligación de los participantes, postores y contratistas, así como de las Entidades contratantes, de actuar en todos los casos, conforme a los principios que rigen la contratación pública. (Opinión N.º 060-2010/DTN, de 27-08-2010, ff. 2, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2A8BxS4>).

§ 392. Si el Consorcio se encuentra integrado por empresas con sanción de inhabilitación vigente, no podrá contratar con el Estado ni participar en los procesos de selección (art. 11.1.L). Véase la jurisprudencia del artículo 258º del Nuevo Reglamento [§ 2119]. (Resolución N.º

2939-2016-TCE-S3, de 13-12-2016, ff. 8 y 9. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2DHTDgZ>).

§ 393. **La prórroga de un contrato de arrendamiento no constituye un nuevo contrato. No existe en la actual normativa impedimento para que se prorrogue un contrato de arrendamiento cuando el contratista ha sido inhabilitado de manera sobreviniente a la celebración del contrato (art. 11.1.L).** Véase la jurisprudencia del artículo 142° del Nuevo Reglamento [§ 1667]. (Opinión N.º 058-2017/DTN, de 23-02-2017, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BRXAxE>).

NUMERAL 11.1.M

§ 394. **Impedimentos para contratar con el Estado solo pueden ser establecidos mediante ley. Prohibición de analogía. Personas -naturales o jurídicas- que sean objeto de una investigación fiscal por la presunta comisión de un ilícito penal no se encuentran impedidas de ser participantes, postoras y/o contratistas (art. 11.1.m).** 2.2.1. [...] [Los] impedimentos para ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones que lleven a cabo las Entidades, solo pueden ser establecidos mediante ley. Además, teniendo en consideración que en el ordenamiento jurídico nacional rige el principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que establecen excepciones o restringen derechos, los impedimentos previstos en el artículo 10 de la Ley [cfr. art. 11 de la Ley vigente], al restringir la libre participación de los proveedores en las contrataciones públicas, no pueden extenderse a supuestos no contemplados en dicho artículo. En tal sentido, se aprecia que dentro de los supuestos previstos en el artículo 10 de la Ley, no se establece que las personas -naturales o jurídicas- que sean objeto de una investigación fiscal por la presunta comisión de un ilícito penal se encuentran impedidas de ser participantes, postoras y/o contratistas, pues un impedimento de este tipo constituiría una contravención al principio de presunción de inocencia que contempla nuestro ordenamiento jurídico; en tal sentido, dichas personas sí pueden participar en los procesos de contratación que realicen las Entidades del sector público, salvo que sobre ellas recaiga una sentencia judicial firme que suspenda sus derechos para contratar con el Estado. (Opinión N.º 131-2015/DTN, de 14-08-2015, f. 2.2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2REM2CE>).

NUMERAL 11.1.N

§ 395. **El impedimento previsto en el literal n) del artículo 11 de la Ley se aplica, en el caso de consorcios, únicamente a los integrantes del consorcio cuyos representantes legales o personas vinculadas han sido condenados o han admitido la comisión de cualquiera de los delitos previstos en el referido literal (art. 11.1.n).** 2.1.2. Ahora bien, entre los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley se encuentra el del literal n), en virtud del cual están imposibilitados de ser participantes, postores y/o contratistas, “Las personas jurídicas cuyos representantes legales o personas vinculadas que (i) hubiesen sido condenadas, en el país o el extranjero, mediante sentencia consentida o ejecutoriada por delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, delitos cometidos en remates o procedimientos de selección, o delitos equivalentes en caso estos hayan sido cometidos en otros países; o, (ii) directamente o a través de sus representantes, hubiesen admitido y/o reconocido la comisión de cualquiera de los delitos antes descritos ante alguna autoridad nacional o extranjera competente. Tratándose de consorcios, el impedimento se extiende a los representantes legales o personas vinculadas a cualquiera de los integrantes del consorcio” (el subrayado es agregado). De la norma citada, se advierte que la Ley establece un impedimento para ser participante, postor y/o contratista a las personas jurídicas cuyos representantes legales o personas vinculadas hayan sido condenadas mediante sentencia firme por determinados delitos; o cuando dichas personas, directamente o a través de sus representantes, hubieran admitido y/o reconocido la comisión de dichos delitos. Asimismo, se precisa que, en el caso de consorcios, dicho impedimento se extiende a los representantes legales o personas vinculadas a cualquiera de los integrantes del consorcio. De esta manera, el referido impedimento tiene por finalidad evitar el fraude y la corrupción en los procedimientos de selección,

restringiendo la participación de proveedores que se encuentren vinculados a la comisión de los delitos detallados en las normas bajo análisis. 2.1.3. Efectuadas las precisiones anteriores, es objeto de la presente consulta determinar si a los integrantes del consorcio les alcanza el impedimento previsto en el literal n) del artículo 11 de la Ley. Sobre el particular, el literal c) del acápite 248-A-1 del artículo 248 A del Reglamento [cfr. art. 7.c del Nuevo Reglamento]. [...], establece que el impedimento previsto en el literal n) del artículo 11 de la Ley se aplica a “Los consorciados cuyos representantes legales o personas vinculadas han sido condenados en el país o en el extranjero, mediante sentencia consentida o ejecutoriada, por los delitos previstos en el literal a) del presente artículo, o han admitido o reconocido la comisión de cualquiera de dichos delitos, ante alguna autoridad nacional o extranjera competente” En ese sentido, de una lectura integral de la normativa de contrataciones del Estado, el impedimento previsto en el literal n) del artículo 11 de la Ley se aplica, en el caso de consorcios, únicamente a los integrantes del consorcio cuyos representantes legales o personas vinculadas han sido condenados o han admitido la comisión de cualquiera de los delitos previstos en el referido literal. (Opinión N.º 088-2017/DTN, de 21-03-2017, ff. 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2VFsam1>).

NUMERAL 11.1.O

§ 396. El impedimento contenido en el literal o) del numeral 11.1 de la Ley no vulnera los principios de causalidad ni culpabilidad (art. 11.1.o). 2.5. CONSULTA: “Considerando las diversas opiniones y pronunciamientos del OSCE, en los cuales se indica claramente que una vez extinta la persona jurídica que cometió la infracción, y por ende fue sancionada, también se extingue la sanción debido al principio de causalidad y culpabilidad. ¿De qué forma se conserva tanto el principio de causalidad y culpabilidad bajo el amparo del literal c) del artículo 248º del actual Reglamento de Contrataciones del Estado [cfr. art. 11.1.o de la Ley vigente]?”. 2.5.1. Mediante anteriores Opiniones, se ha establecido que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto los principios que rigen la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado, dado que, de acuerdo con el artículo 230 de la Ley N.º 27444, “Ley del Procedimiento Administrativo General”, la potestad sancionadora de todas las entidades públicas está regida por los principios especiales de Legalidad, Razonabilidad, Tipicidad, Causalidad, Presunción de Licitud, entre otros. Así, de acuerdo con el numeral 8) del mencionado artículo, el Principio de Causalidad implica que: “La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.” (El subrayado es agregado). [...] De lo expuesto, se advierte que, en virtud del Principio de Causalidad que rige la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado, la responsabilidad por la comisión de una infracción debe imputarse a la persona que cometió la conducta prohibida por la Ley y, por tanto, no puede hacerse responsable a una persona por un hecho ajeno. No obstante, conforme se indicó anteriormente, el literal c) del artículo 248º [cfr. art. 11.1.o de la Ley vigente] establece un impedimento para ser participante, postor y/o contratista a aquella persona natural o jurídica mediante la cual un proveedor pretenda eludir su condición de impedido. En esta medida, esta disposición no establece la responsabilidad de una sanción a una persona distinta de quien cometió la infracción sancionada, por lo que no vulnera el principio de causalidad; sino que, más bien, establece un impedimento a aquella persona natural o jurídica, mediante la cual un proveedor pretende eludir su condición de impedido, cometiendo así un fraude a la ley. 2.5.2. [...] [En] virtud del Principio Culpabilidad que rige la potestad sancionadora del Estado, es necesario que, en principio, se compruebe la responsabilidad subjetiva del agente infractor a efectos de imponerle una sanción administrativa; no obstante, en materia de Contratación Pública, el propio Tribunal de Contrataciones del Estado, ha señalado que en determinados casos el Principio de Culpabilidad no siempre puede exigirse en el ámbito administrativo, en el cual sí podrán existir sanciones por responsabilidad objetiva cuando las reglas existentes y los procedimientos de aplicación del derecho así lo permitan. 2.5.3. Ahora bien, tal como se indicó anteriormente, para la configuración del impedimento previsto en el literal c) del artículo 248 del Reglamento debe determinarse fehacientemente que la persona natural o jurídica es una sucesión, derivación o testafierro de un proveedor impedido, así como el hecho de que, mediante dicha persona natural o jurídica, este proveedor impedido está eludiendo su condición de impedido. En esta medida, la verificación de este impedimento requiere la realización de un análisis de las circunstancias particu-

lares de cada caso concreto y la determinación de que, efectivamente, una persona natural o jurídica está sirviendo como vehículo para que un proveedor eluda su condición de impedido. Por lo cual, esta norma no vulnera el Principio de Culpabilidad. (Opinión N.º 131-2016/DTN, de 16-08-2016, ff. 2.5, 2.5.1, 2.5.2 y 2.5.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2A4TgcU>).

§ 397. Las personas naturales o jurídicas que sirvan de derivación, sucesión o testafarro de un impedido de ser participante, postor, contratista o subcontratista en las contrataciones del Estado, para que este último eluda su impedimento; también se encontrarán impedidas (art. 11.1.o). 2.2. [...] [Se] advierte que las personas naturales o jurídicas que son derivación, sucesión o testafarro de un proveedor impedido de ser participante, postor, contratista o subcontratista en las contrataciones del Estado, a través de las cuales pretenda eludir su condición de impedido, también se encontrarán impedidas; para lo cual, se entiende que dicha derivación, sucesión o condición de testafarro puede ocasionarse por razón de las personas que representan o constituyen estas personas naturales o jurídicas, o cualquier otra circunstancia comprobable. Finalmente, debe precisarse que para la configuración del impedimento previsto en el literal o) del artículo 11 de la Ley, debe determinarse fehacientemente que la persona natural o jurídica es una sucesión, derivación o testafarro de un proveedor impedido, así como el hecho de que, mediante dicha persona natural o jurídica, este proveedor impedido está eludiendo su condición de impedido. Por estas razones, la determinación de este impedimento requiere la realización de un análisis de las circunstancias particulares de cada caso concreto. (Opinión N.º 240-2017/DTN, de 08-11-2017, f. 2.2. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FG6otu>).

§ 398. El impedimento contenido en el literal o) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado no vulnera los principios de causalidad ni culpabilidad (art. 11.1.o). 2.5. *“Considerando las diversas opiniones y pronunciamientos del OSCE, en los cuales se indica claramente que una vez extinta la persona jurídica que cometió la infracción, y por ende fue sancionada, también se extingue la sanción debido al principio de causalidad y culpabilidad. ¿De qué forma se conserva tanto el principio de causalidad y culpabilidad bajo el amparo del literal c) del artículo 248º del actual Reglamento de Contrataciones del Estado [cfr. con el literal o) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley vigente]?”.* 2.5.1. Mediante anteriores Opiniones, se ha establecido que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto los principios que rigen la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado, dado que, de acuerdo con el artículo 230 de la Ley N.º 27444, “Ley del Procedimiento Administrativo General”, la potestad sancionadora de todas las entidades públicas está regida por los principios especiales de Legalidad, Razonabilidad, Tipicidad, Causalidad, Presunción de Licitud, entre otros. Así, de acuerdo con el numeral 8) del mencionado artículo, el Principio de Causalidad implica que: *“La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.”* (El subrayado es agregado). [...] De lo expuesto, se advierte que, en virtud del Principio de Causalidad que rige la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado, la responsabilidad por la comisión de una infracción debe imputarse a la persona que cometió la conducta prohibida por la Ley y, por tanto, no puede hacerse responsable a una persona por un hecho ajeno. No obstante, conforme se indicó anteriormente, el literal c) del artículo 248º establece un impedimento para ser participante, postor y/o contratista a aquella persona natural o jurídica mediante la cual un proveedor pretenda eludir su condición de impedido. En esta medida, esta disposición no establece la responsabilidad de una sanción a una persona distinta de quien cometió la infracción sancionada, por lo que no vulnera el principio de causalidad; sino que, más bien, establece un impedimento a aquella persona natural o jurídica, mediante la cual un proveedor pretende eludir su condición de impedido, cometiendo así un fraude a la ley. 2.5.2. [...] [En] virtud del Principio Culpabilidad que rige la potestad sancionadora del Estado, es necesario que, en principio, se compruebe la responsabilidad subjetiva del agente infractor a efectos de imponerle una sanción administrativa; no obstante, en materia de Contratación Pública, el propio Tribunal de Contrataciones del Estado, ha señalado que en determinados casos el Principio de Culpabilidad no siempre puede exigirse en el ámbito administrativo, en el cual sí podrán existir sanciones por responsabilidad objetiva cuando las reglas existentes y los procedimientos de aplicación del derecho así lo permitan. 2.5.3. Ahora bien, tal como se indicó anteriormente, para

la configuración del impedimento previsto en el literal c) del artículo 248 del Reglamento debe **determinarse fehacientemente** que la persona natural o jurídica es una sucesión, derivación o testamento de un proveedor impedido, así como el hecho de que, mediante dicha persona natural o jurídica, este proveedor impedido está eludiendo su condición de impedido. En esta medida, la verificación de este impedimento requiere la realización de un análisis de las circunstancias particulares de cada caso concreto y la determinación de que, efectivamente, una persona natural o jurídica está sirviendo como vehículo para que un proveedor eluda su condición de impedido. Por lo cual, esta norma no vulnera el Principio de Culpabilidad. (Opinión N.º 131-2016/DTN, de 16-08-2016, ff. 2.5, 2.5.1, 2.5.2 y 2.5.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2A4TgcU>).

§ 399. El impedimento para contratar con el Estado se genera en aquella persona jurídica resultante del proceso de reorganización societaria, pues es ésta la que persigue viabilizar la continuidad en las operaciones de la empresa impedida (art. 11.1.o). 29. [...] [A] efectos de garantizar la libre concurrencia y competencia en los procesos de contratación que desarrollan las Entidades, la normativa establece ciertos supuestos que limitan a una persona natural o jurídica a ser participante, postor y/o contratista del Estado, debido a que su participación en los procedimientos de compra puede afectar la transparencia, imparcialidad y libre competencia con que se debe obrar en ellos. [...] es pertinente señalar que el artículo 248 del Reglamento [cfr. literal o) art. 11.1 de la Ley vigente], en concordancia con lo estipulado en el artículo 11 de la ley regula un impedimento para ser postor y/o contratista del Estado, a efectos de salvaguardar el cumplimiento de los principios de libre competencia, imparcialidad, transparencia y trato justo e igualitario dentro de los procedimientos de selección que las Entidades llevan a cabo y que pueden generar situaciones de injerencia ventajas privilegios o conflictos de interés. [...] [El] literal c) del artículo 248 del Reglamento restringe la participación en los procedimientos de selección o en los contratos con el Estado de las personas naturales o jurídicas que son continuación derivación, sucesión, o testamento de una persona impedida, considerando las personas que las representan constituyen u otra circunstancia comprobable. El impedimento se verifica con independencia de la forma jurídica que las personas hayan empleado para eludir la restricción que poseen, tales como fusión, escisión reorganización, transformación o similares. Como es de apreciar, el referido impedimento entre otros supuestos persigue evitar que a través de una reorganización societaria (fusión, escisión entre otros supuestos), se concrete un fraude a la ley y se consiga eludir los efectos jurídicos que contrae un impedimento para contratar con el Estado. Por tanto el impedimento para contratar con el Estado se genera en aquella persona jurídica resultante del proceso de reorganización societaria, pues es ésta la que persigue viabilizar la continuidad en las operaciones de la empresa impedida. (Resolución N.º 2865-2016- TCE-S2, de 06-12-2016, f. 29. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2PoUbi6>).

§ 400. Alcances del impedimento del literal o) del artículo 11 de la Ley de Contrataciones (art. 11.1.o). CONSULTA: 2.1. “(...) Solicitamos se precise si es que una persona natural que haya formado o forme parte de una persona jurídica inhabilitada extiende dicha inhabilitación a otra persona jurídica que se halla habilitada pese a que en esta última ejerce facultades menores específicas ajenas a la gestión y control, esto es, si la ‘representación’ que se menciona en el literal o) abarca todos los niveles de o solo los cargos de <control efectivo>“. [...] 2.1.2. [...] [En] atención a la presente consulta, debe traerse a colación que el literal o) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que se encuentran impedidas de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratista, independientemente del régimen legal de contratación del cual se trate, “Las personas naturales o jurídicas a través de las cuales, por razón de las personas que las representan, las constituyen o participan en su accionariado o cualquier otra circunstancia comprobable se determine que son continuación, derivación, sucesión o testamento, de otra persona impedida o inhabilitada, o que de alguna manera esta posee su control efectivo, independientemente de la forma jurídica empleada para eludir dicha restricción, tales como fusión, escisión, reorganización, transformación o similares.” Del dispositivo citado, se desprende que el impedimento previsto en el literal o) del artículo 11 de la Ley se configura en alguno de los siguientes supuestos: a) Cuando un impedido o inhabilitado busca eludir su condición de tal usando a una persona natural o jurídica que es continuación, derivación, sucesión o testamento. Para ello se entiende que dicha continuación, derivación, sucesión o calidad de testamento se da por

razón de las personas que las representan, las constituyen o participan en su accionariado o cualquier otra circunstancia comprobable. b) Cuando un impedido o inhabilitado busca eludir su condición de tal usando a una persona natural o jurídica sobre la cual tiene control efectivo. Para ello se entiende que dicho control efectivo se da independientemente de la forma jurídica empleada, tales como fusión, escisión, reorganización, transformación o similares. De esta manera, una persona natural o jurídica se encuentra impedida de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista cuando sea usada por un proveedor impedido o inhabilitado para eludir su condición de tal; lo cual ocurre cuando este último se perpetúa en aquel o tiene su control –en los términos señalados en esta opinión–, independientemente de la forma jurídica empleada. Asimismo, resulta pertinente acudir al método de interpretación denominado *ratio legis*, en virtud del cual “*el “qué quiere decir” de la norma se obtiene desentrañando su razón de ser intrínseca, la que puede extraerse de su propio texto*”. Así, del texto normativo se logra entender que el impedimento bajo análisis busca evitar que aquellas personas que hayan sido sancionadas con la inhabilitación o que se encuentren impedidas por encontrarse inmersas en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 11 de la Ley, puedan evadir su condición valiéndose de maniobras jurídicas. En concordancia con lo antes señalado, resulta pertinente anotar que la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N.º 1341 -Decreto Legislativo que modifica la Ley N.º 30225- señala sobre el impedimento en mención, lo siguiente: “*Con esta disposición se busca comprender dentro del alcance del impedimento aquellas personas por intermedio de las cuales una persona impedida o inhabilitada, valiéndose de un ropaje o formalidad jurídica, busque evadir los alcances y las consecuencias de su impedimento.*” (El resaltado es agregado). Conforme a lo anterior, el impedimento en mención tiene como objeto evitar que un proveedor impedido o inhabilitado pueda evadir dicha situación a través de otro proveedor que constituye su derivación o respecto del cual posee un control efectivo, situación que puede materializarse independientemente del cargo, nivel de representación o posición que aquel proveedor o uno de sus integrantes posea o haya poseído respecto de la persona -en este caso, hablamos de una persona jurídica- sobre la cual se analiza la configuración del impedimento del literal o) del artículo 11 de la Ley. Asimismo, es preciso señalar que corresponde a cada Entidad analizar si el hecho de haber formado parte de una persona jurídica inhabilitada es suficiente para que se configure el impedimento previsto en el literal o) del artículo 11 de la Ley, teniendo en cuenta los fundamentos previstos en la presente opinión. (Opinión N.º 101-2018/DTN, de 06-07-2018, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PcUIPk>).

§ 401. El inc. o) del Art. 11 de la Ley de Contrataciones del Estado no diferencia la oportunidad en que se materializó la fusión u otra forma de reorganización societaria (art. 11.1.o). CONSULTA: 2.2. “*¿Es correcto concluir que cuando en el inciso o) del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado se menciona la fusión como medio para eludir la condición de inhabilitación, se debe entender que dicha forma de reorganización societaria se materializó cuando ya la absorbida o fusionada se hallaba inhabilitada? ¿Si el período de sanción se inicia con posterioridad a la inscripción de la fusión, puede la persona jurídica absorbente o incorporante considerarse también inhabilitada?*” [...] [En] atención a la consulta planteada y teniendo en consideración el argumento “*a generali sensu*”, por el cual la ley es tomada en sentido general y no puede el intérprete tomarla en sentido particular, -es decir, “*donde la ley no distingue, tampoco puede hacerlo el intérprete*”, se observa que el impedimento previsto en el literal o) del artículo 11 de la Ley no hace referencia al momento en que ocurre la figura societaria, lo cual resulta razonable pues el control de una persona jurídica no depende de ello. En ese sentido, respecto al supuesto previsto en el literal o) del artículo 11 de la Ley, referido a cuando un impedido o inhabilitado busca eludir su condición de tal usando a una persona natural o jurídica sobre la cual tiene control efectivo a través de mecanismos como la fusión, dicha disposición no diferencia la oportunidad en que se materializó la fusión u otra forma de reorganización societaria, ya que lo que importa es comprobar el control efectivo, el mismo que puede darse antes o después de haberse producido la fusión. Por lo tanto, el impedimento previsto en el literal o) del artículo 11 de la Ley se configura –de acuerdo a los términos desarrollados en la presente opinión–, cuando por circunstancias comprobables se determina: a) que una persona es continuación, derivación, sucesión o testamento; o b) que está siendo usada por una persona que se encuentre impedida o inhabilitada manteniendo un control efectivo, independientemente de la fecha en que se haya materializado la

fusión u otra forma de reorganización societaria. CONSULTA: 2.3. “*En función a la respuesta a la consulta anterior, si es que un apoderado o representante de una persona jurídica cuyo período de inhabilitación se inició DESPUÉS de haberse inscrito la fusión participa como apoderado o representante de una persona jurídica habilitada extendería a esta última el impedimento al que se hace mención en el inciso o) del artículo 11 de la Ley?*” [...] [EL] impedimento previsto en el literal o) del artículo 11 de la Ley se configura –de acuerdo a los términos desarrollados en la presente opinión–, entre otros, cuando por circunstancias comprobables se determina que una persona está siendo usada por otra que se encuentra impedida o inhabilitada manteniendo un control efectivo sobre la primera, independientemente de la fecha en que se haya materializado la fusión u otra forma de reorganización societaria. (Opinión N.º 101-2018/DTN, de 06-07-2018, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PcUIPk>).

§ 402. Corresponde a cada Entidad efectuar un análisis de las circunstancias particulares de cada caso concreto para determinar fehacientemente que la persona natural o jurídica es una continuación, derivación, sucesión o testafiero de un proveedor impedido o inhabilitado (art. 11.1.o). CONSULTA: 2. “*¿Conforme al literal “o” del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Ley N.º 30225 y modificada mediante Decreto Legislativo N.º 1341, cuáles serían las supuestas circunstancias comprobables que determinen que una empresa es continuación, derivación, sucesión, o testafiero, de otra persona impedida o inhabilitada, o que de alguna manera esta posee su control efectivo, independientemente de la forma jurídica empleada para eludir dicha restricción, tales como fusión, escisión, reorganización, transformación o similares?*” [...] 2.3. [...] [EL] impedimento previsto en el literal o) del artículo 11 de la Ley se configura cuando la persona natural o jurídica es continuación, derivación, sucesión o testafiero de un proveedor impedido o inhabilitado, o, que elude tal condición, manteniendo el control efectivo sobre otra, independientemente de la forma jurídica empleada. [...] corresponde a cada Entidad efectuar un análisis de las circunstancias particulares de cada caso concreto para identificar la configuración del impedimento previsto en el literal o) del artículo 11 de la Ley, para lo cual debe determinar fehacientemente que la persona natural o jurídica, por razón de las personas que las representan, las constituyen, participan en su accionariado u otras circunstancia comprobable, es una continuación, derivación, sucesión o testafiero de un proveedor impedido o inhabilitado, o el hecho de que, mediante dicha persona natural o jurídica, este proveedor impedido o inhabilitado está eludiendo tal condición, para lo cual debe contar con el sustento que respalde su decisión. (Opinión N.º 270-2017/DTN, de 27-12-2017, ff. 2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SRLg68>).

§ 403. Por el solo hecho que una sociedad haya absorbido a otra que se encuentra sancionada, no significa que la sociedad absorbente cuente con dicho impedimento (art. 11.1.o). CONSULTA: 2. “*Si una persona jurídica a través del proceso de reorganización societaria de fusión por absorción, absorbió a una empresa sancionada la totalidad de los activos y pasivos, tendrá un impedimento para participar y contratar con el Estado?*” [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Para la configuración del impedimento previsto en el literal o) del artículo 11 de la Ley debe determinarse fehacientemente i) que la persona natural o jurídica es una continuación, derivación, sucesión o testafiero de un proveedor impedido o inhabilitado, o ii) que mediante dicha persona natural o jurídica un proveedor impedido o inhabilitado está eludiendo tal condición, manteniendo un control efectivo sobre la primera, independientemente de la forma jurídica empleada. 3.2. El solo hecho de que, en mérito a un proceso de fusión por absorción, una sociedad haya absorbido a otra que se encuentra sancionada, no significa que la sociedad absorbente cuente con dicho impedimento, siendo necesario que para que se configure el impedimento previsto en el literal o) del artículo 11 de la Ley se determine fehacientemente que la sociedad absorbida cuenta con control efectivo respecto a la sociedad absorbente y que utiliza esta modalidad para eludir dicha restricción. (Opinión N.º 242-2017/DTN, de 10-11-2017, ff. 2, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BjdoYO>).

NUMERAL 11.1.P

§ 404. Si bien en la definición la Superintendencia del Mercado de Valores señala que las personas naturales no forman parte del grupo económico, tal precisión no aplica respecto a la nor-

mativa de contrataciones del Estado (art. 11.1.p). CONSULTA: 2.1. “*¿Las personas naturales, pueden pertenecer a un grupo económico, de acuerdo al literal p) del artículo 11 de la Ley? ya que en la definición de “Grupo Económico a que hace referencia el Reglamento (numeral 248.3, Artículo 248) conduce al Artículo 7 del Reglamento de Propiedad Indirecta Vinculación y Grupo Económico, aprobado mediante Resolución de Superintendencia N.º 19-2015-SMV-01 donde menciona que “Grupo Económico es el conjunto de entidades, nacionales o extranjeras, conformadas por al menos dos entidades, cuando alguna de ellas ejerce el control sobre la o las demás o cuando el control sobre las entidades corresponde a una o varias personas naturales que actúan como unidad de decisión. Las personas naturales no forman parte del grupo económico.” [...].* [...] **2.1.2.** [...] [EL] impedimento previsto en el literal p) del artículo 11 de la Ley se aplica respecto a un mismo procedimiento de selección tanto a personas naturales como jurídicas que pertenezcan a un mismo grupo económico, entendido este último conforme a la definición indicada en el artículo 7 del Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico, aprobado mediante Resolución de Superintendencia N.º 019-2015-SMV-01. Al respecto, si bien en la referida definición la Superintendencia del Mercado de Valores señala que las personas naturales no forman parte del grupo económico, tal precisión no aplica respecto a la normativa de contrataciones del Estado, toda vez que la Ley señala de manera expresa que el impedimento referido a grupo económico -literal p) del artículo 11 de la Ley-, aplica también para personas naturales. (Opinión N.º 002-2018/DTN, de 05-01-2018, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EypU9j>).

§ 405. Definición de grupo económico. Se encuentran impedidos de contratar con el Estado, en un mismo procedimiento de selección, las personas naturales o jurídicas que pertenezcan a un mismo grupo económico, aún si el monto de la contratación no supere las 8 UIT (art. 11.1.p). CONSULTA: **2.2** “*Cuando en un mismo procedimiento de selección se presentan dos postores una persona natural con negocio y una persona jurídica (EIRL), cuyo representante legal y poseedor del 100% del capital, es la persona natural que participa en dicho procedimiento ¿Ambos postores estarían impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas incluso en las contrataciones en las que se refiere el literal a) del artículo 5 de la Ley de acuerdo al literal p) del artículo 11 de la Ley?*”. **2.2.1.** Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, conforme al literal p) del artículo 11 de la Ley, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas las personas naturales o jurídicas que participen en un mismo procedimiento de selección y formen parte del mismo grupo económico. Al respecto, el artículo 7 del Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico señala que grupo económico es el conjunto de entidades, nacionales o extranjeras, conformadas por al menos dos entidades, cuando alguna de ellas ejerce el control sobre la o las demás o cuando el control sobre las entidades corresponde a una o varias personas naturales que actúan como unidad de decisión. **2.2.2.** Por su parte, el artículo 11 de la Ley dispone expresamente que “Cualquiera sea el régimen de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas, incluyendo las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente ley (...)” (el subrayado es agregado). Al respecto, el literal a) del artículo 5 de la Ley establece que la normativa de contrataciones del Estado no es aplicable para “Las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción.” (El subrayado es agregado); precisando que, dichas contrataciones se encuentran sujetos a supervisión por parte del OSCE y que no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco. De las normas citadas, se advierte que las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a las 8 UIT no se encuentran totalmente excluidas del ámbito de aplicación de la Ley y el Reglamento, ya que estas se encuentran sujetas a los impedimentos para ser postores, participantes, contratistas y/o subcontratistas establecidos en el artículo 11 de la Ley. **2.2.3.** Ahora bien, teniendo en cuenta que uno de los elementos para la configuración del impedimento previsto en el literal p) del artículo 11 de la Ley es la existencia de por lo menos dos personas naturales y/o jurídicas, y que las contrataciones por montos iguales o inferiores a 8 UIT se rigen conforme a las normas de organización interna de cada Entidad en el marco de los principios que regulan la contratación pública; el impedimento previsto en el literal p) del artículo 11 de la Ley se aplica a las contrataciones a las que se refiere el literal a) del artículo 5 de la Ley cuando en estas se requiera más de una oferta. (Opinión N.º 002-2018/

DTN, de 05-01-2018, ff. 2.2, 2.2.1, 2.2.2 y 2.2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EypU9J>).

NUMERAL 11.1.Q

§ 406. Si una persona, independientemente del órgano o tribunal que la haya impuesto, resulta inscrito en Registro de Funcionarios y servidores sancionados, estará impedido de participar en cualquier tipo de contratación con el Estado en territorio nacional, sin importar el monto o régimen legal aplicable (art. 11.1.q). 3. CONCLUSIONES. 3.1. De acuerdo a lo señalado en el literal q) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, si producto de una sanción –independientemente del órgano o tribunal que la haya impuesto– una persona resulta inscrita en el Registro de funcionarios y servidores sancionados con destitución o cualquier otro registro que impida contratar con el Estado, ésta se encontrará impedida de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en toda contratación estatal efectuada dentro del territorio nacional (sin importar su monto o el régimen legal aplicable) durante el tiempo que establezca la ley de la materia. Tratándose de personas inscritas en el Registro de Deudores de Reparaciones Civiles (REDERECI), el referido impedimento se extiende a las personas jurídicas donde estas sean accionistas o tengan una condición similar, con excepción de aquellas empresas que coticen acciones en bolsa. (Opinión N.º 233-2017/DTN, de 26-10-2017, ff. 3 y 3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PBPsVM>).

§ 407. Si una persona inscrita en algún registro que impida contratar con el Estado tiene la condición de accionista, participacionista, socia o representante legal de otra persona (natural o jurídica), ésta última se encontrará impedida de contratar con el Estado (art. 11.1.q). 3. CONCLUSIONES. 3.1. De acuerdo a lo señalado en el literal q) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, si producto de una sanción –independientemente del órgano o tribunal que la haya impuesto– una persona resulta inscrita en el Registro de funcionarios y servidores sancionados con destitución o cualquier otro registro que impida contratar con el Estado, ésta se encontrará impedida de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en toda contratación estatal efectuada dentro del territorio nacional (sin importar su monto o el régimen legal aplicable) durante el tiempo que establezca la ley de la materia. Tratándose de personas inscritas en el Registro de Deudores de Reparaciones Civiles (REDERECI), el referido impedimento se extiende a las personas jurídicas donde estas sean accionistas o tengan una condición similar, con excepción de aquellas empresas que coticen acciones en bolsa. 3.2. De conformidad con el literal o) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, si una persona inscrita en algún registro que impida contratar con el Estado tiene la condición de accionista, participacionista, socia o representante legal de otra persona (natural o jurídica), ésta última se encontrará impedida de ser participante, postora, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que realice el Estado, si se comprueba fehacientemente que es continuación, derivación, sucesión o testamento de la persona impedida [de acuerdo al literal o) del artículo 11 de la Ley vigente] o inhabilitada, o que de alguna manera ésta posee su control efectivo, para lo cual se deberá realizar un análisis de las circunstancias particulares de cada caso concreto. (Opinión N.º 233-2017/DTN, de 26-10-2017, ff. 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PBPsVM>).

NUMERAL 11.1.S

§ 408. No todo apoderado puede ser calificado como “integrante”, sino solo aquel que ostente representación legal; según lo señalado en la normativa de contrataciones del Estado (art. 11.1.s). 2.1.3. [...] [Es] importante tener en cuenta que el representante legal es aquella persona que ejerce la facultad de representar a otra en virtud de poderes que emanan directamente de un mandato legal; por consiguiente, corresponde -en cada caso- realizar un análisis respecto de la legislación aplicable a una persona jurídica determinada a efectos de identificar sobre quién o quiénes recae la representación legal. De otro lado, un “apoderado” es una persona que –como el término lo indica- tiene poderes de otra para representarla y proceder en su nombre; en otras palabras, es quien tiene poder para representar a otro en juicio o fuera de él. En ese orden de ideas, puede afirmarse que el representante legal de una

persona jurídica, durante el ejercicio de sus funciones, tiene la condición de apoderado de esta última. No obstante ello, toda vez que el tenor del literal s) del artículo 11 de la Ley –modificado por el Decreto Legislativo N.º 1444– contempla expresamente al representante legal como “integrante” de una persona jurídica, mas no al apoderado, a efectos de determinar la configuración de los impedimentos debe tenerse en cuenta que, si bien todo representante legal tiene la condición de apoderado, solo aquel que ostente representación legal puede ser considerado como “integrante” en el marco de lo dispuesto por el citado dispositivo; para tal efecto es necesario que sus facultades de representación emanen de un mandato normativo. (Opinión N.º 192-2018/DTN, de 03-12-2018, f. 2.1.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FQL6sr>).

§ 409. Los integrantes de una empresa sancionada con inhabilitación temporal o permanente, mantienen la sanción vigente incluso si la empresa se extingue por absorción. En caso pasen a conformar a la empresa absorbente se estaría incurriendo en el impedimento previsto en literal s) del artículo 11 de la Ley (art. 11.1.s). 3.6. Una persona jurídica (empresa absorbente) puede contratar con el Estado y/o participar en procesos de selección, dado que la sanción impuesta a una sociedad absorbida se extingue junto con ella en el proceso de fusión, por lo cual no puede transmitirse la sanción a la sociedad absorbente. 3.7. Los socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales de una empresa absorbida mantienen la sanción vigente impuesta a ésta, de manera que, en caso integren la empresa absorbente o una nueva empresa en calidad de integrantes convierten a éstas últimas en impedidas de ser participante, postor o contratista. (Opinión N.º 042-2017/DTN, de 07-02-2017, ff. 3.6 y 3.7. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ds9rTL>).

§ 410. El impedimento a la persona jurídica cuyos integrantes formen o hayan formado parte de una persona jurídica que se encuentre sancionada con inhabilitación, se extenderá de manera temporal o permanente de acuerdo a la sanción impuesta (art. 11.1.s). 3. CONCLUSIONES: 3.2. Si la sanción impuesta al “proveedor sancionado” es temporal, el impedimento aplicable a la persona natural o jurídica, que integra o integró en los 12 meses anteriores a la imposición de la sanción, la persona jurídica sancionada, fenece al cumplirse la misma. No obstante, en caso la sanción impuesta al “proveedor sancionado” sea permanente, el impedimento aplicable a la persona natural o jurídica, que integra o integró en los 12 meses anteriores a la imposición de la sanción, la persona jurídica sancionada, no fenecerá mientras la sanción se encuentre vigente. 3.3. En consecuencia, en caso de mantenerse vigente la sanción impuesta al “proveedor sancionado”, los socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales de la persona jurídica sancionada mantienen el impedimento aun cuando ya no formen parte de dicha persona jurídica, por lo que de integrar o formar parte de otra persona jurídica convertirá a ésta en impedida de ser participante, postora o contratista durante el tiempo que la sanción impuesta al proveedor sancionado se encuentre vigente, es decir, temporal o definitivamente. 3.4. En caso de una persona jurídica sancionada con inhabilitación definitiva, sus socios, accionistas, participacionistas, o titulares que la integran o integraron no podrán volver a contratar con el Estado o integrar una nueva persona jurídica sin que conviertan a ésta en impedida de ser participante, postora o contratista. 3.5. El apoderado legal quien integra o integró dentro de los 12 meses anteriores a la sanción una persona jurídica con inhabilitación definitiva no podrá no podrán volver a contratar con el Estado o integrar una nueva persona jurídica sin que la conviertan a ésta en impedida de ser participante, postora o contratistas, dado que sobre aquella persona jurídica recae una sanción de inhabilitación definitiva. (Opinión N.º 042-2017/DTN, de 07-02-2017, ff. 3, 3.2, 3.3, 3.4 y 3.5. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ds9rTL>).

NOTA: Según el texto actual del literal s) del artículo 11 de la Ley, el impedimento aplicable a la persona natural o jurídica que forme o haya formado parte de una persona jurídica sancionada con inhabilitación, sólo será efectivo si formó parte de esta en la fecha en que se cometió la infracción, dejando de lado el plazo de (12) meses que establecía la anterior normativa.

Artículo 12: Calificación exigible a los proveedores

La Entidad califica a los proveedores utilizando los criterios técnicos, económicos, entre otros, previstos en el reglamento. Para dicho efecto, los documentos del procedimiento de selección deben prever con claridad los requisitos que deben cumplir los proveedores a fin de acreditar su calificación.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341)

Artículo 13: Participación en consorcio

13.1 En los procedimientos de selección pueden participar varios proveedores agrupados en consorcio con la finalidad de complementar sus calificaciones, independientemente del porcentaje de participación de cada integrante, según las exigencias de los documentos del procedimiento de selección y para ejecutar conjuntamente el contrato, con excepción de los procedimientos que tengan por objeto implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. En ningún caso, la participación en consorcio implica la obligación de crear una persona jurídica diferente.

13.2 Los integrantes del consorcio son responsables solidariamente ante la Entidad por las consecuencias derivadas de su participación durante la ejecución del contrato. El contrato de consorcio debe contar con firma legalizada.

13.3 Las infracciones cometidas por un consorcio durante el procedimiento de selección y la ejecución del contrato, se imputan a todos sus integrantes de manera solidaria, salvo que por la naturaleza de la infracción, la promesa formal, el contrato de consorcio o el contrato suscrito con la Entidad, pueda individualizarse la responsabilidad, conforme los criterios que establece el reglamento. En este caso, se aplica la sanción únicamente al consorciado que cometió la infracción.

13.4 Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer un número máximo de consorciados y/o el porcentaje mínimo de participación, en función a la naturaleza de la prestación.

13.5 A los integrantes del consorcio les son aplicables las disposiciones establecidas en los artículos precedentes del Capítulo III. ^{(a) (b)}

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

- (a) Véase la Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD, "Participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado" (EP, 29-01-2019) [D-018].
- (b) Véase la Directiva N.º 001-2018-OSCE/CD, "Requisito de solvencia económica en adjudicaciones simplificadas cuyo uso se autoriza mediante normas de excepción" (EP, 16-03-2018) [D-016].

DEFINICIONES

CONSORCIO: El contrato asociativo por el cual dos (2) o más personas se asocian, con el criterio de complementariedad de recursos, capacidades y aptitudes, para contratar con el Estado.

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 411. **Exoneración del IGV en la Amazonía cuando participen proveedores en consorcio con contabilidad independiente.** Véase la jurisprudencia del artículo 52º del Nuevo Reglamento [§ 1350]. (Acuerdo N.º 03-2018-TCE, de 14-12-2018. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. [EP, 17-01-2019, p. 28]. Texto completo: <bit.ly/2S97cgs>).

§ 412. **Individualización de responsabilidad en base a la promesa formal de consorcio por la presentación de documentación falsa o adulterada contenida en la oferta.** Véase la jurisprudencia

cia del artículo 258° del Nuevo Reglamento [§ 2118]. (Acuerdo N.º 05-2017-TCE, de 25-08-2017. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación [EP, 29-09-2017, p. 88]. Texto completo: <bit.ly/2FzcigX>).

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES, PRONUNCIAMIENTOS Y OPINIONES DEL OSCE

GENERALIDADES

§ 413. **Evaluación de experiencia a consorcios realizadas por el comité especial. Finalidad de la normativa sobre contratación pública. 39.** Por último, se debe tener en cuenta de la normativa en materia de contratación pública no es otra que las entidades de la administración pública adquieran bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles; ello, en un escenario adecuado que garantice tanto la concurrencia entre potenciales proveedores, como la debida transparencia en el uso de los recursos públicos; siendo responsabilidad del Comité Especial efectuar una eficiente evaluación de las propuestas. Por lo tanto, luego de realizada la nueva integración de bases, el Comité Especial deberá tener en consideración los aspectos, referidos a la evaluación y calificación, que han sido cuestionados por las partes, estando obligado a que sus decisiones se encuentren en el marco de la normativa de contratación pública. En tal sentido, el Comité Especial deberá tener en cuenta que para la evaluación de la experiencia de consorcios, en el caso de los factores de evaluación, debe necesariamente seguirse el procedimiento previsto en la Directiva N.º 016-2012-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (D-018)], para lo cual deberá aplicar la fórmula publicada en la página web del OSCE, cuya finalidad es precisamente el facilitar dicha evaluación. (Resolución N.º 0041-2016-TCE-S2, de 07-01-2016, f. 39. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2K325tq>).

NUMERAL 13.1

§ 414. **En la contratación de servicios de publicidad estatal resulta posible la participación de proveedores en consorcio cuando sus integrantes han sido seleccionados previamente por la Entidad dentro del plan de estrategia publicitaria (art. 13.1).** CONSULTA: 2. “¿En Las Contrataciones directas que se realizan con el fin de contratar Publicidad Estatal, se permite que el postor ganador de la buena pro, sea un consorcio?”. [...] 2.6. [...] [De] darse el caso que las condiciones de mercado aplicables a este tipo de contrataciones determinen la participación de postores que ya han conformado un consorcio, es necesario que los consorciados sean, a su vez, medios de comunicación y se encuentren dentro del plan de estrategia publicitaria aprobado. [...] [En] la contratación de servicios de publicidad estatal resulta posible la participación de proveedores en consorcio cuando sus integrantes han sido seleccionados previamente por la Entidad dentro del plan de estrategia publicitaria, conforme a la normativa de la materia, no siendo posible la participación de medios de comunicación no seleccionados, ni mucho menos la participación en consorcio de agencias de publicidad con medios de comunicación, ya que dicho supuesto distorsiona la causal de contratación directa invocada. (Opinión N.º 215-2017/DTN, de 02-10-2017, ff. 2 y 2.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QnJYDf>).

§ 415. **Los documentos solicitados en las bases como obligatorios para acreditar una actividad regulada deben ser presentados solo por aquellos consorciados que se hayan comprometido a ejecutar dicha actividad (art. 13.1).** CONSULTA: 2.1. “¿Los documentos solicitados en las bases como obligatorios deben ser presentados por todas las empresas que conforman el consorcio?”. [...] 2.1.2. Sobre el particular, es importante indicar que [...] la Directiva N.º 006-2017-OSCE/CD “Participación de Proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado” [cfr. Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (D-018)] (en adelante, la “Directiva”), [...] establece disposiciones complementarias para la aplicación de las normas referidas a la participación de los proveedores en consorcio, en las contrataciones que realizan las Entidades. [...] Al respecto, se advierte que la información contenida en la promesa de consorcio debe incluir, entre otros aspectos, *i) las obligaciones relacionadas al objeto del contrato, según corresponda a cada uno de los integrantes del consorcio; y, ii) el porcentaje de las obligaciones de cada uno de los integrantes (estén o no vinculadas directamente al objeto del contrato), para cuyo efecto se debe determinar el porcentaje*

total de sus obligaciones, respecto del objeto del contrato. **2.1.3.** Por su parte, el numeral 7.5 de la Directiva regula la forma de calificar las ofertas presentadas en consorcio. Así, en su numeral 7.5.1 se dispone que en los procedimientos de selección cuyo objeto requiera la participación de proveedores que realicen actividades reguladas, tales como intermediación laboral, vigilancia privada, servicio postal, transporte de combustible, comercialización de medicamentos, entre otras, únicamente deben cumplir los requisitos que disponga la ley de la materia, aquellos integrantes del consorcio que se hayan obligado a ejecutar dicha actividad en la promesa de consorcio. Ahora bien, conforme a lo indicado en el numeral anterior de la presente opinión, la promesa de consorcio -suscrita por cada uno de sus integrantes- debe, necesariamente, indicar las “obligaciones que corresponden a cada uno de los integrantes del consorcio”, y en el caso de bienes y servicios, cada integrante tiene el deber de precisar “*las obligaciones a las que se compromete en la ejecución del objeto de la contratación, estén o no vinculadas directamente a dicho objeto*”. Como puede observarse, la Directiva indica claramente que debe detallarse cada obligación a la que se compromete cada uno de los consorciados y, además, que tratándose de una actividad regulada, solamente aquellos consorciados que se hayan comprometido a ejecutar dicha actividad deben cumplir con todos los requisitos establecidos por la ley de la materia -esto es, los permisos legales necesarios para la ejecución de la actividad-; de ello se desprende que no necesariamente todos los miembros de un consorcio estarán obligados a cumplir con dicho requisito. [...] (Opinión N.º 162-2018/DTN, de 28-09-2018, ff. 2.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FNFKY>).

NUMERAL 13.2

§ 416. Participación en consorcio se formaliza ante un notario (art. 13.2). 2.2. [...] El recurrente cuestiona que a través del acogimiento de la Observación N.º 17 del participante GYM S.A. se haya permitido la presentación de contratos de consorcio sin firmas legalizadas para acreditar el porcentaje de participación de los consorciados, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 145 del Reglamento [cfr. art. 140 del Nuevo Reglamento]. En tal sentido, se estaría solicitando que dicha exigencia se adecúe a lo establecido en la normativa de contratación pública. PRONUNCIAMIENTO: [...] [E]l artículo 145º del Reglamento señala que, el contrato de consorcio se formaliza mediante documento privado con firmas legalizadas ante Notario Público por cada uno de los integrantes, de sus apoderados o de sus representantes legales, según corresponda. Asimismo, dicho contrato deberá contener el porcentaje de participación de cada consorciado, conforme a lo señalado en la promesa formal de consorcio. En tal sentido, si bien la normativa de contratación pública no exige elevar a escritura pública el contrato de consorcio, el hecho que un postor quiera acreditar su experiencia mediante el testimonio del contrato de consorcio no debe constituir un impedimento, caso contrario, se estaría vulnerando los principios de Libre Concurrencia y Competencia y de Trato Justo e Igualitario. Por tanto, de acuerdo a la normativa de contratación pública, resultan documentos válidos para acreditar el porcentaje de participación de un consorciado en la ejecución de un contrato, el testimonio del contrato de consorcio y el contrato de consorcio con firmas legalizadas ante Notario Público. Ahora bien, debe tenerse presente que los contratos de consorcio sin firmas legalizadas resultan documentos privados del contratista, por lo que estos no acreditarían fehacientemente los porcentajes de participación de estos en la ejecución de un contrato. Estando a lo expuesto, este Organismo Supervisor decide ACOGER el presente cuestionamiento; por lo que deberá suprimirse de las Bases integradas que el porcentaje de participación en un consorcio pueda ejecutarse con el contrato de consorcio, dado que para cumplir dicha finalidad podrá presentarse i) el testimonio del contrato de consorcio o ii) el contrato de consorcio con firmas legalizadas ante Notario Público, acorde a lo señalado en el artículo 145 del Reglamento [cfr. art. 140 del Nuevo Reglamento]. (Pronunciamiento N.º 081-2013/DSU, de 18-01-2013, f. 2.2. Dirección de Supervisión. Texto completo: <bit.ly/2ANV7mW>).

§ 417. Elementos del contrato de consorcio que no puede ser modificado durante la etapa de ejecución contractual. Es posible la variación del régimen de participación en las utilidades y pérdidas establecidas inicialmente (art. 13.2). CONSULTA: **2.1.** “¿Cuáles son los elementos del Contrato de Consorcio que las empresas integrantes no pueden modificar durante la etapa de ejecución del contrato celebrado entre el Consorcio y la Entidad?”. **2.2.** “Teniendo en cuenta la respuesta a la consulta anterior, ¿es posible que las partes integrantes del Consorcio modifiquen el régimen de participación en las utilidades y pérdidas establecidas inicialmente en el Contrato de Consorcio?” [...]. **3. CONCLUSIONES. 3.1.** La información del

contrato de consorcio que no puede ser objeto de modificación -con ocasión de la suscripción del contrato de consorcio, ni durante la etapa de ejecución contractual-, se encuentra referida a: i) la identificación de los integrantes del consorcio; ii) las obligaciones que corresponden a cada uno de los integrantes; y, iii) al porcentaje de las obligaciones de cada uno de los integrantes del consorcio, contemplados en los literales a), d) y e) del numeral 1) del acápite 7.4.2 de la Directiva N.º 006-2017-OSCE/CD [cfr. acáp 7.4.2 de la Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (D-018)]. **3.2.** Considerando que la información sobre los sistemas de participación no se encuentra en la prohibición de modificación del contrato de consorcio a que se refiere el numeral 2 del acápite 7.4.2 de la Directiva N.º 006-2017-OSCE/CD -y sólo en tanto no implique la modificación de los aspectos prohibidos en dicha disposición-, la misma puede ser objeto de variación durante la ejecución contractual. (Opinión N.º 059-2018/DTN, de 24-04-2018, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Qcl5t3>).

§ 418. En el caso de consorcios, estos se obligan a ejecutar las prestaciones objeto del contrato suscrito con la entidad, conforme a lo previsto en la promesa formal de consorcio. No puede modificarse la conformación del consorcio durante la ejecución contractual. Véase la jurisprudencia del artículo 140º del Nuevo Reglamento [§ 1645]. (Opinión N.º 024-2013/DTN, de 22-03-2013, ff. 2.1.2 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2C5tzt4>).

NUMERAL 13.3

§ 419. Las infracciones cometidas por un consorcio durante el procedimiento de selección y ejecución del contrato se imputan a todos los integrantes del mismo, salvo que, previa acreditación, logre individualizarse la responsabilidad (art. 13.3). Véase la jurisprudencia del artículo 258º del Nuevo Reglamento [§ 2121]. (Resolución N.º 1135-2017-TCE-S1, de 24-05-2017, f. 22. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2zXb0pN>).

§ 420. Las empresas integrantes del Consorcio se hacen responsables de la veracidad de los documentos e información que presentaban para efectos del proceso de selección, incluso este haya sido proporcionado por un tercero (art. 13.3). Véase la jurisprudencia del artículo 258º del Nuevo Reglamento [§ 2123]. (Resolución N.º 046-2017-TCE-S4, de 06-01-2017, f. 23 y 24. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2CDdxYR>).

§ 421. Sanción al consorcio por incumplimiento injustificado de las obligaciones (art. 13.3). Véase la jurisprudencia del artículo 258º del Nuevo Reglamento [§ 2122]. (Resolución N.º 1170-2007-TC-S3, de 21-08-2007, f. 10. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2COVQEF>).

NUMERAL 13.4

§ 422. Es posible que todos los integrantes del consorcio tengan el mismo porcentaje de obligaciones consignadas en la promesa de consorcio, en relación con las obligaciones concernientes al objeto del contrato asumidas por cada integrante. Si un integrante del consorcio consignó en la promesa de consorcio que se comprometía únicamente a obligaciones de carácter administrativo, no le correspondería ejecutar obligaciones directamente vinculadas al objeto materia del procedimiento de selección (art. 13.4). Véase la jurisprudencia de la Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD [§ 2252]. (Opinión N.º 170-2017/DTN, de 10-08-2017, ff. 2.1-2.4 y 3.1-3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rwi1dy>).

§ 423. El postor, para acreditar la experiencia en ejecución de obras, no puede presentar un contrato de obra realizado en consorcio a favor de una entidad pública donde se le asigna un porcentaje de participación, sin adjuntar la promesa formal de consorcio, a efectos de identificar fehacientemente los porcentajes y obligaciones que tuvo cada consorciado en la ejecución del contrato (art. 13.4). Véase la jurisprudencia del artículo 49º del Nuevo Reglamento [§ 1240]. (Resolución N.º 3081-2016-TCE-S3, de 29-12-2016, ff. 13 al 17. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2OJXATI>).

REMISIONES

§ 423a. **Sobre la participación de proveedores agrupados en consorcio.** Véase también la jurisprudencia de la Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD [§ 2239 ss.].

§ 423b. **Sobre las sanciones a consorcios.** Véase también la jurisprudencia del artículo 258º del Nuevo Reglamento [§ 2118 ss.].

Artículo 14: Protección y promoción de la competencia y prevención del delito

14.1 Cuando la Entidad, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o el Tribunal de Contrataciones del Estado verifique la existencia de indicios de conductas anticompetitivas en un procedimiento de selección en los términos de la normativa especial, debe remitir toda la información pertinente a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI para que ésta, de ser el caso, inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente contra los presuntos responsables. Esta decisión debe ser mantenida en reserva y no debe ser notificada a los presuntos responsables a fin de asegurar la eficacia de la investigación.

14.2 Cuando el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en el marco de sus funciones, tome conocimiento que un requisito o regla en los documentos del procedimiento de selección afecten la competencia, contraviniendo los principios de libertad de concurrencia y competencia, ordena a la Entidad que los elimine. Si, adicionalmente, el OSCE toma conocimiento de la existencia de indicios de delito, debe remitir toda la información pertinente al Ministerio Público.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

REMISIÓN

§ 424. **Sobre el derecho constitucional a la libre competencia.** Véase también la jurisprudencia del artículo 61º de la Constitución [§ 7 ss.].

§ 425. **Sobre el principio de competencia.** Véase la jurisprudencia del literal e) del artículo 2º de la Ley [§ 153 ss.].

§ 426. **Sobre la comisión de delitos en los procesos de contrataciones del Estado.** Véase la jurisprudencia de la Quinta Parte de esta obra [§ 2272 ss.].

**TÍTULO II
PROCESO DE CONTRATACIÓN****CAPÍTULO I
PLANIFICACIÓN****GENERALIDADES**OPINIONES DEL OSCE

§ 426a. **El proceso de contratación se desarrolla en un conjunto de actuaciones según la fase que se encuentre; estas pueden ser los actos preparatorios, selección o ejecución contractual.** 2.2. En principio, resulta pertinente mencionar que el proceso de contratación pública está comprendido por tres (3) fases claramente diferenciadas, las cuales son: (i) fase de actos preparatorios, que incluye la elaboración y modificación del Plan Anual de Contrataciones, la elaboración del expediente de con-

tratación, la determinación del valor referencial y demás actuaciones hasta antes de la convocatoria del proceso de selección; (ii) fase de selección, que incluye las actuaciones comprendidas entre la convocatoria del proceso de selección hasta la suscripción del contrato; y (iii) fase de ejecución contractual, que incluye las actuaciones relacionadas con la administración del contrato. De esta forma, puede apreciarse que el desarrollo del proceso de contratación abarca un conjunto de actuaciones, las cuales van a ejecutarse de acuerdo a la fase en la que se encuentre el mencionado proceso; para ello, la anterior normativa de contrataciones del Estado —así como lo hace la actual normativa— había dispuesto las funciones y competencias que tenían algunos de los órganos que participaban en las contrataciones de la Entidad—por ejemplo, las funciones y competencias del Órgano Encargado de las Contrataciones o el Comité Especial, entre otros—, en cada una de dichas fases. [...] (Opinión N.º 138-2018/DTN, de 06-09-2018, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Rh7s9j>).

Artículo 15: Plan Anual de Contrataciones

15.1 Formulación del Plan Anual de Contrataciones: Teniendo en cuenta la etapa de formulación y programación presupuestaria correspondiente al siguiente año fiscal, cada Entidad debe programar en el Cuadro de Necesidades los requerimientos de bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus objetivos y actividades para dicho año, los que deben encontrarse vinculados al Plan Operativo Institucional, con la finalidad de elaborar el Plan Anual de Contrataciones.

15.2 Contenido del Plan Anual de Contrataciones: El Plan Anual de Contrataciones que se apruebe debe prever las contrataciones de bienes, servicios y obras cubiertas con el Presupuesto Institucional de Apertura, con independencia de que se sujeten al ámbito de aplicación de la presente norma o no, y de la fuente de financiamiento.

15.3 El Plan Anual de Contrataciones se publica en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) y en el portal institucional de la respectiva Entidad. ^(a)

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 007-2019-OSCE/CD, "Disposiciones aplicables al registro de información en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE" (EP, 29-01-2019) [D-007].

OPINIONES DEL OSCE

§ 427. **Los Convenios Interinstitucionales no requieren ser incluidos en el Plan Anual de Contrataciones, sin embargo, las contrataciones que se llevaran a cabo para alcanzar la finalidad perseguida por tales convenios si deben ser incluidas obligatoriamente en el PAC.** CONSULTA: 2.1. "Tratándose de un Convenio Interinstitucional previsto en el literal c) del artículo 5º de la Ley de Contrataciones del Estado, que no requiera de un Certificado de Crédito Presupuestario, al no representar costo alguno para la Entidad: ¿existiría la obligación de incluir el referido Convenio en el Plan Anual de Contrataciones (PAC) de la Entidad?" [...] 2.1.4. [...] [El] numeral 15.2 del artículo 15 de la Ley establece que el Plan Anual de Contrataciones debe prever las contrataciones de bienes, servicios y obras cubiertas con el Presupuesto Institucional de Apertura y el valor estimado de dichas contrataciones, con independencia que se sujeten al ámbito de aplicación de la presente Ley o no, y de la fuente de financiamiento. Asimismo, dicho numeral precisa que el Plan Anual de Contrataciones se publica en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE). [...] 2.1.5. Ahora bien, debe tenerse presente que, a partir de la celebración de un convenio de colaboración u otro de naturaleza análoga, a que se refiere el literal c) del artículo 5 de la Ley, puede existir el compromiso de alguna de las partes de asumir a cuenta propia determinados costos y/o gastos administrativos para alcanzar la finalidad del convenio, lo que podría implicar la disposición de recursos del Estado, situación que no

afecta la naturaleza no lucrativa del convenio, pues no se trataría de erogaciones de fondos públicos en beneficio del contratista como retribución por sus prestaciones. No obstante, es necesario indicar que solo la celebración de los convenios se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. Por su parte, aquellas contrataciones que la Entidad deba asumir para ejecutar y/o viabilizar dichos convenios sí deben realizarse conforme a dicha normativa, siempre que dichas contrataciones reúnan las condiciones de una contratación con el Estado. Conforme a lo anterior, las contrataciones que deben incluirse en el Plan Anual de Contrataciones son aquellas que las Entidades lleven a cabo para alcanzar la finalidad que persiguen los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga a que se refiere el literal c) del artículo 5 de la Ley [...]. (Opinión N.º 114-2016/DTN, de 25-07-2015, ff. 2.1, 2.1.4 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SQATzA>).

§ 428. La entidad debe evaluar si los objetos de contratación son iguales y en tal caso, corresponden ser convocados en un único proceso de selección. Dicha evaluación deberá practicarse tanto en la programación inicial del PAC, como de manera posterior ante la recepción de requerimientos no programados por las áreas usuarias. CONSULTA: 2. “(...) *Se incurre en fraccionamiento ¿si se convocan en procesos de selección independientes por cada producto?; teniendo en consideración que en el Plan Anual de Contrataciones (PAC) de la Municipalidad, los bienes se encuentran considerados y aprobados de manera independiente. (Artículo 20º del reglamento [cfr. art. 40 del Nuevo Reglamento] y artículo 19º de la Ley [cfr. art. 20 de la Ley vigente])*”. [...] 2.3. [A] fin de determinar si la contratación de determinados bienes podría configurar un fraccionamiento indebido, es necesario verificar si los bienes que se requieren contratar poseen características o condiciones singulares que los hace distintos entre sí o no, pues, en caso de requiera efectuar la contratación de bienes iguales, bajo las mismas condiciones, corresponderá realizar un único proceso de selección, mientras que de tratarse de bienes que revistan características o condiciones que los hagan singulares, corresponderá, en principio, efectuar tantos procesos de selección como bienes requieran contratarse. En ese sentido, sobre la base de cada caso concreto, es responsabilidad de la Entidad determinar si los objetos de contratación resultan idénticos de acuerdo a sus particularidades y, por tanto, deben ser convocados como un único proceso de selección a efectos de evitar un fraccionamiento, o si, por el contrario, existen elementos distintivos que hagan singular el objeto de cada contratación, a efectos de programarlos y contratarlos en procesos de selección independientes, supuesto en el cual no se configuraría fraccionamiento. Dicha evaluación debe practicarse por la Entidad tanto en la programación inicial para la aprobación del Plan Anual de Contrataciones, como con posterioridad a dicho momento, conforme se produzca la recepción de requerimientos no programados por las áreas usuarias de la Entidad. (Opinión N.º 015-2012/DTN, de 03-02-2012, ff. 2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SXqzFT>).

§ 429. Supuestos en los que se puede modificar el Plan Anual de Contrataciones. Véase la jurisprudencia del artículo 6º del Nuevo Reglamento [§ 973]. (Opinión N.º 052-2016/DTN, de 04-04-2016, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2GeobZR>).

§ 430. El plan anual de contrataciones no puede ser modificado por causales distintas a las contenidas en la normativa de contrataciones del Estado y sus normas complementarias, como la Directiva sobre Plan Anual de Contrataciones. Véase la jurisprudencia del artículo 6º del Nuevo Reglamento [§ 974]. (Opinión N.º 172-2016/DTN, de 18-10-2016, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TdWsdE>).

§ 431. Alcances de la modificación del PAC cuando la entidad requiera “incluir o excluir contrataciones”. Véase la jurisprudencia del artículo 6º del Nuevo Reglamento [§ 975]. (Opinión N.º 172-2016/DTN, de 18-10-2016, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TdWsdE>).

§ 432. Alcances de la causal de modificación del PAC cuando la entidad requiera “modificar el tipo de procedimiento de selección previsto” en el Plan Anual de Contrataciones. Véase la jurisprudencia

dencia del artículo 6° del Nuevo Reglamento [§ 976]. (Opinión N.º 172-2016/DTN, de 18-10-2016, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TdWsdE>).

§ 433. **La modificación de la fecha prevista en la Convocatoria de un proceso de selección contemplado en el plan Anual de Contrataciones no implica la modificación del PAC.** Véase la jurisprudencia del artículo 6° del Nuevo Reglamento [§ 977]. (Opinión N.º 172-2016/DTN, de 18-10-2016, f. 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TdWsdE>).

§ 434. **La convocatoria de un proceso de selección en una fecha diferente a la fecha prevista en el Plan Anual de Contrataciones no es causal de nulidad.** Véase la jurisprudencia del artículo 6° del Nuevo Reglamento [§ 978]. (Opinión N.º 172-2016/DTN, de 18-10-2016, f. 2.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TdWsdE>).

§ 435. **No se configurará el fraccionamiento indebido si con posterioridad a la aprobación del PAC surge una necesidad extraordinaria que implique contratar un bien o servicio con características similares al de una contratación ya programada.** Véase la jurisprudencia del artículo 40° del Nuevo Reglamento [§ 1155]. (Opinión N.º 034-2012/DTN, de 28-02-2012, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CZSP5D>).

REMISIONES

§ 435a. **Sobre el Plan Anual de Contrataciones.** Véase también la jurisprudencia del artículo 6° del Nuevo Reglamento [§ 973 ss.] y de la Directiva N.º 002-2019-OSCE/CD [§ 2958 ss.].

CAPÍTULO II ACTUACIONES PREPARATORIAS

Artículo 16: Requerimiento

16.1 El área usuaria requiere los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de formular las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, respectivamente, así como los requisitos de calificación; además de justificar la finalidad pública de la contratación. Los bienes, servicios u obras que se requieran deben estar orientados al cumplimiento de las funciones de la Entidad.

16.2 Las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico deben formularse de forma objetiva y precisa por el área usuaria; alternativamente pueden ser formulados por el órgano a cargo de las contrataciones y aprobados por el área usuaria. Dichas especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico deben proporcionar acceso al proceso de contratación en condiciones de igualdad y no tienen por efecto la creación de obstáculos ni direccionamiento que perjudiquen la competencia en el mismo. Salvo las excepciones previstas en el reglamento, en el requerimiento no se hace referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los bienes o servicios ofrecidos por un proveedor determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertos proveedores o ciertos productos.

16.3 El reglamento establece mecanismos que pueden utilizar las Entidades para la difusión de sus necesidades, con la finalidad de contar con mayor información para poder optimizar los requerimientos.

16.4 El requerimiento puede incluir que la prestación se ejecute bajo las modalidades de concurso oferta, llave en mano u otras que se establezcan en el reglamento.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

DEFINICIONES

ESPECIFICACIONES TÉCNICAS: Descripción de las características técnicas y/o requisitos funcionales del bien a ser contratado. Incluye las cantidades, calidades y las condiciones bajo las que se ejecutan las obligaciones.

REQUERIMIENTO: Solicitud del bien, servicio en general, consultoría u obra formulada por el área usuaria de la Entidad que comprende las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el Expediente Técnico de Obra, respectivamente, así como los requisitos de calificación que corresponda según el objeto de la contratación.

TÉRMINOS DE REFERENCIA: Descripción de las características técnicas y las condiciones en que se ejecuta la contratación de servicios en general, consultoría en general y consultoría de obra. En el caso de consultoría, la descripción además incluye los objetivos, las metas o resultados y la extensión del trabajo que se encomienda (actividades), así como si la Entidad debe suministrar información básica, con el objeto de facilitar a los proveedores de consultoría la preparación de sus ofertas.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES Y OPINIONES DEL OSCE**NUMERAL 16.1**

§ 436. **No es competencia del Comité especial determinar, modificar, aumentar o disminuir las especificaciones y características técnicas del bien a adquirir pues ello ya se determinó por el área usuaria (art. 16.1).** 6. Sobre el particular, cabe señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 62º del Reglamento [cfr. 29 del Nuevo Reglamento], los requisitos técnicos mínimos son las características técnicas, normas reglamentarias y cualquier otro requisito establecido como tal en las Bases y disposiciones legales que regulan el objeto materia de adquisición o contratación. Asimismo, [...] las características y especificaciones técnicas establecidas por la Entidad (a través de la dependencia encargada de las adquisiciones y contrataciones de la Entidad, en coordinación con el requerimiento efectuado por el área usuaria) deben incidir sobre los objetivos, funciones y operatividad de los bienes que se pretende adquirir, no pudiéndose hacer referencia a marcas, nombres comerciales, patentes, diseños o tipos particulares, fabricantes determinados, ni descripción que oriente la adquisición o contratación. 7. En consecuencia, constituye facultad exclusiva del área usuaria de la Entidad la determinación de las características y los requisitos técnicos mínimos de los servicios que pretende contratar a fin de satisfacer sus propias y reales necesidades; así como también, es su responsabilidad que dichos requerimientos incidan sobre los objetivos, funciones y operatividad de aquello que es objeto del proceso, de manera que no atenten contra la normativa sobre contrataciones y adquisiciones del Estado ni limiten la participación de postores o la obtención de la propuesta técnica y económica más favorable. 8. En ese entendido, no debemos perder de vista que no es competencia del Comité Especial determinar, modificar, aumentar o disminuir las especificaciones y características técnicas del bien a adquirir, por cuanto ello ha sido determinado por la dependencia usuaria, y posteriormente recogido por la autoridad que aprobó las Bases del proceso de selección. (Resolución N.º 764-2005-TC-SU, de 15-08-2005, ff. 6 al 8. Sala Única. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2H5To23>).

§ 437. **No se puede admitir una oferta que incumpla con una especificación técnica, esto porque las especificaciones formuladas por el área usuaria velan por la maximización de los recursos públicos a la hora de adquirir bienes, servicios u obras (art. 16.1).** 2. Según lo establecido en el artículo 16 de la ley, el área usuaria debe requerir los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de formular las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, respectivamente, además de justificar la finalidad pública de la contratación. Asimismo, prescribe que las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico deben formularse de forma objetiva y precisa, proporcionando acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación, sin la creación de obstáculos que perjudiquen la competencia en el mismo y que los bienes, servicios u obras que se requieran deben estar orientados al cumplimiento de las funciones de la Entidad. Así también, cabe recordar que de acuerdo al segundo párrafo del artículo 26 del Reglamento [cfr. art. 47 del Nuevo Reglamento], el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, - según corresponda, elabora los documentos del procedimiento de selección a su cargo, utilizando obligatoriamente los documentos estándar que aprueba el OSCE y la información técnica y económica contenida en el expe-

diente de contratación aprobado; contemplando, además, el contenido mínimo de los documentos del procedimiento señalado en el artículo 27 del Reglamento [cfr. art. 48 del Nuevo Reglamento]. Ahora bien, es preciso también recalcar que el análisis que efectúe este Tribunal debe tener como premisa que la finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra que las Entidades adquieran bienes, servicios y obras, maximizando el valor de los recursos públicos que se invierten bajo el enfoque de gestión por resultados, de tal manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios regulados en la ley. Bajo esta premisa, las exigencias de orden formal y sustancial que la normativa prevea o cuya aplicación surja a partir de su interpretación, deben obedecer a la necesidad de asegurar el escenario más idóneo en el que, dentro de un contexto de libre competencia, se equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y se garantice el pleno ejercicio del derecho de las personas naturales y jurídicas para participar como proveedores del Estado. [...] 12. En este punto, es preciso señalar que lo alegado por la Adjudicataria como parte de la absolución del recurso de apelación, más allá de permitir aclarar el cumplimiento de la especificación aludida, permite tener certeza de que no ha cumplido con acreditar la citada especificación, en la medida que considera que la característica “táctil” no era una exigencia de la especificación técnica A11. Esta situación fue advertida durante la audiencia pública, acto en el que el representante de la Adjudicataria reconoció que el equipo que oferta no tiene pantalla táctil o TFT. 13. Teniendo en cuenta que la oferta de la adjudicataria no ha cumplido con acreditar que el equipo que oferta cumple con la especificación técnica A11, establecida en el Capítulo III de las bases integradas, corresponde tener por no admitida aquella, respecto del ítem 1 del procedimiento de selección. (Resolución N.º 3016-2016-TCE-S2, de 23-12-2016, ff. 2, 12 y 13. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2RRcGsn>).

§ 438. **El principio de maximizar el valor del dinero en las inversiones públicas realizadas no debe priorizarse por encima del requerimiento de especificaciones técnicas que salvaguarden la vida y salud de los beneficiarios de la obra o servicio que se contrata (art. 16.1).** 17. [En] las bases del procedimiento de selección, dentro de ellas, específicamente en las especificaciones técnicas, no se ha solicitado acreditar condiciones que permitan determinar el estado de seguridad y confiabilidad del tanque criogénico, lo cual, a criterio de este Colegiado resulta relevante, pues se podría detectar anticipadamente la estimación de la vida útil remanente del tanque criogénico, logrando minimizar cualquier posible riesgo en la vida y salud de los pacientes que se beneficiarán con el oxígeno líquido que les sería suministrado. Considerando lo vertido por la Entidad, este Colegiado aprecia la existencia de deficiencias en la determinación de las especificaciones técnicas de las bases del procedimiento de selección, que podrían poner en riesgo la vida y salud de los beneficiarios y operarios del bien licitado, las que constituyen transgresiones a los principios de eficacia y eficiencia, vigencia tecnológica, libertad de concurrencia y transparencia. 18. Este criterio, referido a que las bases establezcan condiciones que permitan determinar el estado de confiabilidad y seguridad de un bien ha sido expuesto por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, a través de la Opinión N.º 066-2011/DTN, la cual señala entre sus puntos principales lo siguiente: “(...) Este objetivo de maximizar el valor del dinero o de conseguir el mejor valor por la inversión realizada (value for money) es uno de los principios de las contrataciones públicas y debe tomarse en consideración con los demás principios contemplados en el artículo 4 de la Ley (...). Teniendo ello en consideración, la entidad contratante deberá procurar que en las Bases de los procesos que tienen por objeto la contratación de bienes usados se establezca requisitos mínimos y/o factores de evaluación que permitan garantizar la calidad y el adecuado funcionamiento de estos bienes (...)”. (Resolución N.º 3035-2016-TCE-S3, de 26-12-2016, ff. 17 y 18. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2PrTnt5>).

§ 439. **El área usuaria de la entidad es la encargada de formular las especificaciones técnicas del bien objeto de contratación, así como justificar la finalidad pública de esta y su libre concurrencia (art. 16.1).** 6. Ahora bien, como marco referencial, es preciso tener en cuenta que, según lo establecido en el artículo 16 de la Ley, el área usuaria debe requerir los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de formular las especificaciones técnicas, términos de referencia o expe-



diente técnico, respectivamente, además de justificar la finalidad pública de la contratación. Los bienes, servicios u obras que se requieran deben estar orientados al cumplimiento de las funciones de la Entidad. Asimismo, prescribe que las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico deben formularse de forma objetiva y precisa, proporcionando acceso en condiciones de igualdad al proceso de contratación, sin la creación de obstáculos que perjudiquen la competencia en el mismo. (Resolución N.º 2904-2016-TCE-S1, de 09-12-2016, f. 6. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Dj11OS>).

§ 440. El área usuaria de la entidad define las características que el bien, servicio u obra debe presentar para el correcto cumplimiento de sus funciones; debiendo ser seguidas por los postores (art. 16.1). 7. Sin perjuicio de ello, y considerando que, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Reglamento [cfr. art. 29 del Nuevo Reglamento], el área usuaria es la responsable de definir con precisión las características, condiciones, cantidad y calidad de los bienes, servicios u obras que requiera para el cumplimiento de sus funciones; de acuerdo a lo que considera conveniente para la satisfacción de sus necesidades; en esa medida, es necesario que las ofertas de los postores sean presentadas de forma tal que demuestren el cumplimiento de las especificaciones y requerimientos establecidos en las bases; ya que de lo contrario, no podría considerarse que cumplirá con satisfacer las necesidades de la Entidad. (Resolución N.º 2864-2016-TCE-S4, de 06-12-2016, f. 7. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2B9Uuoi>).

§ 441. La formulación del requerimiento está a cargo del área usuaria o del órgano encargado de las contrataciones, a solicitud del área usuaria, cuando por el objeto de la contratación dicho órgano tenga conocimiento para ello (art. 16.1). CONSULTA: 2.1. *“Resulta concordante con la normativa de Contrataciones del Estado que a través de una Directiva emitida por la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, se establezca que la Oficina de Administración es la responsable de formular el requerimiento para la contratación de servicios de defensa o asesoramiento legal de los servidores o ex servidores?”* [...] 2.2. *“Es jurídicamente viable en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, contratar y comprometer recursos públicos, sujetando el inicio del plazo de la contratación al hecho incierto de que el beneficiario sea notificado con la citación o emplazamiento efectivo, en alguno de los procedimientos, investigaciones preliminares o preparatorias previstas en la Directiva; y que este a su vez presente la notificación a la Entidad?”* [...] 2.3. *“Es jurídicamente viable contratar, vía contratación directa, el servicio de defensa legal de un mismo profesional en forma individual, para cada servidor denunciado o demandado, dentro de un proceso (penal o civil), procedimiento o investigación preliminar, tomando en consideración los elementos esenciales, particulares (sujetos involucrados, interés para obrar de cada demandado, y la participación funcional en el objeto de la investigación) involucrados en cada defensa solicitada y, por ende, en cada contratación?”*. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. La formulación del requerimiento -incluso en las contrataciones directas a las que se refiere el literal k) del artículo 27 de la Ley- está a cargo del área usuaria (incluida la dependencia que dada su especialidad canaliza los requerimientos) o del órgano encargado de las contrataciones, a solicitud del área usuaria, cuando por el objeto de la contratación dicho órgano tenga conocimiento para ello. 3.2. Es responsabilidad de la Entidad determinar si los servicios a que hace referencia el literal k) del artículo 27 de la Ley constituyen servicios idénticos o similares a efectos de realizar una sola contratación directa, evitando, de esta manera, un fraccionamiento indebido; o si, por el contrario, existen elementos distintivos que hacen singular cada contratación, como por ejemplo las materias involucradas, la cantidad de servidores involucrados, la información y/o documentación recopilada, entre otros, incluso cuando los servidores o ex servidores hayan requerido contar con la defensa legal de un mismo profesional, supuesto en el cual no se configuraría el fraccionamiento. (Opinión N.º 268-2017/DTN, de 27-12-2017, ff. 2.1, 2.2, 2.3, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Er2tiT>).

§ 442. Si es que la necesidad que originó un determinado proceso de selección ha sido satisfecha por otro mecanismo de contratación, implica que aquella habría desaparecido (art. 16.1). CONSULTA: 2.1. *“Planteamos como supuesto de la consulta el caso en que, en ejercicio del derecho de contradicción, se impugna ante el Tribunal de Contrataciones del Estado la Buena Pro de un proceso de selección,*

que tenía por objeto la prestación de un servicio por un periodo de dos (2) años. Después del pronunciamiento del Tribunal, la controversia es sometida al Poder Judicial y una medida cautelar ordena a la Entidad abstenerse de suscribir el contrato derivado del citado proceso de selección. Por esta razón, la Entidad contrató directamente por exoneración la prestación del servicio, satisfaciendo así su necesidad. Actualmente, la Entidad requiere que se le preste el servicio bajo características distintas ¿Podría entenderse que la necesidad que motivó el proceso de selección ha desaparecido? [...] las necesidades de las Entidades se encuentran condicionadas por el tiempo; de este modo aquellas tienen un inicio y un final. Cuando surge una necesidad, este inicio da pie al requerimiento del área usuaria. Por otro lado, el final de esta necesidad se da cuando esta se satisface, lo que operativamente se demuestra con la conformidad otorgada por la Entidad conforme a lo dispuesto por el artículo 176 del Reglamento [cfr. art. 168 del Nuevo Reglamento]. En ese sentido, sólo podría decirse que ha desaparecido la necesidad de una Entidad, cuando esto queda ratificado con la conformidad emitida, en la que dicha Entidad manifiesta que el contratista ha cubierto la necesidad por la que fue contratado. [...] si es que la necesidad que originó un determinado proceso de selección ha sido satisfecha por otro mecanismo de contratación, implica que aquella habría desaparecido. (Opinión N.º 076-2011/DTN, de 05-08-2011, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2t4VPYA>).

§ 443. **A pesar de no estar prevista en la normativa en contrataciones del Estado, se supone que el área usuaria es la más capacitada para visar los términos de referencia (art. 16.1).** CONSULTA: 2. “A que dependencia y/o área de las entidades corresponde visar los términos de referencia (elaborados por el área usuaria) que se adjuntan a las bases administrativas de un proceso de selección, al área usuaria o al Comité Especial”. [...] 3. CONCLUSIÓN. La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto el órgano o dependencia responsable de visar los términos de referencia de un servicio a ser contratado; no obstante, dado que el área usuaria es la responsable de la elaboración de dichos términos, resulta razonable que ésta los vise una vez que ha culminado su elaboración; ello sin perjuicio de que cada Entidad determine en sus normas de organización interna los demás órganos o dependencias responsables de visar los términos de referencia, además del área usuaria. (Opinión N.º 045-2012/DTN, de 12-03-2012, ff. 2 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SZg451>).

§ 444. **El área usuaria debe justificar si a efectos de asegurar que la prestación cumpla con su objetivo, es indispensable que la experiencia del personal clave haya sido obtenida fuera del territorio nacional (art. 16.1).** 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: “¿Requerir al personal clave, experiencia internacional para la contratación de un servicio de consultoría de obra (elaboración de expediente técnico), afectaría el principio de libertad de concurrencia, teniendo en consideración que dicha exigencia o requisito se ha previsto en los documentos (Minuta de Discusión) que han sustentado los acuerdos bilaterales, entre un organismo o agencia internacional y el Estado Peruano?”. [...] 2.4. [...] [C]orresponde a la Entidad -a través del área usuaria- formular el requerimiento, elaborando las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico en función de la necesidad que se pretende satisfacer con la contratación. Ahora bien, la formulación del requerimiento no es una facultad que la Entidad pueda ejercer de manera irrestricta, toda vez que, al realizar dicha labor, el área usuaria no puede incluir exigencias que no se encuentren sustentadas en el adecuado cumplimiento de la prestación; de esta manera, el área usuaria debe establecer con precisión y objetividad los parámetros que resulten relevantes para que la prestación cumpla con la finalidad de la contratación. En tal sentido, la experiencia exigida en el requerimiento debe comprender tanto la que fue adquirida dentro del país como aquella obtenida en el extranjero, sin que pueda efectuarse mayor distinción entre ambas; salvo que el área usuaria sustente adecuadamente que, a efectos de asegurar que la prestación cumpla con satisfacer la necesidad que origina su contratación, es indispensable que la experiencia del personal clave haya sido obtenida fuera del territorio nacional. (Opinión N.º 115-2017/DTN, de 18-05-2017, ff. 2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FIQtS0>).

§ 445. **Diferencia entre requerimiento y los requisitos de calificación. Los requisitos de calificación pueden encontrarse consignados dentro del requerimiento (art. 16.1).** “Las distintas áreas usuarias del Banco de la Nación pueden establecer en sus requerimientos, como requisito de admisibilidad o requisito de calificación (habilitación), la posibilidad de no admitir o descalificar las ofertas si es que ha ve-

rificado que un postor se encuentra incluido en los listados que contribuyen a la prevención del LA/FT, según lo dispuesto en el Reglamento de Gestión de Riesgos de LA/FT, aprobado por Resolución SBS 2660-2015?”.

CONCLUSIONES: **3.1.** En el requerimiento, el área usuaria determina todas las características, requisitos y/o condiciones que son necesarios para ejecutar la contratación, definiendo además con precisión las exigencias que se solicitarán a los potenciales postores y que estos deberán cumplir para que sus ofertas sean admitidas en el procedimiento de selección. **3.2.** Los requisitos de calificación están destinados a verificar si el postor cuenta con todas las capacidades necesarias para ejecutar el contrato. Estos requisitos pueden encontrarse consignados dentro del requerimiento, siendo importante precisar que deben ser acreditados documentalmente según lo indicado en los documentos del procedimiento de selección. **3.3.** Con ocasión de la determinación del requerimiento, la Entidad debe verificar que las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente de contratación, según corresponda, incluyan todo aspecto vinculado con regulaciones especiales sobre el objeto de contratación, así como requisitos establecidos en normativa aplicable; siendo importante precisar que en concordancia con lo previsto en el artículo 28 del Reglamento [cfr. art. 49 del Nuevo Reglamento], si estos se refieren a las capacidades del postor y deben ser acreditados, constituirán requisitos de calificación. (Opinión N.º 186-2016/DTN, de 01-12-2016, ff. 3.1 al 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Fq2u8M>).

§ 446. Si en la fase de estudio de posibilidades la Entidad advierte que dada la sofisticación de los bienes a ser adquiridos, es costumbre empresarial de los potenciales proveedores estimar un monto de un eventual resarcimiento de daños y perjuicios en favor de la Entidad, esta última puede establecer en las bases un monto al cual se limitará tal resarcimiento debido al incumplimiento por culpa leve o evaluar la conveniencia de contratar un seguro que asuma dichos riesgos (art. 16.1). Véase la jurisprudencia del artículo 29º del Nuevo Reglamento [§ 1028]. (Opinión N.º 047-2012/DTN, de 16-03-2012, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HgIExO>).

§ 447. El área usuaria deberá ponderar y sustentar si resulta razonable y económico adquirir un bien o producto que forma parte de un “kit” en función de las características inicialmente definidas en el marco de un reemplazo por deterioro o siniestro (art. 16.1). Véase la jurisprudencia del artículo 29º del Nuevo Reglamento [§ 1031]. (Opinión N.º 021-2013/DTN, de 14-02-2013, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TRBPUG>).

NUMERAL 16.2

§ 448. Las exigencias formales y sustanciales del requerimiento no deben constituirse en propósitos arbitrarios ni aislados de contexto (art. 16.2). **3.** De manera preliminar a la dilucidación del asunto controvertido por el Impugnante, resulta relevante precisar que el análisis que efectúe este Colegiado no puede soslayar el objeto que involucra a la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado, que no es otro que las entidades públicas adquieran bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles, dentro de un marco adecuado que garantice la debida transparencia en el uso de los recursos públicos. **4.** Así entendido, debe tenerse en cuenta que las exigencias, tanto formales como sustanciales, no deben obedecer en modo alguno a propósitos arbitrarios ni aislados de todo contexto, sino por el contrario, deben responder a la necesidad de garantizar el adecuado marco en el que, dentro de un contexto de libre competencia, equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y el derecho de las personas naturales y jurídicas a participar como proveedores del Estado, acorde con la consecución de los fines estatales. Abonan en este sentido, entre otros, los Principios de Eficiencia, Transparencia y Economía, contemplados en [...] la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. (Resolución N.º 580-2008-TC-S4, de 25-02-2008, ff. 3 y 4. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2RDxVI2>).

§ 449. Es importante que en el requerimiento el área usuaria delimite correctamente las especificaciones técnicas para evitar vicios e irregularidades en los actos realizados dentro del procedimiento de selección, y evitar su nulidad (art. 16.2). **12.** [...] [Cabe] resaltar la importancia

que, en el desarrollo de los procedimientos de selección, reviste la determinación clara y específica del requerimiento, así el artículo 8 del Reglamento [cfr. art. 29 del Nuevo Reglamento], establece que, las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico, según corresponda, que integran el requerimiento, contienen la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, y las condiciones en las que debe ejecutarse la contratación, pudiendo incluir además, los requisitos de calificación que se consideren necesarios. Adicionalmente, el citado artículo establece que el requerimiento debe incluir las exigencias previstas en leyes, reglamentos técnicos, normas metrológicas y/o sanitarias, reglamentos y demás normas que regulan el objeto de la contratación con carácter obligatorio. Finalmente, se precisa que el área usuaria es responsable de la adecuada formulación del requerimiento, debiendo asegurar la calidad técnica y reducir la necesidad de su formulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de contratación. El requerimiento puede ser modificado con ocasión de las indagaciones de mercado para lo cual se deberá contar con la aprobación del área usuaria. **13.** Al respecto, de lo informado de manera expresa por la Entidad, se tiene que, las ofertas presentadas por los postores que ocuparon los tres primeros lugares en orden de prelación, no cumplían con las especificaciones técnicas establecidas en las bases integradas del procedimiento; asimismo, han referido que no existe en el mercado equipos que cumplan con la totalidad de las especificaciones técnicas; no obstante ello, han admitido y evaluado sus ofertas, incluso adjudicado la buena pro. **14.** En ese orden de ideas, se aprecia que no se ha definido claramente el requerimiento por parte del área usuaria, ya que la misma Entidad ha señalado que no existe en el mercado equipos que cumplan con la totalidad de las especificaciones técnicas, no obstante ello, dicho requerimiento ha formado partes de las bases integradas, y ha sido materia de evaluación por parte del Comité de Selección, y pese a que las ofertas de los postores que ocuparon los tres primeros lugares en orden de prelación no cumplían con dichos requerimientos, se adjudicó la buena pro. **15.** Al respecto, el artículo 44 de la Ley dispone que el Tribunal, en los casos que conozca, declarará nullos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento de selección. **16.** Teniendo en cuenta lo expuesto, se observa que, las bases materia del procedimiento de selección impugnado, trasgreden lo dispuesto por el artículo 8 del Reglamento [cfr. art. 29 del Nuevo Reglamento], en el extremo que existen deficiencias en la elaboración del requerimiento, con lo cual se vulnera la finalidad de la contratación pública, que es maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados, de manera tal que estas se ejecuten en forma oportuna bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos, y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos, motivo por el cual, corresponde que este Tribunal declare la nulidad del procedimiento de selección. [...]. **19.** [...] [E]l vicio incurrido resulta trascendente no siendo materia de conservación del acto, al haberse contravenido el mencionado dispositivo legal. En vista que las bases constituyen las reglas del procedimiento, bajo las cuales se evaluará a todos los participantes en él, un vicio en su elaboración justifica plenamente que la Administración disponga la nulidad íntegra del procedimiento de selección y lo retrotraiga a la etapa de convocatoria. **20.** Por lo tanto, dado que debe elaborarse nuevamente las bases para convocar el procedimiento de selección, este Colegiado insta al área usuaria a definir de forma correcta las especificaciones técnicas de los bienes a adquirir y al Comité de Selección, a elaborar el texto de las bases observando la normativa vigente, considerando lo expresado en la presente resolución, a efectos de evitar futuras nulidades, y con ello la innecesaria dilación del procedimiento de selección. (Resolución N.º 2553-2016-TCE-S4, de 27-10-2016, ff. 12 al 16 y 19 al 21. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2TicfBT>).

§ 450. La entidad debe sustentar técnicamente las razones por las cuales algún requerimiento tiene la calidad de imprescindible y su observancia sea apremiante (que el bien ofertado cuente con una silla cuyas ruedas tengan un diámetro exacto de 127 mm y no uno de 125 mm). Principios de competencia y transparencia (art. 16.2). **29.** [La] Entidad no ha sustentado técnicamente las razones por las que es imprescindible que el bien ofertado, cuente con una silla cuyas ruedas tengan un

diámetro exacto de 127 mm (no siendo útil un diámetro de 125 mm), situación que este Colegiado considera contraria a los principios de competencia y transparencia, conforme a los cuales los principios de competencia y transparencia, conforme a los cuales los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación, encontrándose prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia, toda vez que como ha quedado evidenciado en el presente caso, dicho requerimiento ha impedido el acceso a la participación de proveedores que presentan sillas con ruedas de diámetros que varían en dos milímetros respecto de la medida establecida en las bases. En ese contexto, este Colegiado considera que el establecimiento de una medida exacta del diámetro de las ruedas de la “silla de ruedas” y la no admisión de ofertas que presenten diámetros que varían en más o menos dos milímetros, más aun sin sustentar el necesario cumplimiento de la medida requerida, constituye una situación que, además de contravenir a los principios referidos de manera precedente, evidenciaría el direccionamiento de la contratación a un determinado proveedor o grupo de proveedores (solamente aquellos cuyas sillas de ruedas cuenten con un diámetro de ruedas de 127 mm), lo que se encuentra proscrito en el sistema de compras públicas. Por cierto, lo expuesto no excluye la posibilidad de que la Entidad cuente con el sustento técnico suficiente para requerir que las ruedas tengan un diámetro preciso de 127 mm; sin embargo, dicho sustento no ha sido expuesto ante este Colegiado y, por ende, no se ha evidenciado que esa medida, que puede restringir la competencia efectiva en el procedimiento de selección, tenga adecuado sustento. (Resolución N.º 2977-2016-TCE-S4, de 19-12-2016, f. 29. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2zauCY5>).

§ 451. El hecho de que no se haya formulado consulta ni observaciones a un extremo de las bases, no significa que este sea claro y preciso. Si se solicita un requisito, debe especificarse las condiciones que este requisito debe reunir (art. 16.2). **15.** [C]abe señalar que, en el presente procedimiento de selección, se advierte un vicio evidente que afecta su validez, por cuanto habiéndose señalado en las Bases Integradas que los postores debían presentar en su oferta una carta de Compromiso con firma legalizada del personal clave según lo previsto en el numeral 3.1 del capítulo III de la sección específica (lo cual hace colegir que contar con dicho personal era un requerimiento técnico mínimo); en dicho extremo de las Bases no se ha indicado descripción ni término de referencia alguno respecto de dicho personal. En virtud de esto último, no puede tenerse certeza si el personal clave requerido debía ser un profesional universitario conforme manifiesta el impugnante o un técnico como señala el adjudicatario, inconsistencia que se agrava con el hecho que según el texto de las propias bases, supuestamente en el numeral 3.1 del Capítulo III de la sección específica debían detallarse los términos de referencia del personal clave. **16.** En suma, respecto del “Personal Clave” con el que deberían contar los postores, las Bases no establecen: Descripción alguna. Requisitos técnicos mínimos que debe cumplir. Funciones y/o labor a su cargo en la ejecución del contrato, Su participación efectiva o no, toda vez que se indica “de ser el caso”. En adición a ello, cabe precisar que el hecho que no se hayan formulado consultas ni observaciones respecto de dicho extremo de las bases, no significa que exista claridad en el establecimiento y pertinencia de tal exigencia. **17.** Sobre este punto, debe resaltarse que las exigencias plasmadas en las especificaciones técnicas y términos de referencia son el resultado del requerimiento establecido por el área usuaria de la Entidad, la cual, de conformidad con el artículo 16 de la ley, es la responsable de definir con precisión las características, condiciones, cantidad y calidad de los bienes y servicios a contratar para el cumplimiento de sus objetivos o metas, los cuales tienen que cumplir con los objetivos y finalidades de la contratación pública, la misma que busca permitir una contratación óptima y en las mejores condiciones, destinadas a satisfacer el requerimiento del área usuaria, garantizando que la contratación sea producto de la concurrencia de una pluralidad de postores (la mayor posible), de los cuales se busca la mejor oferta. (Resolución N.º 1089-2016-TCE-S4, de 25-05-2016, ff. 15 al 17. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2FnAoes>).

§ 452. La Entidad debe verificar los requisitos necesarios para calificar un contrato como uno de obra a efectos de establecer correctamente el objeto de la contratación en el requerimiento (art. 16.2). **2.3.** En esa medida, para calificar adecuadamente un contrato como “contrato de obra”

[...] la Entidad debía verificar (i) que las actividades requeridas se ejecutarán sobre bienes inmuebles, (ii) que se requiera ejecutar alguna de las actividades establecidas en la definición de “obra” (tales como construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación), y (iii) que sea necesario contar con dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos; debiendo considerarse estos tres requisitos como concurrentes. **2.4.** En virtud de lo expuesto, cuando las actividades o trabajos requeridos para la ejecución del contrato no implicaban la construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y/o habilitación de un bien inmueble (tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros) o cuando no requerían contar con dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos para su ejecución, el objeto de la contratación debía corresponder a la prestación de un servicio. (Opinión N.º 113-2016/DTN, de 20-07-2016, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rLpaH6>).

§ 453. Las bases del procedimiento de selección deben ser claras, de lo contrario no garantizarían la finalidad perseguida en una contratación pública. El área usuaria de la entidad es la encargada de formular los requerimientos técnicos (art. 16.2). **32.** [D]ebe resaltarse que las exigencias plasmadas en las especificaciones técnicas son el resultado del requerimiento establecido por el área usuaria de la Entidad, la cual, de conformidad con el artículo 16 de la Ley, es la responsable de formular las especificaciones técnicas, los términos de referencia o expediente técnico, respectivamente, de forma objetiva y precisa, proporcionando acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de selección, sin la creación de obstáculos que perjudiquen la competencia del mismo, lo cual se encuentra concordado con el artículo 8 del Reglamento [cfr. art. 29 del Nuevo Reglamento]. **33.** En esta medida, si las bases del procedimiento de selección no están claras o generan incongruencias o contravienen normas legales, se quiebra el fin perseguido con una compra pública, y ante la falta de claridad de éstas, el potencial proveedor verá restringida su posibilidad de participar, o si decide hacerlo, no tendrá claro qué bien debe ofertar, situación que, como se ha indicado anteriormente, atenta contra los principios de libertad de concurrencia, igualdad de trato y competencia, así como de transparencia. **34.** En relación a ello, y acorde a lo señalado en reiterados pronunciamientos de este Tribunal, debe tenerse presente que las bases del procedimiento de selección deben ser claras, de acuerdo a las normas de contratación pública y a los principios, como el mencionado principio de transparencia que abona en favor del desarrollo del procedimiento de selección en base a criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores; así como el principio de igualdad de trato, el cual exige que todos los postores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas, y en consecuencia el trato discriminatorio manifiesto o encubierto, salvo que se cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva. (Resolución N.º 2954-2016-TCE-S3, de 15-12-2016, ff. 32, 33 y 34. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2FhyfAL>).

§ 454. El código de barras de un bien puede ser una especificación técnica siempre y cuando no oriente la compra a un proveedor particular, de lo contrario afectaría la competencia del proceso de contratación (art. 16.2). CONSULTAS: **2.1.** “¿El área usuaria al formular las especificaciones técnicas de un bien puede exigir un código de barras fijo y preciso que oriente intencionalmente la compra?”. [...] **2.2.** “¿Es conforme a los principios que rigen la contratación que la entidad en su requerimiento del bien u orden de compra exija un preciso código de barras del bien para orientar intencionalmente la compra?”. [...] **2.3.** “¿El código de barras de un bien es una especificación técnica?”. [...] CONCLUSIONES: **3.1.** Tomando en consideración que el área usuaria de la Entidad es la responsable de formular las especificaciones técnicas de los bienes que se requieren contratar, ésta podría determinar, en atención a la naturaleza del objeto de la contratación, que el bien cuente con código de barras como condición de entrega, pero no solicitar determinado “código de barras fijo y preciso”, pues tal exigencia estaría direccionando la compra a un proveedor en particular, afectando la competencia del proceso de contratación. **3.2.** En la medida que el área usuaria de la Entidad -que es la responsable de formular las especificaciones técnicas de los bienes que se requieren contratar- haya incluido en la descripción de las características técnicas

y/o requisitos funcionales del bien a ser contratado, o como parte de las condiciones bajo las que debe ejecutarse el contrato, la exigencia de que el bien cuente con “código de barras”, esta podría integrar las especificaciones técnicas del requerimiento, según la naturaleza y particularidades propias del objeto del contrato, no pudiendo exigirse un código de barras fijo a través del cual se oriente la compra a un proveedor particular. (Opinión N.º 111-2018/DTN, de 16-07-2018, ff. 2.1, 2.2, 2.3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Q7n2Ig>).

§ 455. Las características técnicas del bien a contratar deben ser congruentes con la información consignada en los documentos que conforman el contrato. En la orden de compra no se puede exigir lo que no se encuentre detallado en el requerimiento (art. 16.2). CONSULTA: 2.5. *“¿Debe haber homogeneidad entre las características técnicas y/o los requisitos funcionales del bien fijados en el requerimiento y los de la orden de compra?”*. [...] [Si] bien la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto de manera expresa que las características técnicas y/o los requisitos funcionales del bien, fijados en el requerimiento y en la orden de compra, deban guardar una relación de “homogeneidad” entre ambos documentos; corresponde observar que en los casos en los que el contrato se perfecciona mediante la recepción de una orden de compra, el contrato está conformado por: i) la orden de compra; ii) los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas -según corresponda-; iii) la oferta ganadora; y, iv) los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes. Por tanto, se desprende que en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, las características técnicas y/o requisitos funcionales del bien a contratar deben ser congruentes con la información consignada en los documentos que, en su conjunto, conforman el contrato; de conformidad con lo establecido en el artículo 116 del Reglamento [cfr. art. 138 del Nuevo Reglamento]. CONSULTA: 2.6. *“¿En la orden de compra se pueden exigir características y requisitos no precisados y detallados en el requerimiento?”*. En concordancia con lo señalado [...], lo que se puede exigir al proveedor es lo previsto en el requerimiento del bien a contratar, en su oferta y en los demás documentos que conforman el contrato y que establecen obligaciones para las partes. (Opinión N.º 111-2018/DTN, de 16-07-2018, ff. 2.5 y 2.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Q7n2Ig>).

§ 456. Los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley, no pueden extenderse a supuestos no contemplados en dicho artículo. En el requerimiento no pueden establecerse impedimentos para acceder al proceso de contratación (art. 16.2). 2.2. Véase la jurisprudencia del artículo 11º de la Ley [§ 339]. (Opinión N.º 180-2018/DTN, de 07-11-2018, ff. 2.2, 2.2.2 y 2.2.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RFk66n>).

§ 457. De manera excepcional, podría hacerse referencia a marcas en un expediente técnico de obra, siempre que ello resulte indispensable para alcanzar la finalidad de la contratación y no afecte la libre concurrencia de proveedores (art. 16.2). Véase la jurisprudencia del artículo 8º del Nuevo Reglamento [§ 1032]. (Opinión N.º 176-2018/DTN, de 23-10-2018, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FYwJDY>).

§ 458. En las contrataciones cuyo monto sea igual o inferior a 8 UIT’s, cuando el requerimiento haga referencia a fabricación o procedencia que oriente la contratación a un proveedor determinado, la Entidad podrá disponer que en tales procedimientos se cuente con un informe del área usuaria que sustente la pertinencia de su pedido (art. 16.2). Véase la jurisprudencia del artículo 29º del Nuevo Reglamento [§ 1034]. (Opinión N.º 097-2016/DTN, de 06-07-2016, f. 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zZ0X4s>).

§ 459. En los supuestos excluidos del ámbito de la normativa de contrataciones, no resulta exigible llevar a cabo el proceso de estandarización cuando el requerimiento haga referencia a fabricación o procedencia, procedimiento de fabricación, marcas, patentes o tipos, entre otros (art. 16.2). Véase la jurisprudencia del artículo 4º de la Ley [§ 241]. (Opinión N.º 097-2016/DTN, de 06-07-2016, ff. 3.1. y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zZ0X4s>).

§ 460. La formulación de las especificaciones técnicas deberá permitir la concurrencia de la pluralidad de proveedores en el mercado, evitando incluir requisitos innecesarios cuyo cumplimiento favorezca sólo a determinados postores (art. 16.2). Véase la jurisprudencia del artículo 2° de la Ley [§ 110]. (Resolución N.º 0106-2017-TCE-S3, de 27-01-2017, f. 18. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2T7YZXo>).

§ 461. El requerimiento formulado por el área usuaria no debe incluir requisitos y/o exigencias irracionales, innecesarias o que no sean congruentes con el objeto de la contratación (art. 16.2). Véase la jurisprudencia del artículo 8° de la Ley [§ 310]. (Opinión N.º 106-2018/DTN, de 12-07-2018, f. 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FLThYC>).

REMISIÓN

§ 461a. Sobre el requerimiento en los procesos de contratación del Estado. Véase también la jurisprudencia del artículo 29° del Nuevo Reglamento [§ 1019 ss.].

Artículo 17: Homologación de requerimientos

17.1 Los Ministerios están facultados para uniformizar los requerimientos en el ámbito de sus competencias a través de un proceso de homologación; debiendo elaborar y actualizar su Plan de Homologación de Requerimientos conforme a las disposiciones establecidas por la Central de Compras Públicas-Perú Compras. Una vez aprobadas las Fichas de Homologación deben ser utilizadas por las Entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley, inclusive para aquellas contrataciones que no se encuentran bajo su ámbito o que se sujeten a otro régimen legal de contratación.

17.2 La Central de Compras Públicas-Perú Compras promueve el proceso de homologación de los requerimientos, priorizando aquellos que sean de contratación recurrente, de uso masivo por las Entidades y/o aquellos identificados como estratégicos. ^(a)

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Resolución Jefatural N.º 037-2016-PERU-COMPRAS, que aprueba la Directiva N.º 004-2016-PERÚ COMPRAS denominada "Procedimiento de Homologación de Bienes y Servicios" (EP, 18-06-2016).

Artículo 18: Valor Referencial

18.1 La Entidad debe establecer el valor estimado de las contrataciones de bienes y servicios y el valor referencial en el caso de ejecución y consultoría de obras, con el fin de establecer la aplicación de la presente norma y el tipo de procedimiento de selección, en los casos que corresponda, así como gestionar la asignación de recursos presupuestales necesarios, siendo de su exclusiva responsabilidad dicha determinación, así como su actualización.

18.2 No corresponde establecer valor estimado en los procedimientos que tengan por objeto implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

REMISIONES

§ 461b. **Sobre el valor estimado en las contrataciones de bienes y servicios.** Véase la jurisprudencia del artículo 32° del Nuevo Reglamento [§ 1047 ss.].

§ 461c. **Sobre el valor referencial en caso de ejecución y consultoría de obras.** Véase la jurisprudencia del artículo 34° del Nuevo Reglamento [§ 1056 ss.].

Artículo 19: Certificación de crédito presupuestario y adelanto de procedimientos de selección

Es requisito para convocar un procedimiento de selección, bajo sanción de nulidad, contar con la certificación de crédito presupuestario, de conformidad con las reglas previstas en la normatividad del Sistema Nacional de Presupuesto Público.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

OPINIONES DEL OSCE

§ 462. **En caso se pretenda realizar una contratación durante el último año de mandato de la gestión municipal y esta deba extenderse durante el año fiscal siguiente, la normativa aplicable es la del Sistema nacional de Presupuesto.** CONSULTA: 2.1. “¿Considerando la finalización de la Administración Municipal (Fin de Mandato), se puede convocar un Procedimiento de Selección para la Adquisición de un bien y/o Contratación de una prestación, cuya provisión se requiera de manera continua o periódica mayor al 31 de diciembre?” [...] 2.1.3. Ahora bien, la presente consulta busca determinar si es procedente convocar un procedimiento de selección dentro del último año de gestión municipal, cuando la ejecución del contrato vaya a desarrollarse durante el año fiscal siguiente. Al respecto, debe indicarse que la contratación pública se encuentra alineada bajo el Sistema de Abastecimiento, mientras que todo lo relativo al proceso de ejecución presupuestal -que comprende la certificación, compromiso, devengado y pago con cargo a recursos públicos- es de competencia del Sistema Nacional de Presupuesto, razón por la cual, al momento de gestionar la asignación de recursos necesarios para convocar un procedimiento de selección, deben aplicarse las disposiciones de dicho sistema administrativo, aun cuando esta formalidad se desarrolle en el marco de una contratación pública. Esto ha sido reconocido en el artículo 19 del Reglamento, el cual -como ya se ha detallado- dispone que la certificación de crédito presupuestario debe gestionarse conforme a la regulación prevista en la normativa del Sistema Nacional de Presupuesto [...] En esa medida, cada Entidad es responsable de aplicar las normas del Sistema Nacional de Presupuesto que correspondan, para gestionar la certificación de crédito presupuestario -o previsión presupuestal- necesaria para convocar un procedimiento de selección, debiendo para ello tomar en cuenta las circunstancias particulares que se presenten en cada caso. (Opinión N.º 096-2018/DTN, de 25-06-2018, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2reNArX>).

§ 463. **La Certificación de crédito presupuestario o Previsión presupuestal es un requisito obligatorio para convocar un procedimiento de selección, bajo sanción de nulidad, y debe mantenerse desde la convocatoria hasta la suscripción del contrato.** 2.1.2. [...] [Es] requisito para convocar un procedimiento de selección, que este cuente con la certificación de crédito presupuestario o la previsión presupuestal correspondiente, la misma que debe mantenerse desde la convocatoria hasta la suscripción del contrato, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Este documento forma parte del expediente de contratación, el mismo que de conformidad a lo señalado en el artículo 20 del Reglamento [cfr. art. 41 del Nuevo Reglamento], es un requisito indispensable para convocar el procedimiento de selección y debe ser previamente aprobado por el funcionario competente. Este expediente además contiene la determinación del procedimiento de selección, así como el sistema de contratación correspondiente.

Como se desprende, la certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal es uno de los requisitos necesarios para convocar un procedimiento de selección, toda vez que, sin este documento, la Entidad no puede asegurar la existencia o la disponibilidad de recursos que cubran el pago de las prestaciones resultantes de una contratación. A ello debe agregarse, que todas las contrataciones programadas por la Entidad en el Plan Anual, obedecen al cumplimiento de sus objetivos y actividades, los mismos que se trazan sobre la base de un Plan Operativo Institucional (POI) y están cubiertas por el Presupuesto Institucional de Apertura (PIA). **2.1.3.** Por tanto, cualquiera sea el tipo de procedimiento a convocar, la Entidad siempre debe cumplir con obtener de forma previa la certificación presupuestaria o previsión presupuestal según corresponda. (Opinión N.º 189-2016/DTN, de 02-12-2016, ff. 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FFHCd2>).

§ 464. Es posible convocar un proceso de selección en un ejercicio presupuestal y que el plazo de ejecución contractual recién se inicie en el siguiente ejercicio presupuestal. **3. CONCLUSIÓN:** Resulta posible que una Entidad convoque un proceso de selección en un ejercicio presupuestal y que el plazo de ejecución contractual recién se inicie en el siguiente ejercicio presupuestal, supuesto en el cual los pagos que la Entidad deba efectuar al contratista se realizarán con cargo a los recursos del ejercicio presupuestal en el que se produce la ejecución contractual, siendo responsabilidad de la Entidad efectuar las provisiones necesarias para garantizar la disponibilidad de recursos suficientes para atender dichas obligaciones de pago. (Opinión N.º 028-2016/DTN, de 15-02-2016, f. 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rwb6RJ>).

§ 465. Cada Entidad es responsable de aplicar las normas del Sistema Nacional de Presupuesto que correspondan para gestionar la certificación de crédito presupuestario. **CONSULTA: 2.1.** “¿Procede la convocatoria de procesos de selección enmarcados en la Ley N.º 30225 -Ley de Contrataciones del Estado- y su Reglamento, cuando su compromiso, devengue y pago, se realicen con posterioridad al 31 de diciembre del último año de gestión administrativa?” [...] **2.1.2.** [La] presente consulta busca determinar si es procedente convocar un procedimiento de selección dentro del último año de gestión municipal, cuando el pago vaya a efectuarse durante el año fiscal siguiente. Antes de analizar ello, es importante mencionar que la Administración Pública dispone de distintos sistemas administrativos, los cuales se encuentran conformados por un conjunto de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos que tiene como fin organizar y/o regular las actividades y recursos de las Entidades. Siguiendo esa lógica, debe precisarse que la contratación pública se encuentra alineada bajo el Sistema de Abastecimiento, mientras que todo lo relativo al proceso de ejecución presupuestal -que comprende la certificación, compromiso, devengado y pago con cargo a recursos públicos- es de competencia del Sistema Nacional de Presupuesto, razón por la cual, corresponde aplicar las disposiciones de dicho sistema al momento de gestionar la asignación de recursos necesarios para convocar un procedimiento de selección, aun cuando dicha formalidad se desarrolle en el marco de una contratación pública. Esto ha sido reconocido en el artículo 19 del Reglamento, el cual -como ya se ha detallado- dispone que la certificación de crédito presupuestario debe gestionarse conforme a la regulación prevista en la normativa del Sistema Nacional de Presupuesto, considerando, además, aquellas normas que resulten aplicables para ejecuciones contractuales que superen el año fiscal. En esa medida, cada Entidad es responsable de aplicar las normas del Sistema Nacional de Presupuesto que correspondan para gestionar la certificación de crédito presupuestario -o previsión presupuestal- necesaria para convocar un procedimiento de selección, debiendo para ello tomar en cuenta las circunstancias particulares que se presenten en cada caso. (Opinión N.º 080-2018/DTN, de 08-06-2018, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KCVN2f>).

Artículo 20: Prohibición de fraccionamiento

Se encuentra prohibido fraccionar la contratación de bienes, servicios u obras con la finalidad de evitar el tipo de procedimiento de selección que corresponda según la necesidad anual, de dividir la contratación

a través de la realización de dos o más procedimientos de selección, de evadir la aplicación de la presente norma y su reglamento para dar lugar a contrataciones iguales o inferiores a ocho (8) UIT y/o evadir el cumplimiento de los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública.

El reglamento establece los casos o supuestos debidamente justificados que no constituyen fraccionamiento.

(Texto según el artículo 20 de la Ley N.º 30225)

OPINIONES DEL OSCE

§ 466. **Definición de fraccionamiento indebido. 2.2.** En el mismo sentido, en el ámbito de las contrataciones del Estado, el desconocimiento de esa unidad esencial de los bienes, servicios y obras configura el fraccionamiento indebido, que es la división artificial de una contratación unitaria debidamente programada o programable, con la finalidad de cambiar la modalidad o tipo del proceso de selección. [...] A mayor abundamiento, en la doctrina el fraccionamiento es definido como “(...) una acción fraudulenta de un funcionario público consistente en el abierto desconocimiento de la unidad física o jurídica de una contratación, para en vez de esta necesaria unidad, aparentar una escasa cuantía en la adquisición y proceder así mediante procedimientos más expeditivos, menos concurrentes, competitivos y que garanticen unidad de trato a todos los potenciales postores”. En este mismo sentido, Mutis y Quinteros señalan que “(...) hay fraccionamiento cuando de manera artificiosa se deshace la unidad natural del objeto contractual, con el propósito de contratar directamente aquello que en principio debió ser licitado o públicamente concursado”. En consecuencia, el fraccionamiento se configura cuando la Entidad, teniendo la posibilidad de prever sus necesidades y, en consecuencia, programarlas, determina de forma deliberada la realización de varios procesos menores en lugar de uno mayor, a fin de evadir la rigurosidad de este último. (Opinión N.º 039-2009/DTN, de 29-05-2009, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2M3ij4R>).

§ 467. **Definición y supuestos en los que se configura el fraccionamiento indebido. 2.2.** Sobre el particular, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado recoge la tendencia logística del agrupamiento de los objetos contractuales, en virtud de la cual se busca acumular adecuadamente los bienes, servicios u obras esencialmente similares, con la finalidad de incentivar la mejora de precios y calidades por la competencia y economía de escala, así como simplificar las relaciones contractuales, hecho este último que se ve reflejado cuando la Entidad se entiende con un solo proveedor. En esa línea, en el ámbito de las contrataciones del Estado, el desconocimiento de esa unidad esencial de los bienes, servicios y obras configura el fraccionamiento indebido, que es la división artificial de una contratación unitaria debidamente programada o programable, con la finalidad de cambiar la modalidad o tipo del procedimiento de selección o de inaplicar la normativa de contrataciones del Estado. Así, Morón Urbina señala que el fraccionamiento consiste en “(...) el abierto desconocimiento de la unidad física o jurídica de una contratación, para en vez de esta necesaria unidad, aparentar una escasa cuantía en la adquisición y proceder así mediante procedimientos más expeditivos, menos concurrentes, competitivos y que garanticen unidad de trato a todos los potenciales postores”. Por su parte, Mutis Vanegas y Quintero Múnera señalan que “(...) hay fraccionamiento cuando de manera artificiosa se deshace la unidad natural del objeto contractual, con el propósito de contratar directamente aquello que en principio debió ser licitado o públicamente concursado”. En relación con lo expuesto, el artículo 20 de la Ley establece que, “Se encuentra prohibido fraccionar la contratación de bienes, servicios u obras con la finalidad de evitar el tipo de procedimiento de selección que corresponda según la necesidad anual, de dividir la contratación a través de la realización de dos o más procedimientos de selección, de evadir la aplicación de la presente Ley y su reglamento para dar lugar a contrataciones iguales o inferiores a ocho (8) UIT y/o evadir el cumplimiento de los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública”. Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado prohíbe que se divida -deliberadamente- la contratación de un mismo objeto contractual a efectos de realizar una pluralidad de contrataciones a través de varios procedimientos en

lugar de realizar un solo procedimiento o con el propósito de evadir la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, dando lugar a contrataciones iguales o menores a 8 Unidades Impositivas Tributarias (8 UITs), pues ello constituye un fraccionamiento según lo dispuesto por la citada normativa. 2.3 [...] (El) fraccionamiento se configura cuando los bienes, servicios u obras contratados de manera independiente poseen características y/o condiciones que resulten idénticas o similares; es decir, representan un mismo objeto contractual. Bajo esa óptica, para determinar si se configura un fraccionamiento prohibido, se debe verificar si las prestaciones que se requieren contratar poseen características y/o condiciones singulares que los hace distintos entre sí o no, pues, en caso se requiera efectuar la contratación de bienes, servicios u obras iguales o semejantes, bajo las mismas condiciones, corresponderá realizar un único procedimiento de selección, mientras que de tratarse de bienes, servicios u obras que revistan características o condiciones que los hagan singulares, corresponderá, en principio, efectuar tantos procedimientos de selección como bienes o servicios u obras requieran contratarse. En esa medida, sobre la base de cada caso concreto, es responsabilidad de la Entidad determinar si las prestaciones que requiere contratar resultan esencialmente similares de acuerdo a sus particularidades, a efectos de contratarlas mediante un único procedimiento de selección, evitando, de esta manera, un fraccionamiento indebido; o si, por el contrario, existen elementos distintivos que hacen singular cada prestación, a efectos de programarlas y contratarlas en procedimientos de selección independientes, supuesto en el cual no se configuraría el fraccionamiento; cabe precisar que, de contarse con la referida similitud, esta no se extingue a pesar que la Entidad le asigne distintas nomenclaturas a los procedimientos de selección. Por lo expuesto, independientemente del proveedor con que se contrate, para determinar si se configura un fraccionamiento debe evaluarse si las prestaciones a contratar de manera individual poseen características y/o condiciones similares que determinen la existencia de un solo objeto contractual. (Opinión N.º 158-2016/DTN, de 23-09-2016, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Px7TQc>).

§ 468. Cuando la entidad no realice los procedimientos contemplados para la contratación de prestaciones pendientes de ejecución que deriven de un contrato resuelto, sino que divida deliberadamente la unidad de las referidas “prestaciones”, dando lugar a una pluralidad de contratos por montos iguales o menores a ocho UIT, estará incurriendo en un fraccionamiento prohibido.

CONSULTA: 2. “En un contrato de servicio de consultoría para elaboración de expediente técnico de saneamiento básico que fue resuelto, ¿Constituye fraccionamiento la contratación directa por el saldo del expediente técnico?” [...] 2.4. [...] uno de los supuestos en los cuales se configura un fraccionamiento prohibido consiste en la división artificial de una contratación unitaria, a través de la realización de varias contrataciones iguales o menores a ocho (8) UIT, con el propósito de evadir la aplicación de las disposiciones y/o procedimientos previstos en la normativa de contrataciones del Estado. [...] resulta importante recordar que, cuando exista la necesidad urgente de culminar prestaciones pendientes de ejecución derivadas de un contrato resuelto, la Entidad deberá agotar el mecanismo establecido en el artículo 138 del Reglamento [cfr. art. 167 del Nuevo Reglamento], y en caso éste no prospere, podrá emplear el procedimiento de contratación directa regulado en el literal l) del artículo 27 de la Ley. [...] Cuando una Entidad no aplique los procedimientos antes descritos, sino que divida deliberadamente la unidad de las referidas “prestaciones pendientes de ejecución”, dando lugar a una pluralidad de contrataciones por montos iguales o menores a ocho (8) UIT, estará incurriendo en un fraccionamiento prohibido, toda vez que a través de dicha figura buscaría evadir la aplicación de las disposiciones y/o procedimientos previstos en la normativa de contrataciones del Estado. [...] cabe mencionar que el criterio señalado en el párrafo anterior guarda coherencia con lo dispuesto en las Opiniones N.º 150-2017/DTN [§ 1152] y N.º 193-2017/DTN [§ 1156], las cuales precisan que “... la contratación individual de cada uno de los documentos que componen el Expediente Técnico de Obra constituye un fraccionamiento prohibido por la normativa de contrataciones del Estado”. (Opinión N.º 235-2017/DTN, de 31-10-2017, ff. 2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UHS5ZK>).

§ 469. Diferencia entre bien similar y bien idéntico a efectos de determinar si se ha configurado un fraccionamiento (art. 20). Véase la jurisprudencia del artículo 40º del Nuevo Reglamento

[§ 1157]. (Opinión N.º 001-2017/DTN, de 04-01-2017, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KKVRx5>).

§ 470. **Se incurre en fraccionamiento indebido si el área usuaria realiza un requerimiento individual por cada estudio y/o servicio que integra el expediente técnico de obra.** Véase la jurisprudencia del artículo 40º del Nuevo Reglamento [§ 1152]. (Opinión N.º 150-2017/DTN, de 07-07-2017, ff. 2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2C3bhKp>).

§ 471. **La entidad debe evaluar si los objetos de contratación son iguales y en tal caso, corresponden ser convocados en un único proceso de selección. Dicha evaluación deberá practicarse tanto en la programación inicial del PAC, como de manera posterior ante la recepción de requerimientos no programados por las áreas usuarias.** Véase la jurisprudencia del artículo 15º de la Ley [§ 428]. (Opinión N.º 015-2012/DTN, de 03-02-2012, ff. 2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SXqzFT>).

§ 472. **No se configurará el fraccionamiento indebido si con posterioridad a la aprobación del PAC surge una necesidad extraordinaria que implique contratar un bien o servicio con características similares al de una contratación ya programada.** Véase la jurisprudencia del artículo 40º del Nuevo Reglamento [§ 1155]. (Opinión N.º 034-2012/DTN, de 28-02-2012, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CZSP5D>).

REMISIÓN

§ 472a. **Sobre la prohibición de fraccionamiento.** Véase también la jurisprudencia del artículo 40º del Nuevo Reglamento [§ 1152 ss.].

CAPÍTULO III MÉTODOS DE CONTRATACIÓN

Artículo 21: Procedimientos de selección

Una Entidad puede contratar por medio de licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, selección de consultores individuales, comparación de precios, subasta inversa electrónica, contratación directa y los demás procedimientos de selección de alcance general que contemple el reglamento, los que deben respetar los principios que rigen las contrataciones y los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública.

Las disposiciones aplicables a los procedimientos de selección son previstas en el reglamento.

(Texto según el artículo 21 de la Ley N.º 30225)

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 473. **Noción de proceso de selección. 6.** [...] [Por] proceso de selección se entiende al procedimiento administrativo especial conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos administrativos, que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las Entidades del Estado van a celebrar un contrato para la adquisición de bienes, la contratación de servicios o la ejecución de una obra. (Resolución N.º 1011-2005-TC-SU, de 20-10-2005, f. 6. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2BtlfQk>).

§ 474. **Las Entidades están obligadas a tener una conducta diligente y respetuosa de las normas que rigen la contratación pública en el proceso de selección. 26.** [E]s necesario acotar que las Entidades están obligadas a tener una conducta diligente y respetuosa de las normas que rigen la contrata-

ción pública en aras de que sus adquisiciones y contrataciones sean expeditivas y eficientes, debiendo adoptar tratamientos y acciones que beneficien el dinamismo de las contrataciones públicas, con el fin de evitar circunstancias o conductas que perjudiquen innecesariamente el proceso de selección, el derecho de los postores y produzcan el incremento de los costos de transacción de la contratación pública, haciéndola más onerosa, lenta e ineficiente [...]. (Resolución N.º 438-2007-TC-S2, de 09-05-2007, f. 26. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2BvdlH>).

§ 475. **Objetivo de un proceso de selección. 18.** [U]n proceso de selección siempre debe buscar el conseguir el bien o servicio de mayor calidad posible y, para eso, deben establecerse ciertos criterios o factores de evaluación para que la selección final sea óptima, lo que no ha sucedido en este proceso y configura un acto que contraviene las normas legales que contemplan los principios de las contrataciones públicas. (Resolución N.º 618-2010-TC-S2, de 15-03-2010, f. 18. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2SrVA92>).

§ 476. **Los procesos de selección deben regirse por reglas claras y transparentes. 13.** Cabe recordar que todo proceso de selección debe regirse por reglas claras, transparentes y que puedan ser cumplidas por los postores de manera que se garantice la libre competencia y la mayor participación de postores potenciales, lo cual se aplica, también, a consignar de forma clara y concreta en el cronograma la fecha en la que se llevará a cabo el otorgamiento de la buena pro. En relación con ello, debe tenerse presente que los procesos de selección se rigen por una serie de principios, entre ellos, el principio de transparencia, por el cual “la convocatoria, el otorgamiento de la buena pro y los resultados deben de ser de público conocimiento”, y el principio de libre concurrencia y competencia señala que “En los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomente la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores”. [...] (Resolución N.º 0039-2016-TCE-S1, de 07-01-2016, f. 13. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2RnyiMi>).

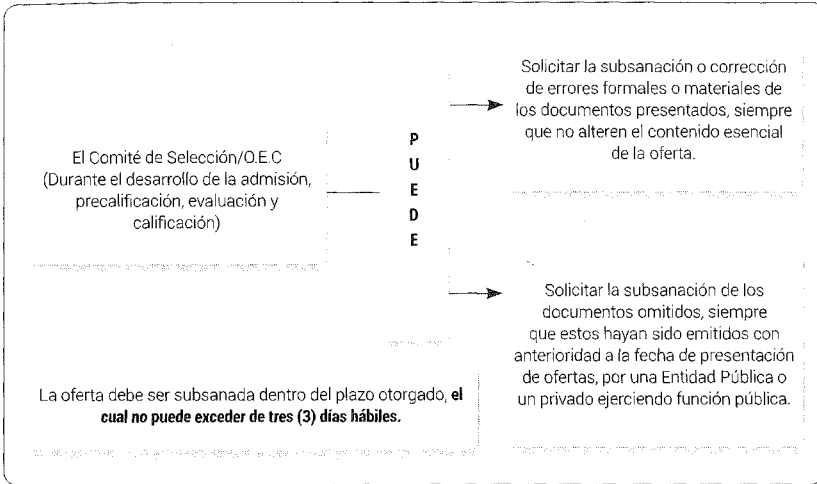
§ 477. **La convocatoria a un proceso de selección. 9.** [La] convocatoria a un proceso de selección constituye una invitación a ofrecer, debiendo observar los oferentes las disposiciones consignadas en las Bases y los requerimientos técnicos expresados en dicho documento. En este sentido, atendiendo a la invitación formulada, los postores deben formular sus ofertas, las que deben ser completas, de modo que para el perfeccionamiento del contrato lo único que haga falta sea la aceptación de la oferta por parte de la Entidad licitante, lo que se materializa con la adjudicación de la buena pro a la mejor oferta, génesis del contrato a suscribirse entre las partes. **10.** En este orden de ideas, la oferta de un postor debe encontrarse formulada de tal manera que contenga lo necesario para la configuración del contrato, conteniendo todos los elementos que permitan mediante la sola aceptación de la Entidad, materializada a través de la adjudicación, la coincidencia de las declaraciones de voluntad de ambas partes. Por lo tanto, la formulación de una oferta en términos diferentes a lo señalado resulta incompleta, y por lo tanto, no válida para hacer nacer un vínculo contractual, atendiendo a que no aporta los elementos suficientes para determinar el alcance de la oferta. (Resolución N.º 2055-2007-TC-S4, de 27-11-2007, ff. 9 y 10. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2Fj3E5o>).

OPINIONES DEL OSCE

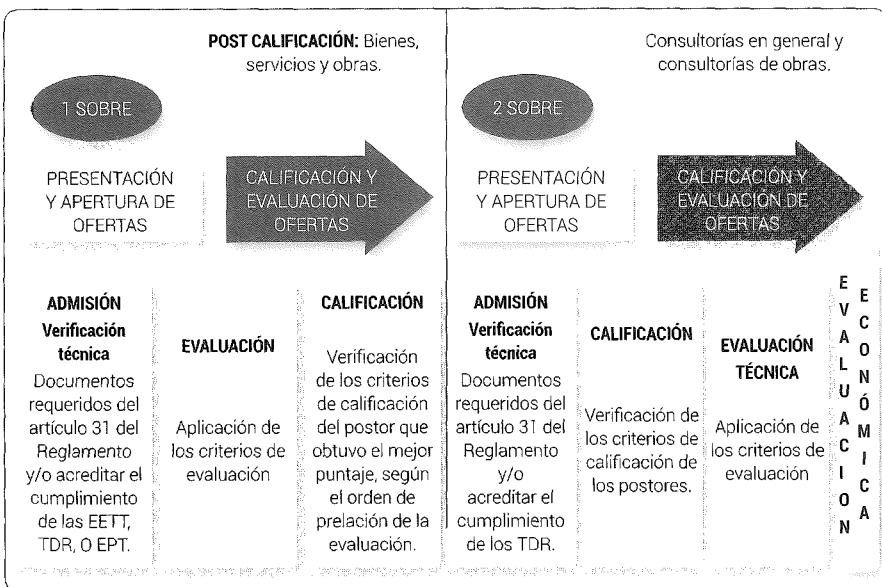
§ 478. Etapas del procedimiento de selección según la normativa en contrataciones del Estado vigente en el momento de la opinión. 2.1.3. Ahora bien, es importante señalar que la actual normativa de contrataciones del Estado ha simplificado procedimientos e incorporado nuevas metodologías en los procesos de contratación; en razón a ello, resulta oportuno distinguir las siguientes etapas del procedimiento de selección: “admisión”, “precalificación”, “evaluación”, y “calificación”. a) En la etapa de “admisión” el comité de selección verifica la presentación de los documentos requeridos en el artículo 31 del Reglamento [cfr. art. 52 del Nuevo Reglamento] -de acuerdo al objeto de la contratación-, y determina si las ofertas responden a las características y/o requisitos funcionales, y condiciones de las Especificaciones Técnicas, Términos de Referencia o Expediente Técnico de Obra, especificados en las bases. De no cumplir con lo requerido la oferta se considera no admitida. b) Por su parte, la etapa de

“precalificación” tiene como finalidad preseleccionar a los proveedores con calificaciones suficientes para ejecutar contratos [...]. c) Respecto a la etapa de “evaluación”, debe precisarse que esta tiene por objeto asignar el puntaje a las ofertas - según los factores de evaluación enunciados en las bases- para determinar cuál de ellas tiene el mejor puntaje, y establecer el orden de prelación de las mismas. d) En tanto, la etapa de “calificación” corresponde al momento en que la Entidad verifica si los postores cuentan con las capacidades necesarias para ejecutar las prestaciones que requiere contratar, de acuerdo a los requisitos que se indiquen en los documentos del procedimiento de selección, conforme a los documentos estándar aprobados por el OSCE según el método de contratación correspondiente. 2.1.4. Por lo expuesto, se advierte que es en la etapa de Calificación de Ofertas que el comité de selección verifica la calificación de los postores a fin de determinar si estos cuentan con las capacidades necesarias para ejecutar las prestaciones que son objeto del contrato, de acuerdo a los requisitos que se indiquen en los documentos del procedimiento de selección, conforme a los documentos estándar aprobados por el OSCE según el método de contratación correspondiente. (Opinión N.º 197-2016/DTN, de 09-12-2016, ff. 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TBkfVz>).

§ 479. Las etapas de evaluación y calificación se realizan en diferente orden si el objeto de la contratación está referido a bienes, servicios u obras (evaluación antes de calificación), o si está referido a la contratación de consultoría en general y consultoría de obras (calificación antes de evaluación) (art. 15 Ley). CONSULTA: 2.2. “¿Y si uno de los postores no adjunta la experiencia solicitada en las bases, o no muestra la capacidad técnica y profesional solicitada, esta propuesta debería pasar a la etapa de EVALUACIÓN, o se descalifica por no haber presentado la experiencia del postor, ni la capacidad técnica, solicitada en las bases?”. 2.2.1. Al respecto, debe indicarse que de acuerdo a lo establecido en el artículo 39 del Reglamento [cfr. art. 60 del Nuevo Reglamento], “Durante el desarrollo de la admisión, precalificación, evaluación y calificación, el órgano encargado de las contrataciones o el comité de selección, según corresponda, puede solicitar a cualquier postor que subsane o corrija algún error material o formal de los documentos presentados, siempre que no alteren el contenido esencial de la oferta.” (El subrayado es agregado). Precizando lo anterior, según lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 39 los errores materiales o formales de los documentos que pueden ser subsanados durante dichas etapas son, entre otros: i) la no consignación de determinada información en formatos y declaraciones juradas, distintas a las que contienen el precio u oferta económica; ii) los referidos a las fechas de emisión o denominaciones de las constancias o certificados emitidos por entidades públicas; iii) la falta de firma o foliatura; iv) los referidos a certificaciones sobre cualidades, características o especificaciones de lo ofrecido, siempre que tales circunstancias existieran al momento de la presentación de la oferta y hubieren sido referenciadas en la oferta. Asimismo, conforme a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 39 del Reglamento [cfr. art. 60 del Nuevo Reglamento], pueden ser subsanables las omisiones de los documentos que forman parte de la oferta, siempre que los mismos hubieran sido emitidos por Entidad Pública o un privado ejerciendo función pública, con anterioridad a la fecha establecida para la presentación de ofertas. En ese sentido, se infiere que cuando el órgano encargado de las contrataciones o el comité de selección -según corresponda-, requiera la subsanación de una oferta durante el desarrollo de la admisión, precalificación, evaluación y calificación, esta continúa vigente para todo efecto, a condición de la efectiva subsanación dentro del plazo otorgado, el cual no puede exceder de tres (3) días hábiles.



2.2.2. Ahora bien, la normativa de contrataciones del Estado vigente recoge la metodología de post calificación para la contratación de bienes, servicios y obras, a través de la cual, los postores presentan un único sobre cerrado para que las Entidades puedan evaluar de manera más eficiente, y luego calificar *-únicamente-* aquella propuesta que hubiera obtenido el primer lugar según el orden de prelación en la etapa de evaluación. Por su parte, en el caso de procedimientos de selección convocados para la contratación de consultorías en general y consultorías de obras, los postores presentan sus ofertas en dos sobres cerrados, uno de los cuales contiene la oferta técnica y, el otro, la económica; advirtiéndose que la etapa de calificación se realiza antes de la etapa de evaluación de ofertas. Conforme a ello, se puede apreciar que la evaluación de ofertas se realiza antes de la etapa de calificación en el caso de los procedimientos de selección convocados para contratar bienes, servicios y obras; mientras que para la contratación de consultorías en general y consultorías de obras, la etapa de calificación se realiza previa a la evaluación de ofertas. El siguiente gráfico muestra el orden de las referidas etapas, de acuerdo al objeto de la contratación:



2.2.3. Al respecto, mediante Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)] el OSCE aprobó las Bases y Solicitud de Expresión de Interés Estándar para convocar los procedimientos de selección en el marco de la Ley N.º 30225, cuyas disposiciones son de cumplimiento obligatorio para todas las Entidades que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. Sobre el particular, cabe anotar que los documentos Estándar elaborados por el OSCE contemplan las reglas del procedimiento de selección y de ejecución contractual, de acuerdo al objeto de la contratación; precisando *-entre otros puntos-* los requisitos de calificación que deben acreditar los postores. Así, para convocar los procedimientos de selección, las áreas usuarias de cada Entidad deben consignar adecuadamente la información que corresponda al objeto de la contratación, utilizando *-para tal efecto-* los documentos estándar aprobados por el OSCE. 2.2.4. Conforme a lo anterior, se aprecia los requisitos de calificación que son fijados por el área usuaria en el requerimiento, deben consignarse en los documentos del procedimiento de selección conforme a los documentos Estándar aprobados por el OSCE; en esa medida, corresponde a los postores acreditar el cumplimiento de la totalidad de requisitos exigidos en la etapa de calificación. No obstante, es pertinente señalar que si el comité de selección u órgano encargado de las contrataciones advierte la necesidad de solicitar al postor la subsanación de algún defecto en los documentos de la oferta durante la etapa de calificación, dicha oferta se encontrará vigente *-condicionada a su subsanación efectiva-* hasta el plazo de tres (3) días hábiles como máximo. Precisando lo anterior, debe indicarse que si el postor no cumple con los requisitos de calificación su oferta debe ser descalificada, de acuerdo a lo establecido en los artículos 55 y 63 del Reglamento [cfr. art. 75 y 82 del Nuevo Reglamento]. 2.2.5. En consecuencia, se puede observar que las etapas de evaluación y calificación de ofertas se realizan en diferente orden de acuerdo al objeto de la contratación *-la evaluación se realiza antes de la etapa de calificación en el caso de bienes, servicios y obras, mientras que para la contratación de consultoría en general y consultoría de obras, la etapa de calificación se realiza antes de la evaluación de ofertas-*; sin perjuicio de ello, cuando el postor no cumple con los requisitos de calificación su oferta debe ser descalificada. (Opinión N.º 197-2016/DTN, de 09-12-2016, ff. 2.2. al 2.2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TBkfVz>).

Artículo 22: Licitación pública y concurso público

22.1 La licitación pública se utiliza para la contratación de bienes y obras; y, el concurso público para la contratación de servicios. En ambos casos, se aplican a las contrataciones cuyo valor estimado o valor referencial, se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público.

22.2 El reglamento establece las modalidades de licitación pública y concurso público.

22.3 Los actos públicos deben contar con la presencia de notario público o juez de paz. Su actuación es desarrollada en el reglamento.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y los artículos 2 y 4 del Decreto Legislativo N.º 1444)

Artículo 23: Adjudicación simplificada

La adjudicación simplificada se utiliza para la contratación de bienes y servicios, con excepción de los servicios a ser prestados por consultores individuales, así como para la ejecución de obras, cuyo valor estimado o referencial, según corresponda, se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

OPINIONES DEL OSCE

§ 480. Las empresas que requieran suministro periódico de insumos, bienes o servicios no necesitan verificar una situación de escasez para realizar un procedimiento de selección de adjudicación simplificada. 3. CONCLUSIÓN: Los insumos directamente utilizados en los procesos productivos por las empresas del Estado que se dediquen a la producción de bienes o prestación de servicios, pueden ser contratados a proveedores nacionales o internacionales mediante el procedimiento de selección de adjudicación simplificada, a precios de mercado, siempre que se verifique una situación de escasez acreditada por el Titular de la Entidad, salvo que se trate de empresas que por la naturaleza de su actividad requieran un suministro periódico de insumos, bienes o servicios, en cuyo caso no se requerirá la verificación de una situación de escasez. (Opinión N.º 078-2016/DTN, de 26-05-2016, f. 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UK3N6b>).

Artículo 24: Selección de consultores individuales

La selección de consultores individuales se utiliza para la contratación de servicios de consultoría en los que no se necesita equipos de personal ni apoyo profesional adicional, y en tanto la experiencia y las calificaciones de la persona natural que preste el servicio son los requisitos primordiales para atender la necesidad, conforme a lo que establece el reglamento, siempre que su valor estimado se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

DEFINICIONES

CONSULTORÍA EN GENERAL: Servicios profesionales altamente calificados.

CONSULTORÍA DE OBRA: Servicios profesionales altamente calificados consistente en la elaboración del expediente técnico de obras, en la supervisión de la elaboración de expediente técnico de obra o en la supervisión de obras.

Artículo 25: Comparación de precios

La comparación de precios puede utilizarse para la contratación de bienes y servicios de disponibilidad inmediata, distintos a los de consultoría, que no sean fabricados o prestados siguiendo las especificaciones o indicaciones del contratante, siempre que sean fáciles de obtener o que tengan un estándar establecido en el mercado, conforme a lo que señale el reglamento. ^(a)

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 022-2016-OSCE/CD, "Disposiciones aplicables a la comparación de precios" (EP, 29-06-2016) [D-021].

Artículo 26: Subasta inversa electrónica

26.1 La subasta inversa electrónica se utiliza para la contratación de bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica y se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes.

26.2 La ficha técnica debe ser utilizada, incluso en aquellas contrataciones que no se encuentran bajo su ámbito o que se sujeten a otro régimen legal de contratación. ^{(a) (b)}

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

- (a) Véase la Directiva N.º 006-2019-OSCE/CD, "Procedimiento de selección de subasta inversa electrónica" (EP, 29-01-2019) [D-005].
- (b) Véase la Resolución Jefatural N.º 042-2016-PERU-COMPRAS que aprueban la Directiva N.º 006-2016-PERÚ-COMPRAS, denominada "Disposiciones sobre el Listado de Bienes y Servicios Comunes, y la obligatoriedad de su uso". Véase el texto completo de la versión 3.0: <bit.ly/2U3TJnN>.

DEFINICIONES

BIENES O SERVICIOS COMUNES: Son bienes y servicios comunes aquellos que, existiendo más de un proveedor en el mercado, cuentan con características o especificaciones usuales en el mercado, o han sido estandarizados como consecuencia de un proceso de homogeneización llevado a cabo al interior del Estado, cuyo factor diferenciador entre ellos es el precio en el cual se transan, siendo que la naturaleza de los mismos los permite cumplir sus funciones sin requerir de otros bienes o servicios conexos, por ende está en capacidad de desarrollar las mismas como una unidad. La Central de Compras Públicas - Perú Compras los incorpora, mediante la aprobación de fichas técnicas, dentro del Listado de Bienes y Servicios Comunes.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 481. **En el proceso de selección bajo la modalidad de Subasta Inversa los bienes y servicios se encuentran predefinidos en la ficha técnica.** 40. [...] [E]l presente proceso de selección se convocó bajo la modalidad de Subasta Inversa, que es una modalidad de selección que utilizan las Entidades cuando un bien o servicio a contratar se encuentra en el listado de Bienes y Servicios Comunes y cuyas características se encuentran predefinidas en una ficha técnica. En dicho contexto, cada ficha técnica, más la información complementaria definida por las Entidad en las bases, correspondiente a las características, las especificaciones técnicas o términos de referencia, establece los requisitos y otras condiciones a cumplir en relación con el bien o servicio. Esta modalidad permite a las Entidades elegir al proveedor de bienes o servicios comunes únicamente en consideración a los precios ofrecidos, mas no a las características técnicas del bien o servicio requerido, toda vez que estas se encuentran predeterminadas en las fichas técnicas que forman parte del listado de bienes y servicios comunes [...] (Resolución N.º 0305-2016-TCE-S4, de 10-03-2016, f. 40. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2OJMYnw>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 482. **Normativa aplicable a los procedimientos de Subasta Inversa Electrónica Corporativa.** CONSULTA: 2.1. "*La regulación sobre Subasta Inversa Electrónica contemplada en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, ¿se debe entender que también regula a la Subasta Inversa Electrónica Corporativa (que es regulada en la Directiva N.º 018-2016-OSCE/CD como un procedimiento distinto a la Subasta Inversa Electrónica)?*". [...] CONCLUSIONES: 3.1. La Subasta Inversa Electrónica es un procedimiento de selección que se encuentra regulado en la normativa de contrataciones del Estado, el cual, conforme a lo previsto en los artículos 26 de la Ley y 78 del Reglamento [cfr. art. 110 del Nuevo Reglamento], es utilizado para contratar bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica y se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes. 3.2. Las disposiciones aplicables para llevar a cabo el mecanismo de contratación de Subasta Inversa Electrónica Corporativa son, únicamente, las reguladas en la Ley, en el Reglamento y en la Directiva N.º 018-2016-OSCE/CD "Procedimiento de Selección de Subasta Inversa Electrónica Corporativa" [cfr. Directiva N.º 006-2019-OSCE/CD (D-005)]. (Opinión N.º 106-2017/DTN, de 26-04-2017, ff. 2.1, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ps6EBD>).

REMISIÓN

§ 483. **Sobre la subasta electrónica inversa.** Véase también la jurisprudencia del artículo 110º del Nuevo Reglamento [§ 1558 ss.].

§ 483a. **Sobre la subasta inversa electrónica.** Véase también la jurisprudencia de la Directiva N.º 006-2019-OSCE/CD [§ 2218 ss.].

Artículo 27: Contrataciones Directas

27.1 Excepcionalmente, las Entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor en los siguientes supuestos:

a) Cuando se contrate con otra Entidad, siempre que en razón de costos de oportunidad resulte más eficiente y técnicamente viable para satisfacer la necesidad, y no se contravenga lo señalado en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

b) Ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, situaciones que afecten la defensa o seguridad nacional, situaciones que supongan el grave peligro de que ocurra alguno de los supuestos anteriores, o de una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud. ⁽¹⁾

c) Ante una situación de desabastecimiento debidamente comprobada, que afecte o impida a la Entidad cumplir con sus actividades u operaciones.

d) Cuando las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los organismos conformantes del Sistema Nacional de Inteligencia requieran efectuar contrataciones con carácter secreto, secreto militar o por razones de orden interno, que deban mantenerse en reserva conforme a ley, previa opinión favorable de la Contraloría General de la República.

e) Cuando los bienes y servicios solo puedan obtenerse de un determinado proveedor o un determinado proveedor posea derechos exclusivos respecto de ellos.

f) Para los servicios personalísimos prestados por personas naturales, que cuenten con la debida sustentación.

g) Para los servicios de publicidad que prestan al Estado los medios de comunicación televisiva, radial, escrita o cualquier otro medio de comunicación, según la ley de la materia.

h) Para los servicios de consultoría, distintos a las consultorías de obra, que son la continuación y/o actualización de un trabajo previo ejecutado por un consultor individual a conformidad de la Entidad, siempre que este haya sido seleccionado conforme al procedimiento de selección individual de consultores.

i) Para los bienes y servicios con fines de investigación, experimentación o desarrollo de carácter científico o tecnológico, cuyo resultado pertenezca exclusivamente a la Entidad para su utilización en el ejercicio de sus funciones.

j) Para la adquisición de bienes inmuebles existentes y para el arrendamiento de bienes inmuebles, pudiendo incluir en este último supuesto el primer acondicionamiento realizado por el arrendador para asegurar el uso del predio, conforme lo que disponga el reglamento.

k) Para los servicios especializados de asesoría legal, contable, económica o afín para la defensa de funcionarios, ex funcionarios, servidores, ex servidores, y miembros o ex miembros de las fuerzas armadas y Policía Nacional del Perú, por actos funcionales, a los que se refieren las normas de la materia. Esta causal también es aplicable para la asesoría legal en la defensa de las Entidades en procesos arbitrales o judiciales.

l) Cuando exista la necesidad urgente de la Entidad de continuar con la ejecución de las prestaciones no ejecutadas derivadas de un contrato resuelto o de un contrato declarado nulo por las causales previstas en los literales a) y b) del numeral 44.2 del artículo 44, siempre que se haya invitado a los demás postores que participaron en el procedimiento de selección y no se hubiese obtenido aceptación a dicha invitación. Esta causal procede aun cuando haya existido un solo postor en el procedimiento de selección de donde proviene el contrato resuelto o declarado nulo.

Puede invocarse esta causal para la contratación de la elaboración de expedientes técnicos de saldos de obra derivados de contratos de obra resueltos o declarados nulos conforme a lo indicado en el párrafo anterior.

m) Para contratar servicios de capacitación de interés institucional con entidades autorizadas u organismos internacionales especializados.

27.2 Las contrataciones directas se aprueban mediante Resolución del Titular de la Entidad, acuerdo del Directorio, del Consejo Regional o del Concejo Municipal, según corresponda. Esta disposición no alcanza a aquellos supuestos de contratación directa que el reglamento califica como delegable.

27.3 Este procedimiento de selección puede efectuarse a través de compras corporativas.

27.4 El reglamento establece las condiciones para la configuración de cada uno de estos supuestos, los requisitos y formalidades para su aprobación y el procedimiento de contratación directa. ^{(a) (b)}

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

DESARROLLO NORMATIVO

(i) De conformidad con el Numeral 8.2 del artículo 8 del Decreto de Urgencia N.º 012-2017 (EP 29-08-2017), se dispone que para lo establecido en su numeral 8.1, tales contrataciones constituyen un supuesto de contratación directa por situación de emergencia, resultándole aplicable las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes al supuesto a que se refiere el presente literal.

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Quinta disposición final del Decreto Legislativo N.º 1362 (Implementación del soporte especializado).

(b) Véase el artículo 21 del Decreto Supremo N.º 029-2016-SA (Contratación de bienes y servicios).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE SUPREMA, RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES, PRONUNCIAMIENTOS Y OPINIONES DEL OSCE

GENERALIDADES

§ 484. Le corresponde a la Entidad verificar si se cumplen las condiciones para realizar una contratación directa. **3.1.** Considerando que la determinación de la forma en que debe llevarse a cabo una contratación en particular es de única y exclusiva responsabilidad de la Entidad, corresponde a esta última evaluar el marco legal aplicable al objeto contractual, a efectos de establecer el método de contratación que debe emplearse o de verificar si se cumplen las condiciones para que la contratación se configure como un supuesto excluido del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. **3.2.** Las contrataciones que toda Entidad deba efectuar con el diario oficial “El Peruano” con la finalidad de publicar las declaraciones juradas de ingresos, bienes y rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado, no se encuentran sujetas a las disposiciones previstas en la normativa de contrataciones del Estado, toda vez que existe un mandato constitucional expreso que determina su contratación. (Opinión N.º 157-2016/DTN, de 23-09-2016, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MZkTJL>).

§ 485. Un órgano u organización que no califique como Entidad puede, a través de la Entidad legitimada de la cual dependan, realizar un procedimiento de selección de contratación directa. **CONCLUSIONES: 3.4.** En caso se determine que un órgano u organización - como por ejemplo, una unidad ejecutora - no califica como Entidad bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, por no contar con capacidad para gestionar sus propias contrataciones de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos, las contrataciones que requiera realizar mediante el procedimiento de selección de contratación directa, deberán ser aprobadas y efectuadas por la Entidad de la que dependan que cuente con capacidad para tales efectos. (Opinión N.º 082-2016/DTN, de 03-06-2016, f. 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CdtDYZ>).

§ 486. En caso de que ante la existencia de una pluralidad de postores en el mercado capaces de satisfacer el requerimiento de la Entidad, sólo una de ellas esté dispuesta a contratar con el Estado, la Entidad podrá evaluar contratar directamente con esta. **CONSULTA: 2.1.** “Considerando que del Estudio de Mercado se determine la existencia en el mercado nacional de dos (2) proveedores con la condición de autorizados para proveer de bienes o servicios a una entidad, y existiendo la voluntad manifiesta de uno de ellos de no participar en el procedimiento de selección por determinadas razones como por ejemplo,

entre otras: (i) no contar con los bienes en la escala requerida; (i) no contar con los bienes en la oportunidad requerida; y, (iii) no tener interés en participar como postor; ¿la entidad podría individualizar al otro proveedor, que además cumple con los requerimientos señalados en las especificaciones técnicas, para darle la calidad de proveedor único?». [...] 2.1.4. Cabe mencionar que determinada la existencia de pluralidad de postores en condiciones de satisfacer el requerimiento de la entidad, corresponderá llevar a cabo el procedimiento para seleccionar al proveedor con el cual la Entidad suscribirá el contrato. Por el contrario, en caso no se determine la pluralidad de postores dentro del mercado nacional, la Entidad puede evaluar contratar directamente de conformidad a la figura de proveedor único descrita en el numeral anterior. En consecuencia, para que el estudio de mercado determine la existencia de pluralidad de postores dentro del mercado nacional que puedan satisfacer el requerimiento de la Entidad, los proveedores objeto del estudio deben contar con la capacidad de participar en el procedimiento de selección. Esta última condición no se cumplirá cuando los proveedores se encuentren imposibilitados para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en la oportunidad en que se lleve a cabo el proceso de contratación o hayan manifestado de forma indubitable su voluntad de no contratar con las Entidades del Estado. Es preciso señalar que la determinación sobre la capacidad de un proveedor de participar en el procedimiento de selección requiere la realización de un análisis de las circunstancias particulares de cada caso concreto y en vía de opinión no se puede determinar si un determinado supuesto implica la configuración de esta condición. (Opinión N.º 170-2018/DTN, de 15-10-2018, ff. 2.1 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ro128C>).

§ 487. **Informes técnicos y legales elaborados por la Unidad Ejecutora de un Gobierno Regional para la aprobación de una contratación directa.** CONSULTA: 2. “¿Los informes técnicos y legales elaborados por la Unidad Ejecutora de un Gobierno Regional son suficientes para que un Gobierno Regional a través de su Consejo Regional, apruebe una contratación directa o se requiere adicionalmente informes técnicos y legales de las áreas competentes del Órgano Subnacional?”. [...] 2.3. [...] [En] el caso de un Gobierno Regional correspondía al Consejo Regional la aprobación de exoneraciones, mientras que en el caso de las Unidades Ejecutoras -en la medida que estas constituyan una Entidad conforme a las consideraciones previstas en la anterior normativa de contrataciones del Estado e indicadas en el numeral 2.1 del presente informe-, correspondía a su Titular la aprobación de exoneraciones. Es preciso mencionar que esta facultad era indelegable, tal como lo establecía el artículo 5 de la anterior Ley. [...] Sobre el particular, debe mencionarse que la anterior normativa de contrataciones del Estado no precisaba cuál era la dependencia o dependencias de la Entidad encargada de emitir el o los informes previos a la aprobación de las exoneraciones, por lo cual debía evaluarse las normas de organización interna de la Entidad a efectos de definir el área competente para elaborar el(los) referido(s) informe(s), debiendo verificar que el mismo contenga el sustento técnico y legal que justifique la decisión de exonerar. (Opinión N.º 043-2018/DTN, de 06-04-2018, ff. 2, 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Pc0ikS>).

§ 488. **Precisión sobre las excepciones a la obligación de contratación y licitación pública en las obras y en la adquisición de suministros y bienes con utilización de fondos o recursos públicos.** Véase la jurisprudencia del artículo 76º de la Constitución [§ 37]. (Exp. N.º 020-2003-AI/TC [Proceso de inconstitucionalidad contra la tercera disposición final de la Ley N.º 27635], del 17-05-2004 [Web: 12-07-2004 / EP: 14-07-2004], ff. jj. 18-21. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2DE6CzC>).

§ 489. **En caso la Entidad advierta necesidades anteriores a la fecha de aprobación de una contratación directa, de las cuales debieron ser objeto, no podrá efectuar su contratación mediante el mecanismo de la contratación directa.** Véase la jurisprudencia del artículo 100º del Nuevo Reglamento [§ 1531]. (Opinión N.º 209-2017/DTN, de 26-09-2017, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QOpGci>).

§ 490. **Las contrataciones que toda Entidad deba efectuar con el diario oficial “El Peruano” a fin de publicar normas legales o documentos que por ley deben publicarse en dicho Diario, no se**

encuentran sujetas a las disposiciones previstas en la normativa de contrataciones del Estado. Véase la jurisprudencia del artículo 4º de la Ley [§ 240]. (Opinión N.º 142-2016/DTN, de 26-08-2016, ff. 2.1.3, 2.1.4, 2.1.5 y conclusión. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EumSDJ>).

NUMERAL 27.1.A

§ 491. **Elementos para que se configure la causal de exoneración por contratación entre Entidades (art. 27.1.a).** 2.4. [...] puede distinguirse tres elementos que necesariamente deben concurrir para que se configure la causal de exoneración por contratación entre Entidades: (i) que la Entidad proveedora no sea una empresa del Estado, ni una Entidad que realice actividad empresarial de manera habitual; (ii) que la contratación resulte técnicamente viable para satisfacer la necesidad de la Entidad; y (iii) que en razón de costos de oportunidad la contratación resulte más eficiente. [...] Por tanto, para contratar con el Estado, sus empresas deben competir en un proceso de selección como cualquier otra empresa del sector privado, lo contrario implicaría contravenir el artículo 60º de la Constitución Política, y los Principios de Libre Concurrencia y Competencia, y de Trato Justo e Igualitario que inspiran la contratación pública. Por las mismas razones, si una Entidad no es una empresa del Estado, pero realiza actividad empresarial habitualmente, tampoco podría ser contratada a través de la causal de exoneración por contratación entre Entidades. El segundo elemento está referido a que el bien, servicio u obra que prestará la Entidad que actúe como proveedor sea técnicamente viable para satisfacer la necesidad de la Entidad, esto es, que resulte técnicamente idóneo para satisfacer el requerimiento que origina la contratación. De lo contrario, la Entidad debe recurrir a un proceso de selección para contratar a un proveedor que esté en capacidad de satisfacer de forma integral su requerimiento. El tercer elemento implica que la Entidad evalúe y determine que resulta más eficiente contratar la prestación del bien, servicio u obra, directamente con otra Entidad, teniendo en consideración los costos de oportunidad, es decir, el ahorro en tiempo, dinero, horas hombre, etc. Finalmente, cabe precisar que el cumplimiento de los requisitos detallados anteriormente se enmarca dentro de la celebración de un contrato oneroso, que por su naturaleza implica el pago de una contraprestación a la Entidad que actúe como proveedor. (Opinión N.º 027-2009/DTN, de 30-04-2009, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2WgpATG>).

§ 492. **Elementos para que proceda la contratación directa entre Entidades. Las empresas del Estado operan en el mercado como un agente económico y sin tener privilegio alguno por su condición de empresa estatal, motivo por el cual no les es aplicable la exoneración del proceso de selección (art. 27.1.a).** Véase la jurisprudencia del artículo 100º del Nuevo Reglamento [§ 1527]. (Opinión N.º 097-2012/DTN, de 10-09-2012, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MayQnV>).

NUMERAL 27.1.B

§ 493. **Ante la configuración de alguno de los supuestos de situación de emergencia se puede contratar inmediatamente aquello que resulte estrictamente necesario para garantizar la acción oportuna y ajustada a la Ley por parte de la Entidad, sin que para ello deba cumplirse previamente con determinadas formalidades (art. 27.1.b).** CONSULTA: 2.1. *“Ante esta situación de emergencia que vive el Departamento de Piura ¿se configuraría poder realizar contrataciones directas, amparados en el artículo 27 literal (b) de la Ley N.º 30225?”*. [...] 2.2. *“De ser así ¿es necesario comunicar al OSCE para la autorización de este tipo de contrataciones o simplemente debemos de regirnos a lo que estipula el artículo 85 literal (2) del RLCE [cfr. art. 100.b del Nuevo Reglamento]?”*. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Corresponde a cada Entidad evaluar si ante una determinada situación o hecho específico se configura alguna o algunas de las causales de contratación directa señaladas en el literal b) del artículo 27 de la Ley [cfr. art. 27.1.b de la Ley vigente] y desarrolladas en el primer párrafo del numeral 2 del artículo 85 del Reglamento, a efectos de contratar de manera inmediata los bienes, servicios en general, consultorías u obras estrictamente necesarios, tanto para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, como para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido. 3.2. Ante

la configuración de alguno de los supuestos de situación de emergencia -de conformidad con las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado- se puede contratar inmediatamente aquello que resulte estrictamente necesario para garantizar la acción oportuna y ajustada a la Ley por parte de la Entidad, sin que para ello deba cumplirse previamente con determinadas formalidades de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 del Reglamento [cfr. art. 101 del Nuevo Reglamento]; no obstante, la Entidad tiene la obligación de regularizar la contratación directa derivada de una situación de emergencia, dentro del plazo señalado en el segundo párrafo del numeral 2 del artículo 85 del Reglamento. (Opinión N.º 110-2017/DTN, de 04-05-2017, ff. 2.1, 2.2, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PkBYNO>).

§ 494. Proceden las contrataciones directas cuando exista una situación de emergencia que cumplan con los requisitos y procedimientos propuestos para dicha contratación (art. 27.1.b).
2.1.1. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que la aprobación de la exoneración faculta a una Entidad a omitir la realización del proceso de selección que la normativa le impone, siempre que se acredite la configuración de alguna de las causales establecidas en el artículo 20º de la Ley [cfr. art. 27º de la Ley vigente]; sin embargo, aquello no exime a las entidades públicas del cumplimiento de las exigencias, requisitos y formalidades propios de las etapas de programación y ejecución contractual, según lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 135º del Nuevo Reglamento [cfr. art. 100º del Nuevo Reglamento]. (Opinión N.º 049-2009/DTN, de 26-06-2009, f. 2.1.1. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DGCenV>).

§ 495. Diferencia entre estado de emergencia y situación de emergencia (art. 27.1.b). Véase la jurisprudencia del artículo 100º del Nuevo Reglamento [§ 1529]. (Opinión N.º 37-2004/GTN. Gerencia Técnico Normativa. Referencia: *Contrataciones*, p. 437).

§ 496. En una contratación de emergencia la comisión de defectos administrativos que pueden ser subsanados vía regularización administrativa no tiene, por sí sola, relevancia para el derecho penal (art. 27.1.b). Véase la jurisprudencia del artículo 100º del Nuevo Reglamento [§ 1526]. (Casación N.º 841-2015-Ayacucho, de 24-05-2016, ff. jj. 13, 20 y 21. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema [EP, 28-06-2016]. Texto completo: <bit.ly/2F45vL1>).

NUMERAL 27.1.C

§ 497. La aprobación de una contratación directa por situación de desabastecimiento no constituye dispensa, exención o liberación de las responsabilidades de los funcionarios o servidores de la Entidad (art. 27.1.c). CONSULTA: **2.1.** *“¿Es legal aprobar una contratación directa ante una situación de desabastecimiento (literal c) del artículo 27 de la Ley) debidamente comprobada, que afecte o impida a la Entidad cumplir con sus actividades u operaciones, en aquellos supuestos donde el procedimiento de selección que pretendía atender la necesidad ha sido declarado desierto y una eventual segunda convocatoria, con la respectiva firma de contrato, excedería las fechas programadas de la actividad de la Entidad?”*. [...] **3. CONCLUSIONES. 3.1.** La declaración de desierto de un procedimiento de selección, por sí sola, no habilita a la Entidad a contratar de manera directa bajo la causal de situación de desabastecimiento, sino que la Entidad deberá efectuar un análisis del caso en concreto a efectos de determinar si concurren situaciones que configuran el supuesto previsto para la procedencia de la contratación directa, bajo responsabilidad. **3.2.** Es responsabilidad de la Entidad identificar si se encuentra inmersa en una situación de desabastecimiento, verificando la existencia de los elementos para su configuración y aquellas consideraciones que establece la normativa de contrataciones del Estado para tal efecto. **3.3.** La aprobación de una contratación directa por situación de desabastecimiento no constituye dispensa, exención o liberación de las responsabilidades de los funcionarios o servidores de la Entidad, cuya conducta hubiese originado la presencia de la configuración de dicha causal. (Opinión N.º 213-2017/DTN, de 02-10-2017, ff. 2.1, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EfGCef>).

§ 498. El desabastecimiento previsto en el literal c) del artículo 27 se configura ante la ausencia o privación de un bien o servicio debido a una causa extraordinaria o imprevisible (art. 27.1.c). 2.1.4.

[...] [A] efectos de contratar directamente en virtud de la causal de desabastecimiento, “*La situación de desabastecimiento se configura ante la ausencia inminente de determinado bien, servicio en general o consultoría, debido a la ocurrencia de una situación extraordinaria e imprevisible, que compromete la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que la Entidad tiene a su cargo.*” De conformidad con las disposiciones citadas, para que se configure la causal de contratación directa denominada “*situación de desabastecimiento*” deben distinguirse dos elementos que necesariamente deben concurrir: (i) un hecho o situación extraordinario e imprevisible que determina la ausencia inminente de un bien o servicio; y (ii) que dicha ausencia comprometa en forma directa e inminente la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que la Entidad tiene a su cargo. Respecto al primer elemento, debe indicarse que por “*extraordinario*” se entiende a algún hecho o situación fuera del orden o regla natural o común y por “*imprevisible*” se entiende al hecho o situación que no puede ser previsto. En esa medida, esta causal se configuraría ante hechos o situaciones fuera del orden natural o común de un contexto, que no pudieron ser previstos. El segundo elemento, se refiere a que la ausencia de un bien o servicio comprometa en forma directa e inminente la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que se encuentran relacionadas con el ejercicio de las facultades que, por ley expresa, han sido atribuidas a la Entidad. En tal sentido, corresponde a cada Entidad evaluar si ante una determinada situación o hecho se configura la situación de desabastecimiento que la faculta a contratar directamente con un determinado proveedor. **2.1.5** En consecuencia, considerando que la determinación de la forma en que debe llevarse a cabo una contratación en particular es de única y exclusiva responsabilidad de la Entidad, corresponde a esta última evaluar el marco legal aplicable al objeto contractual, a efectos de establecer el método de contratación que debe emplearse o de verificar si se cumplen las condiciones para que la contratación se configure como un supuesto excluido del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 053-2017/DTN, de 21-02-2017, ff. 2.1.4 y 2.1.5. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FPDN4i>).

§ 499. Proceden las contrataciones directas cuando exista una situación de desabastecimiento no atribuida a los funcionarios de la Entidad (art. 27.1.c). 2.1.3. [...] En tal sentido, la causal de exoneración por situación de desabastecimiento implica que la Entidad adopte una medida inmediata de carácter temporal -una contratación directa- destinada a superar de manera oportuna la circunstancia coyuntural por la que atraviesa **2.1.4**. De conformidad con lo expuesto, debe indicarse que la exoneración por situación de desabastecimiento se configura ante la ausencia o privación de un bien o servicio debido a una causa irresistible que no pudo ser conocida ni evitada en el orden natural o común de un contexto, y siempre que dicha ausencia evite que la Entidad cumpla con la función o actividad que le ha sido encomendada. (Opinión N.º 002-2013/DTN, de 11-01-2013, ff. 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MCjkBt>).

§ 500. No se considerará como una situación de desabastecimiento, los periodos consecutivos que sobrepasen el tiempo requerido para superar dicha situación, excepto que ocurra una nueva situación diferente a la que originó la contratación directa (art. 27.1.c). Véase la jurisprudencia del artículo 100º del Nuevo Reglamento [§ 1537]. (Opinión N.º 006-2012/DTN, de 12-01-2012, f. 3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2sRjPDo>).

§ 501. Causal de contratación directa por situación de desabastecimiento (art. 27.1.c). Véase la jurisprudencia del artículo 100º del Nuevo Reglamento [§ 1531]. (Opinión N.º 209-2017/DTN, de 26-09-2017, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QOpGci>).

§ 502. En las situaciones de desabastecimiento, la Entidad está facultada para contratar bienes y servicios que le permitan cumplir con sus obligaciones por el plazo estrictamente necesario para atender sus necesidades; sin embargo, si no es posible conocer la duración de la situación, se establecerá un plazo estimado (art. 27.1.c). Véase la jurisprudencia del artículo 100º del Nuevo Reglamento [§ 1538]. (Opinión N.º 099-2012/DTN, de 28-09-2012, f. 3.1. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Sf6nTI>).

§ 503. En los casos que la contratación directa prevista en los casos de desabastecimiento agota la necesidad de la Entidad, no resultará necesario que se lleve a cabo un procedimiento de selec-

ción (art. 27.1.c). Véase la jurisprudencia del artículo 100° del Nuevo Reglamento [§ 1530]. (Opinión N.º 175-2018/DTN, de 19-10-2018, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DT9SaB>).

NUMERAL 27.1.D

§ 504. **Las exoneraciones no tienen carácter obligatorio; por lo que, la adquisición de material de guerra (que están exoneradas de los procedimientos ordinarios) pueden adquirirse a través de los mecanismos clásicos de selección en las contrataciones (art. 27.1.d).** [...] No obstante, al constituir de exclusiva responsabilidad de la Entidad la determinación de las características de los bienes a adquirir, así como si de acuerdo a la naturaleza del bien corresponde aplicar alguna normativa especial y la conveniencia de la realización de un proceso de selección, este Organismo Supervisor ha dispuesto NO ACOGER las Observaciones N.º 01 y N.º 02. Sin perjuicio de lo señalado, la Entidad deberá registrar en el SEACE, un informe técnico en el que fundamente la calificación de material de guerra con el carácter de “secreto militar” de los bienes objeto de la presente convocatoria. En el supuesto que después de la evaluación realizada se determine que los bienes a adquirir califican como “secreto militar” deberá también registrarse en el SEACE un informe en el que se señalen las razones por las cuales no se consideró el procedimiento dispuesto en el Decreto Supremo N.º 052-2001-PCM. (Pronunciamiento N.º 053-2009-/DTN, de 16-03-2009, Observación N.º 04. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MGrLv>).

NUMERAL 27.1.E

§ 505. **Alcance de las contrataciones directas en caso exista un único proveedor de bienes o servicios (art. 27.1.e).** 3. **CONCLUSIONES.** 3.1. El segundo párrafo del artículo 131 del Reglamento [cfr. at. 100 del Nuevo Reglamento] contempla uno de los dos supuestos en los que una Entidad puede exonerarse de la obligación de realizar un proceso de selección, bajo la causal de proveedor único de bienes o servicios que no admiten sustitutos: cuando existe en el mercado un proveedor exclusivo, por razones técnicas o relacionadas con la protección de derechos de propiedad, del bien o servicio requerido por la Entidad para satisfacer su necesidad, el mismo que no admite sustitutos. 3.2. El sentido y alcance del término “exclusividad” es sustentar la necesidad de contratar a través de la exoneración por proveedor único de bienes o servicios que no admiten sustitutos, al proveedor del bien o servicio requerido por una Entidad que no admite sustitutos, que ostenta el privilegio de ser el único proveedor autorizado para comercializarlo en el mercado nacional, ya sea por razones técnicas o relacionadas con la protección de derechos de propiedad intelectual. 3.3. Por “razones técnicas” el literal e) del artículo 20 de la Ley [cfr. art. 27 Ley] y el segundo párrafo del artículo 131 del Reglamento se refieren a aquellas directamente vinculadas con los aspectos técnicos del requerimiento formulado por el área usuaria; es decir, con la solución técnica requerida por la Entidad para satisfacer su necesidad. En esa medida, el segundo supuesto de la causal de exoneración por proveedor único de bienes o servicios que no admiten sustitutos, se configurará cuando por razones técnicas existe un proveedor exclusivo; esto es, cuando en el mercado existe solo un proveedor con derechos exclusivos sobre la solución técnica requerida por el área usuaria de la Entidad para satisfacer su necesidad. (Opinión N.º 102-2013/DTN, de 09-12-2013, ff. 3 al 3.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HGcbB9>).

§ 506. **Contratación directa de un bien determinado que solo puede ser abastecido por un único proveedor como una entidad pública.** CONSULTA: “En el marco de la Ley de Contrataciones, bajo que figura se podría efectuar la contratación para la adquisición de un fármaco controlado por mandato de Ley y cuyo proveedor, conforme a dicha disposición es una Entidad del Estado (MINSAs)”. [...] 3. Conforme a lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado, cuando una Entidad requiera la adquisición de un determinado bien -como puede ser un fármaco en particular- que por mandato expreso de una ley solo pueda ser abastecido por un único proveedor -como puede ser una Entidad-, procede la contratación directa con dicho proveedor bajo la causal de proveedor único prevista en el literal e) del artículo 27 de la Ley, debiendo cumplir -para tal efecto- las condiciones, requisitos y formalidades establecidas

en el Reglamento. (Opinión N.º 091-2018/DTN, de 21-06-2018, f. 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2U0tBe7>).

§ 507. Un consorcio puede ser proveedor único siempre y cuando cumpla con las condiciones y requisitos que estable la normativa de contrataciones del Estado (art. 27.1.e). CONSULTA: “*En vista que no existe un pronunciamiento textual en la normativa de Contrataciones que se pronuncie directamente acerca de considerar a un Consorcio como Proveedor Único dentro del supuesto establecido en el literal e) del artículo 27º de la Ley de Contrataciones del Estado, es que hacemos la siguiente consulta: ¿El Proveedor Único puede estar conformado por un Consorcio?*”. [...] 3. Un proveedor único puede estar conformado por un consorcio, a fin de complementar capacidades, recursos y aptitudes -distintos a los suyos- con otro u otros proveedores, que permitan satisfacer el requerimiento de una Entidad (en función a la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato); siempre que, para tal efecto, se cumplan las condiciones y requisitos que configuran dicha causal, conforme a lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 095-2018/DTN, de 21-06-2018, f. 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AQvamB>).

§ 508. Solo si la Entidad determina que se configura la causal de proveedor único (en capacidad tanto jurídica como fáctica), podrá contratar directamente con dicho proveedor (art. 27.1.e). 2.1.3. [...] [L]a causal de contratación directa por proveedor único se configura en cualquiera de los siguientes dos supuestos: (i) cuando en el mercado nacional existe un único proveedor que puede satisfacer el requerimiento de bienes o servicios de la Entidad; y, (ii) cuando un determinado proveedor cuenta con derechos exclusivos en el mercado nacional respecto a los bienes o servicios requeridos por la Entidad. Conforme a lo anterior, cabe anotar que el estudio de mercado realizado por la Entidad adquiere especial relevancia en la configuración de la causal de contratación directa por proveedor único, pues solo después de realizado dicho estudio podrá comprobarse, objetivamente, que en el mercado nacional existe un único proveedor en condiciones de satisfacer el requerimiento de la Entidad o que existe en el mercado nacional un determinado proveedor que posea derechos exclusivos respecto de ellos. En esa medida, solo si una vez realizado el estudio de mercado, la Entidad determina que se configura la causal de proveedor único, al haber comprobado en el mercado nacional la existencia de un único proveedor que puede satisfacer el requerimiento de la Entidad, ésta se encontrará habilitada para contratar directamente con dicho proveedor. (Opinión N.º 170-2018/DTN, de 15-10-2018, f. 2.1.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ro128C>).

§ 509. Un proveedor único puede estar conformado por un consorcio siempre que, para tal efecto, se cumplan las condiciones y requerimientos de dicha causal, conforme a la normativa de contrataciones del Estado (art. 27.1.e). 2.5. [...] [Si] bien la normativa de contrataciones del Estado no prevé de manera expresa la posibilidad de que una Entidad pueda contratar directamente a un consorcio bajo la causal de proveedor único, se desprende que, para dicho fin, la Entidad debe determinar si se configura tal causal, al comprobar en el mercado nacional que solo existe un único proveedor que, en función de la naturaleza de la prestación objeto del contrato, necesita complementar recursos, capacidades y aptitudes -distintos a los suyos- con otro u otros proveedores en consorcio, a fin de satisfacer el requerimiento de la Entidad. Cabe precisar que en dicho contexto, la complementariedad de calificaciones de los proveedores que integran el consorcio implica la ejecución de prestaciones distintas por parte de sus integrantes, pues solo uno de ellos debe ser quien pueda proveer o contar con derechos exclusivos -en el mercado nacional- de determinados bienes o servicios, a fin de que se configure la causal de proveedor único prevista en el literal e) del artículo 27 de la Ley; de lo contrario, no se configuraría la citada causal. 2.6. Por lo expuesto, y considerando la finalidad pública que subyace a la contratación, se infiere que un proveedor único puede estar conformado por un consorcio, a fin de complementar capacidades, recursos y aptitudes -distintos a los suyos- con otro u otros proveedores, que permitan satisfacer el requerimiento de una Entidad (en función a la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato); siempre que, para tal efecto, se cumplan las condiciones y requisitos que configuran dicha causal, conforme a lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado.

(Opinión N.º 095-2018/DTN, de 21-06-2018, ff. 2.5 y 2.6. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AQvamb>).

§ 510. El término “exclusivo” empleado en literal e) del artículo 27 de la Ley de Contrataciones del Estado hace referencia a un proveedor que ostenta el privilegio de ser el único proveedor autorizado para comercializar un determinado bien o servicio en el mercado nacional (art. 27.1.e). CONSULTA: 2.2. “¿Se enmarcaría dentro de la causal de proveedor único, aquel que cuenta con una carta de representación o comercialización o importación exclusiva en el territorio nacional elaborada por el fabricante? ¿Por qué?”. Como se ha indicado en los antecedentes de la presente opinión, las consultas que absuelve el OSCE son aquellas consultas genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado; en esa medida, en vía de consulta, este Organismo Técnico Especializado no puede emitir opinión sobre si determinada documentación configuraría la causal de contratación directa por proveedor único, pues ello excede la habilitación establecida en el literal o) del artículo 52 de la Ley. Sin perjuicio de lo anterior, debe reiterarse que la configuración de la causal de contratación directa por proveedor único se da (i) cuando en el mercado nacional existe un único proveedor que puede satisfacer el requerimiento de la Entidad; o, (ii) cuando un determinado proveedor cuente con derechos exclusivos en el mercado nacional respecto a los bienes o servicios requeridos por la Entidad. Ahora bien, respecto al segundo supuesto, para determinar el sentido y alcance del término “exclusivo”, en principio, corresponde revisar las definiciones del Diccionario de la Lengua Española. Así, por “exclusivo” se entiende a aquello “que excluye o tiene fuerza y virtud para excluir”; y en su segunda acepción se define como “único, solo, excluyendo a cualquier otro”. Por su parte, Cabanellas define como exclusivo a la “Causa de exclusión repulsa para rechazar a quien aspira a un empleo, puesto o cargo. Privilegio de que gozan personas individuales o colectivas para hacer lo prohibido a la generalidad o para excusarse de lo exigido a los demás. Facultad reservada a un representante, comisionista o razón social, para vender un producto en una ciudad, territorio o nación. Monopolio.” (El subrayado es agregado). De acuerdo con las definiciones citadas, puede afirmarse que, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, el término “exclusivo” empleado en el literal e) del artículo 27 de la Ley, hace referencia a un proveedor que ostenta un determinado privilegio frente a todos los demás proveedores; esto es, el privilegio de ser el único proveedor autorizado para comercializar un determinado bien o servicio en el mercado nacional. [...] (Opinión N.º 197-2017/DTN, de 13-09-2017, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KWX18x>).

§ 511. Es posible la ejecución de prestaciones adicionales en la contratación directa por la causal de proveedor único (art. 27.1.e). CONSULTA: “En el supuesto que exista una contratación directa por causal de Proveedor Único y se presenta una demanda adicional que permita cubrir la necesidad solicitada ¿Se puede realizar prestaciones adicionales a un procedimiento de contratación directa bajo la causal de Proveedor único?”. CONCLUSIÓN: 3. En aquellas contrataciones llevadas a cabo mediante contratación directa por el causal proveedor único, debido a la naturaleza de las mismas, y de conformidad con las disposiciones de la Ley y del Reglamento, podría aplicarse la figura de prestaciones adicionales, conforme a lo establecido en el numeral 34.2 del artículo 34 de la Ley, concordado con el numeral 139.1 del artículo 139 del Reglamento [cfr. art. 157 del Reglamento]. (Opinión N.º 116-2018/DTN, de 02-08-2018, f. 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DXUoly>).

§ 512. Solo después de realizadas las indagaciones en el mercado se podrá comprobar objetivamente que existe un único proveedor que puede satisfacer el requerimiento de la entidad y contratar directamente con él (art. 27.1.e). Véase la jurisprudencia del artículo 100º del Nuevo Reglamento [§ 1533]. (Opinión N.º 046-2010/DTN, de 02-08-2010, ff. 2.1 y 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2WQ2hQQ>).

§ 513. No es posible la contratación directa por causal de proveedor único en la ejecución de obras. En el caso de las contrataciones bajo la modalidad de concurso oferta, es posible que la compra del terreno donde se ejecutará la obra pueda ser contratada directamente mediante la causal de proveedor único (art. 27.1.e). Véase la jurisprudencia del artículo 100º del Nuevo Reglamento [§ 1534]. (Opinión N.º 045-2010/DTN, del 22-07-2010, ff. 2.1 al 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SMvNEN>).



NUMERAL 27.1.F

§ 514. Alcance del concepto de servicios personalísimos. El sólo hecho de considerar que determinado servicio es “especializado” no nos conduce a calificarlo como “personalísimo” (art. 27.1.f). 2.5. [...] [P]ara establecer si determinado servicio es personalísimo, debe tenerse en cuenta la forma en que será prestado, atendiendo a las cualidades especiales del contratista para hacerlo, independientemente de que exista otro locador que pueda prestar en esencia el mismo servicio; estableciéndose, de esta manera, que la diferencia entre ambos locadores es la forma de brindar el servicio, ya que uno no puede prestarlo de la misma manera que el otro y, en todo caso, su prestación no satisface el requerimiento particular de la Entidad, lo que hace inviable su comparación. Cabe precisar que el hecho de que en el mercado sólo exista un locador que brinde un servicio específico no determina que éste sea personalísimo. En estos casos, para la normativa sobre contrataciones del Estado, nos encontraríamos en una causal de exoneración distinta, referida al servicio que no admite sustitutos, comentado líneas arriba. Asimismo, el solo hecho de considerar que determinado servicio es “especializado” no nos conduce a calificarlo como “personalísimo”, puesto que la calificación de personalísimo está en función a la forma particular de prestación del mismo que puede exhibir una determinada persona atendiendo a las cualidades especiales que ésta posee. (Opinión N.º 081-2009/DTN, del 24-08-2009, f. 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Rnmui7>).

NUMERAL 27.1.G

§ 515. Aquellos servicios de publicidad que no sean prestados directamente por un medio de comunicación, no se encuentran comprendidos dentro de los alcances del supuesto de contratación directa en la ley, debiendo participar en el respectivo procedimiento de selección (art. 27.1.g). CONSULTA: 2.1. “De acuerdo al Artículo 7 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, modificada por el Decreto Supremo N.º 056-2017-EF, para la contratación de servicios de publicidad para el Estado, corresponde a aquellos que prestan directamente los medios de comunicación para difundir un contenido determinado al público objetivo al que se quiere llegar. Esta disposición es concordante con la Ley N.º 28874, Ley que regula la Publicidad Estatal // En ese sentido (...) ¿Los medios de comunicación deben ser obligatoriamente los titulares o propietarios de las señales de radiodifusión, para poder ser considerados como postores?” [...] 2.2. “¿Existe alguna prohibición de contratar bajo el citado artículo, a agencias o centrales de medios y/o bróker, ya que estos, no son precisamente medios de comunicación?” [...] 2.3. “¿Son estas disposiciones aplicables para aquellos procesos menores a 8 UIT?”. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Aquellos servicios de publicidad que no sean prestados directamente por un medio de comunicación, no se encuentran comprendidos dentro de los alcances del supuesto de contratación directa previsto en literal g) del artículo 27 de la Ley. 3.2. En caso las Entidades requieran contratar los servicios de agencias o centrales de medios, agencias de publicidad, o cualquier otro servicio de mediación publicitaria, deberán realizar previamente el procedimiento de selección que corresponda (Concurso Público - Adjudicación Simplificada). 3.3. Aquellas contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción, se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, por lo que no les resultan aplicables las disposiciones previstas en dicha normativa; no obstante, ello no enerva la obligación de observar los principios que rigen toda contratación pública y garantizar la eficiencia y transparencia en el uso de los recursos públicos. Asimismo, cada Entidad es responsable de verificar que a través de dicha figura no se esté eludiendo indebidamente la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, ni transgrediendo la prohibición de fraccionamiento [...]. (Opinión N.º 167-2017/DTN, de 04-08-2017, ff. 2.1, 2.2, 3, 2.3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PsXjEU>).

NUMERAL 27.1.I

§ 516. Alcances de las contrataciones directas para los bienes y servicios con fines de inversión (art. 27.1.i). CONSULTA: 2.1. “El extremo de nuestra consulta gira en relación al supuesto de una

Contratación directa que se tipifique en lo prescrito en el inciso i) y que cuente con una pluralidad de proveedores que cumplan con lo requerido por la Entidad, en tal sentido será válido que teniendo una pluralidad de proveedores que cumplan con los términos o especificaciones requeridas con fines de investigación, experimentación o desarrollo de carácter científico o tecnológico, contratar bajo la modalidad de Contratación Directa, o tendríamos que adecuarlo a otro procedimiento de Contratación?”. [...] 2.2. “Sin perjuicio de lo señalado, solicitamos se aclare cuál es el alcance del supuesto contemplado en el inciso i) y el tipo de documentación que la Entidad debe considerar para asegurar que nos encontramos ante este supuesto.”. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Si la Entidad determina -sobre la base de un sustento técnico y legal contenido en los informes previos- que se configura la causal de contratación directa prevista en el literal i) del artículo 27 de la Ley, ésta puede aprobar dicha contratación, o en su defecto -en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad- puede emplear otro método de contratación, de corresponder. 3.2. A efectos de determinar el alcance de la causal de contratación directa prevista en el literal i) del artículo 27 de la Ley, es importante observar las condiciones señaladas en el numeral 9 del artículo 85 del Reglamento [cfr. art. 100.i del Nuevo Reglamento]; esto es, i) que los bienes o servicios a contratar tengan fines de investigación, experimentación o desarrollo de carácter científico o tecnológico; ii) que estos se encuentren vinculados con las funciones u objeto que por Ley le corresponde a la Entidad; y, iii) que los resultados le pertenezcan exclusivamente a esta; condiciones que deben presentarse de manera concurrente, para dicho efecto. 3.3. Una vez que la Entidad hubiera efectuado la verificación del cumplimiento de las condiciones previstas en el Reglamento -conforme a lo señalado en el contenido del numeral 2.2.2 de la presente Opinión-, para determinar la configuración de la causal establecida en el literal i) del artículo 27 de la Ley, corresponderá a ésta decidir si aprobará la contratación directa. (Opinión N.º 099-2017/DTN, de 06-04-2017, ff. 2.1, 2.2, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BRHvrj>).

§ 517. Aun cuando una Entidad tenga como funciones u objetivos la investigación científica y/o tecnología en determinada materia, no todas las contrataciones que ésta realice pueden ser consideradas dentro de los alcances de la causal de contratación directa (art. 27.1.i). CONSULTA: 2. “El Instituto de Investigaciones de la Amazonia Peruana. ¿Puede adquirir bienes, servicios en general y consultorías en general, de conformidad a lo establecido en el literal i) de la Ley N.º 30225 - Ley de Contrataciones del Estado? (...)”. [...] 2.5. [A] efectos de determinar el alcance de la causal de contratación directa prevista en el literal i) del artículo 27 de la Ley, es importante observar las condiciones señaladas en el numeral 9 del artículo 85 del Reglamento [cfr. art. 100.i del Nuevo Reglamento]; esto es, i) que los bienes o servicios a contratar tengan fines de investigación, experimentación o desarrollo de carácter científico o tecnológico; ii) que estos se encuentren vinculados con las funciones u objeto que por Ley le corresponde a la Entidad; y, iii) que los resultados le pertenezcan exclusivamente a esta; condiciones que deben presentarse de manera concurrente [...]. Así, en el supuesto que los bienes o servicios cumplan con tener los fines y caracteres antes señalados, éstos -además- deberán encontrarse vinculados con las funciones u objeto de la propia Entidad, lo cual podrá verificarse de la revisión de la normativa que establezca el marco de competencias y funciones de la misma. Llegado a este punto, cabe aclarar que aun cuando una Entidad tenga como funciones u objetivos la investigación científica y/o tecnología en determinada materia, no todas las contrataciones que ésta realice pueden ser consideradas dentro de los alcances de la causal de contratación directa prevista en el literal i) del artículo 27 de la Ley, puesto que antes deberá evaluarse si las referidas contrataciones tienen como finalidad directa la investigación, experimentación o desarrollo de carácter científico o tecnológico, de acuerdo a lo señalado en la normativa de la materia; o si por el contrario, están dirigidas a dar continuidad a las actividades administrativas u operativas que realiza toda Entidad o a satisfacer otro tipo de necesidades ajenas a la investigación, experimentación o desarrollo de carácter científico o tecnológico, en cuyo caso corresponderá utilizar el método de contratación que corresponda. Adicionalmente y de conformidad con las disposiciones normativas citadas, para que se configure, el supuesto de contratación directa materia de análisis, los resultados derivados de la ejecución del contrato deberán pertenecer exclusivamente a la Entidad contratante, para lo cual corresponderá que esta efectúe las gestiones necesarias de acuerdo a sus normas de organización interna, bajo su propia responsabilidad. En esa medida, una vez que la Entidad hubiera

efectuado la verificación del cumplimiento de las condiciones previstas en el Reglamento -conforme a lo señalado en el contenido del numeral 2.5 de la presente Opinión- para determinar la configuración de la causal establecida en el literal i) del artículo 27 de la Ley, para cada caso en concreto, corresponderá a ésta decidir si aprobará la contratación directa, bajo su responsabilidad. (Opinión N.º 054-2018/DTN, de 23-04-2018, ff. 2 y 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zFRhM9>).

NUMERAL 27.1.J

§ 518. Cuando en los supuestos de contratación directa, se hace referencia a bienes inmuebles “existentes”, este no hace alusión a la presencia de una edificación, sino que debe ser entendido en el sentido que no puede contratarse sobre un bien “futuro” (art. 27.1.j). CONSULTA: 2.1. “En el marco de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado y el Decreto Supremo N.º 350-2015-EF; ¿Es procedente adquirir terrenos (bienes inmuebles existente), a través de la Contratación Directa?” [...] 2.1.2. [...] En efecto, cuando una Entidad requiere la contratación de un arrendamiento o adquisición de un bien inmueble, esta obedece a la necesidad de localizarse en un determinado espacio geográfico, requiriendo incluso que el inmueble posea determinadas características específicas para que la Entidad pueda cumplir con sus funciones institucionales. 2.1.3. Ahora bien, con relación al alcance del supuesto de contratación directa de, “bienes inmuebles existentes” cabe mencionar que, si bien en el marco de la normativa de contrataciones del Estado no se ha realizado precisiones sobre los requisitos que debe cumplir un bien inmueble, puede entenderse que por “existente” la norma quiere decir que no debe tratarse de un bien futuro, en el marco de lo previsto por el Código Civil en su artículo 1534. (Opinión N.º 050-2017/DTN, de 20-02-2017, ff. 2.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RCXqj8>).

§ 519. La normativa de contrataciones del Estado no ha realizado precisiones sobre los requisitos que debe cumplir el bien inmueble; no obstante, debe indicarse que sí resulta necesario que el bien inmueble que se pretenda adquirir sea físicamente existente (art. 27.1.j). CONSULTA: 2. “¿Frente a la necesidad de adquirir un inmueble para uso de una sede institucional, considerando que la necesidad de la entidad incluye un área adicional para dar en arrendamiento para recuperar la inversión y generar ingresos para la entidad, es posible adquirir un local de un área mayor, bajo el procedimiento de contratación directa? considerando que es un solo inmueble y que responde a nuestras necesidades de compra para local de la sede administrativa y un área adicional para dar en arrendamiento para recuperar la inversión y generar ingresos para la entidad?” [...]. 2.3. [Atendiendo] al tenor de la presente consulta, debe señalarse que, con relación al alcance del supuesto de contratación directa de “adquisición de bienes inmuebles”, la normativa de contrataciones del Estado no ha realizado precisiones sobre los requisitos que debe cumplir el bien inmueble; no obstante, debe indicarse que sí resulta necesario que el bien inmueble que se pretenda adquirir sea físicamente existente. Es así que, a efectos de tramitar la contratación directa para la adquisición de un bien inmueble existente, la Entidad, a través del área usuaria, deberá elaborar las especificaciones técnicas - requerimiento- de la contratación, debiendo justificar la finalidad pública que se pretende alcanzar con dicha contratación, siendo responsabilidad de la misma que la finalidad pública definida se encuentre orientada al cumplimiento de sus funciones institucionales que por Ley le corresponden. (Opinión N.º 025-2018/DTN, de 15-02-2018, ff. 2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DO2DAA>).

§ 520. Si el proveedor ofrece arrendar un inmueble que incluye determinado “mobiliario”, la Entidad puede evaluar la situación concreta y aceptar la propuesta, siempre y cuando dicha oferta no altere el monto de la propuesta o incremente el precio del referido inmueble (art. 27.1.j). CONSULTAS: 2.1. “¿El supuesto de contratación directa contenido en el literal j) del artículo 27 de la Ley de Contrataciones del Estado, pueden incluir el mobiliario que señale el propietario o su representante, como condición necesaria para concretar la contratación del arrendamiento del inmueble en mención?” [...] 2.2. “En el caso que se señale que el supuesto de contratación directa contenido en el literal j) del artículo 27 de la Ley de Contrataciones del Estado no debe incluir el mobiliario como parte del arrendamiento de inmueble. ¿Corresponderá llevar a cabo un procedimiento de selección para la contratación de tal efecto?” CONCLUSIO-

NES: 3.1. Las contrataciones que se realicen en virtud del numeral j) del artículo 27 de la Ley no podrán incluir como parte de su requerimiento la adquisición o arrendamiento de bienes muebles. 3.2. Si luego de elaboradas las bases y aprobada la contratación directa, el proveedor invitado por la Entidad ofrece arrendar un inmueble que incluye determinado “mobiliario”, sin alterar el monto de su propuesta o elevar el precio del referido inmueble; la Entidad -en aplicación del Principio de Eficacia y Eficiencia- puede evaluar la situación concreta y, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, decidir lo más conveniente para el Estado y el interés público involucrado, considerando para ello, la necesidad que pretende satisfacer y los costos que su decisión podría acarrear. (Opinión N.º 181-2017/DTN, de 25-08-2017, ff. 2.1, 2.2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Pk8yQ3>).

§ 521. **La normativa de contrataciones del Estado, no ha previsto formalidades y requisitos que el bien inmueble deba cumplir para que configure un supuesto de contratación directa (art. 27.1.j).** 2.1.2. [...] [L]a normativa vigente considera el arrendamiento y adquisición de bienes inmuebles como un supuesto de contratación directa, esto atendiendo a que su gestión a través de un procedimiento de selección es prácticamente inviable, por tratarse de contrataciones que una Entidad requiere efectuar con determinado proveedor, debido a que el bien que posee cuenta con determinadas características particulares que la Entidad requiere para satisfacer su necesidad. En efecto, cuando una Entidad requiere la contratación de un arrendamiento o adquisición de un bien inmueble, esta obedece a la necesidad de localizarse en un determinado espacio geográfico, requiriendo incluso que el inmueble posea determinadas características específicas para que la Entidad pueda cumplir con sus funciones institucionales. De esta forma, resulta inviable realizar un procedimiento de selección competitivo, donde concurren distintas ofertas de inmuebles con diferentes características que buscan igualmente suplir la necesidad de la Entidad, toda vez que como ya se ha indicado, en el arrendamiento o la adquisición de un bien inmueble, es fundamental que el bien cumpla con determinadas características particulares que la Entidad ya ha identificado y que le permitirán cumplir con sus funciones institucionales. 2.1.3 Ahora bien, con relación al alcance del supuesto de contratación directa de, “bienes inmuebles existentes” cabe mencionar que, si bien en el marco de la normativa de contrataciones del Estado no se ha realizado precisiones sobre los requisitos que debe cumplir un bien inmueble, puede entenderse que por “existente” la norma quiere decir que no debe tratarse de un bien futuro, en el marco de lo previsto por el Código Civil en su artículo 1534[...]. (Opinión N.º 050-2017/DTN, de 20-02-2017, ff. 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RCXqj8>).

§ 522. **Si uno de los cónyuges se presenta a un concurso público como persona natural ofreciendo en su propuesta técnica el arrendamiento de un bien perteneciente a la sociedad conyugal, deberá acreditar poder suficiente bajo la formalidad exigida en las bases administrativas del procedimiento (art. 27.1.j).** Véase la jurisprudencia del artículo 10º del Nuevo Reglamento [§ 992]. (Opinión N.º 049-2015/DTN, de 06-04-2015, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MqsS2c>).

NUMERAL 27.1.K

§ 523. **La entidad determinará si los servicios a que hace referencia el literal k) del artículo 27 de la Ley constituyen servicios idénticos o similares a efectos de realizar una sola contratación directa, evitando, de esta manera, un fraccionamiento indebido, por más que existan elementos distintivos que hacen singular a cada contratación (art. 27.1.k).** CONSULTA: 2.1. “¿En el caso que varios servidores de una entidad solicitaran contar con el patrocinio de un mismo profesional dentro de un mismo proceso (civil o penal), la contratación directa para los servicios especializados de asesoría legal para su defensa debiera realizarse de manera grupal (más de un servidor denunciado); en caso esta se efectúe de forma individual (para cada servidor denunciado), su realización constituiría fraccionamiento?”. [...] 2.2. “¿Qué pasaría si posteriormente a la realización de la Contratación Directa en el marco de la normativa de contrataciones, nuevos servidores quisieran acogerse a este beneficio con el mismo abogado contratado, podría significar ello un fraccionamiento?”. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Cuando la Entidad efectúe la contratación de servicios idénticos o similares, bajo las mismas condiciones, corresponderá realizar un único

procedimiento de selección -inclusive cuando se trate de procedimientos de selección por contratación directa-, a efectos de no incurrir en fraccionamiento indebido; mientras que de tratarse de servicios que revistan características o condiciones que los hagan singulares, corresponderá, efectuar tantos procedimientos de selección -lo que incluye a las contrataciones directas- como servicios requieran contratarse. **3.2.** Es responsabilidad de la Entidad determinar si los servicios a que hace referencia el literal k) del artículo 27 de la Ley constituyen servicios idénticos o similares a efectos de realizar una sola contratación directa, evitando, de esta manera, un fraccionamiento indebido; o si, por el contrario, existen elementos distintivos que hacen singular cada contratación, con el fin de efectuarlos por contrataciones directas de manera independiente, supuesto en el cual no se configuraría el fraccionamiento. **3.3.** Cada Entidad evalúa la pertinencia de una contratación directa -bajo la causal prevista en el literal k) del artículo 27 de la Ley- en la oportunidad en que los requerimientos son presentados, sin mayor dilación que el propio trámite para la autorización de la contratación directa; en consecuencia, cuando con posterioridad a dicha contratación directa se presenten nuevos requerimientos de servicios -los cuales cuenten con características y/o condiciones idénticas o similares a las contratadas inicialmente-, esta nueva contratación directa no podría significar un supuesto de fraccionamiento, en la medida que dicha necesidad no exista al momento de efectuar la contratación directa anterior. (Opinión N.º 168-2017/DTN, de 08-08-2017, ff. 2.1, 2.2, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ba23u3>).

§ 524. Normativa aplicable para el supuesto de contratación directa establecido en el literal k) del artículo 27 de la Ley de Contrataciones del Estado (art. 27.1.k). CONSULTA: 2. “(...) el artículo 85 del citado Reglamento no contempla las condiciones a ser aplicadas para el supuesto establecido en el literal k) del artículo 27 de la Ley de Contrataciones del Estado, siendo así al existir un vacío ¿es necesario aplicar el artículo 85 del citado Reglamento para la Contratación Directa para asesoría legal para la defensa de funcionarios y/o ex funcionarios?”. [...] **2.2.** Debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado establece supuestos en los que carece de objeto realizar una fase competitiva, toda vez que por razones coyunturales, económicas o de mercado, la Entidad requiere contratar directamente con un determinado proveedor para satisfacer su necesidad. Dichos supuestos se encuentran establecidos en el artículo 27 de la Ley, y constituyen las causales de contratación directa. Así, entre estas causales de contratación directa previstas por la normativa de contrataciones del Estado se encuentra aquella contemplada en el literal k) del artículo 27 de la Ley, por el cual de manera excepcional las Entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor “*los servicios especializados de asesoría legal, contable, económica o afin para la defensa de funcionarios, ex funcionarios, servidores, ex servidores, y miembros o ex miembros de las fuerzas armadas y policiales, por actos funcionales, a los que se refieren las normas de la materia*”. En función a lo anterior, se puede advertir que los servicios especializados de asesoría legal, contable, económica o afines para la defensa de funcionarios, ex funcionarios, servidores, ex servidores y miembros o ex miembros de las fuerzas armadas y policiales, por actos efectuados en el ejercicio de la función, a los que se refieren las normas de la materia, constituyen una causal que habilita a una Entidad a contratar directamente con un determinado proveedor. Al respecto, y en razón de que la normativa de contrataciones del Estado no excluye la aplicación de otros grupos y familias normativas, la Entidad debe emplear para su contratación la normativa de la materia que regula este tipo de prestaciones, así como la normativa de organización interna propia de la Entidad que haya sido desarrollada con tal objeto, en caso corresponda. **2.3.** En relación con lo anterior, resulta pertinente indicar que el artículo 35 de la Ley del Servicio Civil, Ley N.º 30057, establece los derechos individuales del servidor civil, incorporando en su literal l) el derecho a la defensa y asesoría legal, asesoría contable, económica o afin; del mismo modo dicha facultad es desarrollada en el artículo 154 del Reglamento General de la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 040-2014-PCM. Adicionalmente, mediante Directiva N.º 004-2015-SERVIR/GPGSC “Reglas para acceder al beneficio de defensa y asesoría de los servidores y ex servidores civiles”, modificada mediante Resolución de Presidencia Ejecutiva N.º 103-2017-SERVIR-PE entre otras, la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR regula las disposiciones para solicitar dicho beneficio. En ese sentido, atendiendo al tenor de la presente consulta, debe señalarse que las condiciones para el empleo de la contratación directa para los servicios especializados de asesoría legal, contable, económica o afin para la defensa de funcionarios, ex funciona-

rios, servidores, ex servidores, y miembros o ex miembros de las fuerzas armadas y policiales, por actos funcionales, a los que se refieren las normas de la materia, deben observar las disposiciones reguladas en las normas señaladas precedentemente, así como en las demás normas de la materia que dispongan requisitos y condiciones para solicitar este servicio especializado. (Opinión N.º 057-2018/DTN, de 24-04-2018, ff. 2, 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DZa5ZH>).

NUMERAL 27.1.L

§ 525. **La Entidad, al hacer uso de la contratación directa en los casos de culminar el saldo de obra derivado de un contrato resuelto, debe contratar el saldo de forma conjunta, no siendo posible contratar la ejecución de diversos componentes del saldo de obra de manera individual (art. 27.1.L).** CONSULTA: 2.1. “*En un contrato para la Elaboración del Expediente Técnico Definitivo, Equipamiento y la Ejecución de Obra (Adjudicación de Menor Cuantía), el cual estaba regulado por lo dispuesto en el Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Supremo N.º 184-2008-EF y que fue resuelto, es factible ejecutar el saldo de obra, bajo la Modalidad de Contratación Directa, al amparo de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N.º 350-2015-EF y sus modificatorias?* [...] 2.1.5. [...] [La] Entidad puede emplear la contratación directa regulada en el literal l) del artículo 27 de la Ley cuando se acredite la necesidad urgente de culminar el saldo de obra derivado de un contrato resuelto, para lo cual, previamente, debe agotarse el procedimiento establecido en el artículo 138 del Reglamento o verificarse que no es posible emplear este último debido a que en el procedimiento de selección solo se presentó una propuesta [...]. 2.1.6. [...] [Cuando] se resuelva un contrato en virtud del cual el contratista estaba obligado -conjuntamente- a elaborar el expediente técnico y ejecutar la obra, la Entidad podrá emplear el procedimiento previsto en el artículo 138 del Reglamento [cfr. art. 167 del Nuevo Reglamento] o la contratación directa regulada en literal l) del artículo 27 de la Ley, siempre que el saldo pendiente de culminación consista en la sola ejecución de la obra y su contratación sea iniciada a partir del 9 de enero de 2016. No obstante, cuando las prestaciones pendientes consistan en la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra, de forma conjunta, la Entidad podrá emplear el procedimiento previsto en el artículo 138 del Reglamento o la contratación directa regulada en literal l) del artículo 27 de la Ley únicamente en aquellos casos en los que se verifique el cumplimiento de las condiciones que la Décimo Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento establece para el empleo del concurso oferta, en caso contrario, la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra deben ser contratadas de manera independiente a través de los procedimientos de selección que correspondan. [...] 2.2. “*Con relación a la pregunta anterior, ¿Es factible que un Expediente Técnico de Saldo de Obra, que tiene varios componentes (Estructuras, arquitectura, instalaciones eléctricas, instalaciones mecánico eléctricas, instalaciones sanitarias, equipamiento biomédico y comunicaciones), estos se ejecuten por separado bajo la Modalidad de Contratación Directa?*” 2.2.1. [...] [Debe] precisarse que el literal l) del artículo 27 de la Ley tiene por objeto que la Entidad contrate el saldo de obra de forma conjunta, para lo cual es necesario que se determine -previamente- el precio y las condiciones de su ejecución. En consecuencia, al amparo de la mencionada causal de contratación directa, no es posible contratar la ejecución de los diversos componentes del saldo de obra de manera individual. (Opinión N.º 154-2017/DTN, de 13-07-2017, ff. 2.1, 2.1.5, 2.1.6, 2.2 y 2.2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rwjDns>).

§ 526. **La Entidad puede recurrir a la contratación directa en el supuesto de que quede pendiente de ejecución una parte de las prestaciones o cuando aún deban ejecutarse la totalidad de prestaciones (art. 27.1.L).** CONSULTA: 2.1. “*En el caso de resolución o declaratoria de nulidad del contrato por unas de las causales señaladas en los literales a) y b) del artículo 44º de la Ley N.º 30225, ¿podría la Entidad aplicar el procedimiento establecido en el artículo 138 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, cuando al tiempo en que se resolvió o se declaró la nulidad del contrato, no se hubiera comenzado a ejecutar prestación alguna o el proveedor hubiera pretendido ejecutar su prestación y esta haya sido rechazada íntegramente por la Entidad?*” [...] 2.1.4. En este punto resulta pertinente precisar que tanto en el artículo 27 de la Ley como en el artículo 138 del Reglamento [cfr. art. 167 del Nuevo Reglamento], el

supuesto de hecho es la ejecución de prestaciones pendientes o no ejecutadas. Pues bien, en ninguno de los dos casos la norma precisa qué porcentaje de prestaciones debe haber quedado sin ejecución para que se aplique la consecuencia jurídica, motivo por el cual -dado que no se puede hacer diferencia allí donde la ley no la hace- dichos artículos deben aplicarse obligatoriamente cuando quede pendiente de ejecución una parte de las prestaciones objeto del contrato, o la totalidad de las mismas. En consecuencia, ya sea que quede pendiente de ejecución una parte de las prestaciones, o la totalidad de las mismas, corresponde aplicar el artículo 138 del Reglamento antes de recurrir a la contratación directa, prevista en el literal l) del artículo 27 de la Ley, a efectos que -a pesar de que operó la resolución contractual o se declaró la nulidad de un contrato- se mantenga el abastecimiento oportuno que permita a la Entidad el cumplimiento de sus funciones. (Opinión N.º 087-2017/DTN, de 17-03-2017, ff. 2.1 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RP3uF8>).

§ 527. Puede emplearse la contratación directa incluso en los casos donde al procedimiento de selección sólo se presentó un postor, imposibilitando emplear previamente el procedimiento del artículo 167 del Reglamento (art. 27.1.L). 2.4. [...] [E]s importante tener en cuenta que las circunstancias que afectan la validez o eficacia de los contratos (nulidad o resolución) pueden presentarse en diversos tipos de contratos, tanto en los que se deriven de un procedimiento con pluralidad de ofertas como en aquellos perfeccionados a partir de un procedimiento en el que solo se presentó una propuesta; de esta manera, independientemente del grado de competencia que se apreció durante el procedimiento de selección, la causal de contratación directa regulada en el literal l) del artículo 27 de la Ley constituye un procedimiento ágil que permite culminar las prestaciones inconclusas -de carácter urgente- a efectos de no comprometer el cumplimiento de las funciones de la Entidad. Por tanto, la contratación directa regulada en el literal l) del artículo 27 de la Ley puede emplearse incluso en aquellos casos en los que durante el procedimiento de selección solo se hubiera presentado el postor ganador de la Buena Pro y, en consecuencia, no fuera posible emplear previamente el procedimiento contemplado en el artículo 138 del Reglamento [cfr. art. 167 del Nuevo Reglamento]; siempre que exista la necesidad urgente de continuar con las prestaciones pendientes que se deriven de un contrato resuelto o declarado nulo [...] (Opinión N.º 123-2017/DTN, de 01-06-2017, f. 2.4. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RFGyfQ>).

§ 528. En caso se proceda a la resolución de un contrato de servicios suscrito en el marco de la anterior Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, y de existir prestaciones pendientes de ejecución, la Entidad puede aplicar para su contratación el procedimiento previsto en la normativa vigente al momento de iniciar el procedimiento de contratación (art. 27.1.L). 3. CONCLUSIONES: 3.1. En caso se proceda a la resolución de un contrato de servicios suscrito en el marco de la anterior Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N.º 1017 y su Reglamento, y de existir prestaciones pendientes de ejecución, la Entidad puede aplicar para su contratación el procedimiento previsto en la normativa vigente al momento de iniciar el procedimiento de contratación. Así, el artículo 138 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 167 del Nuevo Reglamento], aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, establece el procedimiento para su contratación en caso la necesidad de atención resulte urgente; en caso no se acredite dicha urgencia se aplicará el procedimiento de selección que corresponda. **3.2.** Para efectuar la contratación prevista en el artículo 138 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado la Entidad deberá contar con la aceptación de alguno de los postores invitados, suscribiendo el contrato que corresponda para ejecutar las prestaciones pendientes de ejecución por el precio y condiciones señalados en el documento de invitación. **3.3.** En caso ninguno de los postores acepte la invitación y persista la necesidad urgente de la Entidad de continuar con la ejecución de las prestaciones no ejecutadas derivadas de un contrato resuelto, el literal l) del artículo 27 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N.º 30225, faculta a la Entidad a efectuar una contratación directa. **3.4.** Las disposiciones para el registro de los contratos y las contrataciones directas en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE se encuentran establecidas en la Directiva N.º 006-2016-OSCE/CD "Disposiciones aplicables al registro de información en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE" [cfr. Directiva N.º 007-2019-OSCE/CD (D-007)], así como en los documentos de orientación publicados

por el OSCE. **3.5.** Las causales de exoneración previstas en la anterior normativa de contrataciones del Estado no se encuentran vigentes, por lo que no pueden ser invocadas por la Entidad en una nueva contratación. (Opinión N.º 117-2016/DTN, de 25-07-2016, ff. 3 al 3.5. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RI6jvY>).

§ 529. Luego de resuelto un contrato y ante la necesidad de ejecutar el saldo de obra, la Entidad puede optar por una contratación directa, siempre y cuando se haya agotado el procedimiento establecido en el Reglamento (art. 27.1.L). Véase la jurisprudencia del artículo 100º del Nuevo Reglamento [§ 1535]. (Opinión N.º 029-2017/DTN, de 03-02-2017, ff. 2.1 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Dssr4O>).

NUMERAL 27.1.M

§ 530. La contratación de “servicios educativos de capacitación que cuenten con un procedimiento de admisión o selección para determinar el ingreso o aceptación de las personas interesadas, por parte de las entidades educativas que los brindan” no se encuentra prevista ni como una causal de contratación directa, ni como un supuesto de inaplicación de la normativa de contrataciones del Estado (art. 27.1.m). **3.** CONCLUSIONES. **3.1.** Bajo los alcances de la anterior Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N.º 1017, y su anterior Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 184-2008-EF, este Organismo Supervisor ha señalado en diversas Opiniones que: “(...) para el mercado de los servicios educativos de capacitación, constituye un supuesto de inaplicación de la normativa en materia de contrataciones, la existencia de un procedimiento de admisión o selección para determinar el ingreso o aceptación de las personas interesadas en contar con dichos servicios”. **3.2.** La normativa de contrataciones del Estado vigente hasta el 2 de abril de 2017, regulaba la contratación de “servicios educativos de capacitación que cuenten con un procedimiento de admisión o selección para determinar el ingreso o aceptación de las personas interesadas, por parte de las entidades educativas que los brindan” como una causal de contratación directa. **3.3.** Considerando que la normativa de contrataciones del Estado vigente desde el 9 de enero de 2016 hasta el 2 de abril del presente año, implicó un cambio normativo respecto de la legislación anterior (Decreto Legislativo N.º 1017, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 184-2008-EF) regulando la contratación de “servicios educativos de capacitación que cuenten con un procedimiento de admisión o selección para determinar el ingreso o aceptación de las personas interesadas, por parte de las entidades educativas que los brindan” como una causal de contratación directa; se infiere que, no se encuentran en vigor aquellos criterios contenidos en Opiniones emitidas en el marco de la anterior normativa de contrataciones del Estado, en el extremo que la contratación de servicios educativos de capacitación que contaban con un procedimiento de admisión o selección para determinar el ingreso o aceptación de las personas interesadas “constituye un supuesto de inaplicación de la norma”. **3.4.** Bajo el alcance de las normas que modifican la Ley y el Reglamento -Decreto Legislativo N.º 1341 y Decreto Supremo N.º 056-2017-EF, respectivamente-, la contratación de “servicios educativos de capacitación que cuenten con un procedimiento de admisión o selección para determinar el ingreso o aceptación de las personas interesadas, por parte de las entidades educativas que los brindan” no se encuentra prevista ni como una causal de contratación directa, ni como un supuesto de inaplicación de la normativa de contrataciones del Estado; debiendo precisarse que, en dicho contexto, la disposición contenida en el literal m) del artículo 27 de la Ley -vigente desde el 3 de abril de 2017- implica un cambio normativo al establecer como causal de contratación directa la contratación de “servicios de capacitación de interés institucional con entidades autorizadas u organismos internacionales especializados” constituye una causal de contratación directa. (Opinión N.º 102-2017/DTN, de 12-04-2017, ff. 3 al 3.4. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2U9ENnU>).

NUMERAL 27.2

§ 531. El Gobernador Regional no se encuentra facultado para aprobar “contrataciones directas”, puesto que esta función le corresponde al Consejo Regional (art. 27.2). CONSULTA: 2.1. “¿Quién debe de autorizar la contratación directa en un Gobierno Regional?” [...] 2.1.3. [...] [La] norma-

tiva de contrataciones del Estado prevé que las contrataciones directas deben ser aprobadas mediante resolución del Titular de la Entidad, acuerdo de Consejo Regional, acuerdo del Concejo Municipal o acuerdo de Directorio de empresas del Estado, según corresponda a la estructura organizacional de la Entidad; salvo en los supuestos indicados en los literales e), g), j), k), l) y m) del artículo 27 de la Ley, en los que puede delegarse la facultad de aprobación de las contrataciones directas, siendo el único supuesto donde puede regularizarse dicha aprobación -entre otras acciones vinculadas a la contratación directa- en la causal de situación de emergencia. Dicho lo anterior, se infiere que en el caso de un Gobierno Regional corresponde que la contratación directa sea aprobada mediante acuerdo de Consejo Regional o por el funcionario al que este le haya delegado dicha función, cuando se trate de alguno de los supuestos indicados en los literales e), g), j), k), l) y m) del artículo 27 de la Ley. **2.2.** *“¿Puede el Gobernador Regional autorizar la contratación directa como titular de la entidad sin requerir Acuerdo de Consejo Regional? [...] se advierte que, el Gobernador Regional no se encuentra facultado para aprobar “contrataciones directas”, puesto que esta función le corresponde al Consejo Regional, el cual solo puede delegar dicha potestad en los supuestos indicados en los literales e), g), j), k), l) y m) del artículo 27 de la Ley. (Opinión N.º 219-2017/DTN, de 05-10-2017, ff. 2.1, 2.1.3 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PBnedA>).*

§ 532. En el caso de los Gobiernos Regionales las contrataciones directas deben ser aprobadas mediante un Acuerdo emitido por el Consejo Regional, donde este, es el único que puede ejercer la facultad de delegar la aprobación de una contratación directa (art. 27.2). CONSULTA: **2.1.** *“¿Quién debe delegar la aprobación de la contratación directa en un Gobierno Regional, ante un contrato de obra resuelto, para su culminación?”. [...] 2.1.3 [...] considerando que la normativa de contrataciones del Estado establece que en el caso de los Gobiernos Regionales las contrataciones directas deben ser aprobadas mediante un Acuerdo emitido por el Consejo Regional, este último es el único que -dentro de un Gobierno Regional- puede ejercer la facultad de delegar la aprobación de una contratación directa orientada a culminar las prestaciones pendientes que se deriven de un contrato de obra resuelto. **2.2.** *“¿Cuál es el procedimiento para determinar la necesidad urgente de la Entidad para continuar con la ejecución de las prestaciones no ejecutadas derivadas de un contrato resuelto, que se estipula en el literal l) del artículo 27º de la Ley N.º 30225?” [...] 2.2.1. [...] la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un procedimiento ni en qué casos se puede concluir que existe la necesidad urgente de ejecutar las prestaciones pendientes que se deriven de un contrato de obra resuelto; correspondiendo al área usuaria de la contratación definir cuando se cumple dicho presupuesto [...] se puede entender que existe la urgencia de culminar la ejecución de las prestaciones pendientes cuando el no hacerlo pudiera comprometer el cumplimiento de las funciones asignadas a la Entidad, poner en riesgo la consecución de fines públicos o afectar las condiciones de vida de los ciudadanos, entre otras circunstancias; no obstante, la Entidad es la única responsable de definir y sustentar en qué casos la necesidad de ejecutar el saldo pendiente tiene el carácter de urgente. (Opinión N.º 229-2017/DTN, de 20-10-2017, ff. 2.1, 2.1.3, 2.2 y 2.2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EibDOA>).**

§ 533. En la normativa de contrataciones del Estado se establece que cuando se trate de gobiernos locales, corresponde al consejo municipal, mediante acuerdo, aprobar las contrataciones directas, pudiendo delegar dicha facultad (art. 27.2). CONSULTA: **2.1.** *“¿Quién aprueba las Contrataciones Directas, el Alcalde o el Concejo Municipal?”. [...] 2.2. “En el caso de las Contrataciones Directas que pueden ser delegadas, ¿Quién tiene la facultad para aprobar la Contratación Directa y delegar dicha facultad a otro funcionario, el Alcalde o Concejo Municipal?”. [...] 3. CONCLUSIÓN. La normativa de contrataciones del Estado establece que, en caso se trate de Gobiernos Locales, corresponde al Concejo Municipal, mediante acuerdo, aprobar las contrataciones directas, pudiendo delegar dicha facultad en los supuestos indicados en los literales e), g), j), k), l) y m) del artículo 27 de la Ley. (Opinión N.º 149-2017/DTN, de 05-07-2017, ff. 2.1, 2.2 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2L8fG1r>).*

NUMERAL 27.4

§ 534. En las contrataciones directas, si bien se exonera a la Entidad de realizar el proceso de selección, eso no quiere decir que se inaplique las disposiciones de la normativa de contratacio-

nes a las demás fases del proceso de contratación (art. 27.4). 2.1. En primer lugar, corresponde indicar que la anterior normativa de contrataciones del Estado estableció supuestos en los que carecía de objeto realizar un proceso de selección, toda vez que, por razones coyunturales, económicas o de mercado, la Entidad requería contratar directamente con un proveedor para satisfacer su necesidad. Dichos supuestos se encontraban establecidos en el artículo 20 de la anterior Ley [cfr. art. 27 de la Ley vigente], constituyendo las causales de exoneración de la obligación de realizar la fase de selección del proceso de contratación. Al respecto, cabe resaltar que la aprobación de una exoneración facultaba a la Entidad a omitir la realización del proceso de selección, pero no a inaplicar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regulaban las fases de actos preparatorios y ejecución contractual, debiendo observarse los requisitos, condiciones y demás formalidades propios de estas fases. [...] (Opinión N.º 177-2016/DTN, de 15-11-2016, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EL9Fqi>).

REMISIÓN

§ 535. Sobre las contrataciones directas. Véase también la jurisprudencia del artículo 100º del Nuevo Reglamento [§ 1526 ss.].

Artículo 28: Rechazo de ofertas

28.1 Para la contratación de bienes y servicios, la Entidad puede rechazar toda oferta por debajo del valor referencial si determina que, luego de haber solicitado por escrito o por medios electrónicos al proveedor la descripción a detalle de la composición de su oferta para asegurarse de que pueda cumplir satisfactoria y legalmente sus obligaciones del contrato, se acredita mediante razones objetivas un probable incumplimiento. El rechazo de la oferta debe encontrarse fundamentado.

En los casos señalados en el presente numeral, la Entidad puede rechazar toda oferta que supera la disponibilidad presupuestal del procedimiento de selección, siempre que haya realizado las gestiones para el incremento de la disponibilidad presupuestal y este no se haya podido obtener.

28.2 Tratándose de ejecución o consultoría de obras, la Entidad rechaza las ofertas que se encuentran por debajo del noventa por ciento (90%) del valor referencial o que excedan este en más del diez por ciento (10%). En este último caso, las propuestas que excedan el valor referencial en menos del 10% serán rechazadas si no resulta posible el incremento de la disponibilidad presupuestal.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 536. Se afecta el derecho a la contratación y a la defensa cuando no hay una debida motivación de las razones por las cuales no se admite la oferta. 19. [...] [E]l derecho de contradicción de los administrados se afecta en la medida que no pueden contradecir o refutar un acto que consideran la causa agravio, si es que no conocen cuáles son los motivos que han llevado a la administración pública a adoptar determinada decisión; a su vez, dicho desconocimiento se encuentra vinculado a la omisión de una adecuada motivación, la cual debe prevalecer en las decisiones adoptadas, sin perjuicio de las excepciones establecidas, de modo que se permita a los administrados conocer cuál es el sustento fáctico y legal para adoptar determinada decisión. Sin embargo, en el presente caso, el Impugnante recién en esta instancia ha tomado conocimiento de otros motivos de su “no admisión” advertidos por la Entidad, los cuales no tuvo la oportunidad de contradecir al interponer su recurso de apelación. (Resolución N.º 0517-2017-TCE-S4, de 06-04-2017, f. 19. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2FIlxjz>).

§ 537. **Elementos constitutivos que deben tener en cuenta las entidades al momento de valorar una oferta.** 16. [...] [Debe] considerarse que cuando, para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley y el artículo 47 del Reglamento [cfr. art. 68 del Nuevo Reglamento], al proveedor se le exige que describa a detalle todos los elementos constitutivos de su oferta para sustentar el valor total propuesto [...], debe proporcionar información detallada respecto de los costos y otros que implican el cumplimiento de las exigencias técnicas señaladas en los términos de referencia y la oferta económica presentada, no sólo el desagregado del área de los locales donde va a prestar el servicio, como hizo el Impugnante, sino que, entre otros aspectos, debió precisar los costos de los recursos humanos (personal mínimo requerido: un supervisor, los técnicos u operarios asignados según la oferta) para la realización de las actividades de desratización, desinsectación y desinfección, los productos que se utilizarán en la prestación de los servicios, los costos del uso de equipos y herramientas, implementos de seguridad, del transporte, impuestos, administrativos, utilidad y cualquier otro concepto vinculado a la ejecución contractual. 17. En cambio, en la absolución del requerimiento formulado por la Entidad, se puede advertir, que el Impugnante no presentó el detalle de los elementos constitutivos de su oferta para sustentar el valor total propuesto, sino solamente un desagregado de los costos por área de los locales donde se ejecutarán las prestaciones, por lo que este Colegiado considera que el impugnante no cumplió con sustentar los elementos constitutivos de su oferta, según lo solicitado, de acuerdo a lo exigido por las normas previamente citadas. [...] 20. Atendiendo a lo expuesto, este Colegiado estima que en el caso de autos, no se encuentra fehacientemente acreditado que la propuesta económica del postor incluya todos los materiales a ser utilizados para la prestación del servicio, por lo que existen elementos para concluir que ello puede tener directa vinculación con la oferta económica propuesta, lo que genera duda razonable sobre el cumplimiento del contrato, por lo que se confirma la decisión del Órgano Encargado de las Contrataciones de rechazar su oferta. (Resolución N.º 1269-2016-TCE-S1, de 10-06-2016, ff. 16, 17 y 20. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2RYFa3D>).

§ 538. **Nulidad por vicio insubsanable. El monto fijado en las Bases equivalente a una suma inferior del valor referencial, en ningún caso puede ser tenido por válido, ya que se trata de una norma de carácter imperativo.** 1. [...] [La] materia controvertida que debe ser resuelta en la presente Resolución, consiste en determinar si las Bases consignaron de manera correcta el valor mínimo (70%) del valor referencial, de acuerdo al Reglamento. [...] De acuerdo a lo previsto en el artículo 33 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado [cfr. art. 28.2 de la Ley vigente], [...] en adelante la Ley, en el caso de bienes y servicios, las propuestas económicas inferiores al setenta por cien (70%) [en la actualidad 90%] del valor referencial serán devueltas por el Comité Especial. [...] A pesar que las Bases Integradas han cumplido formalmente con fijar el setenta por cien (70%) del valor referencial, esto ha implicado inducir a error tanto a los postores participantes como a los miembros del Comité Especial, al momento de formular las propuestas económicas y de someterlas a evaluación y calificación, respectivamente, [...] por lo que el monto fijado en las Bases equivalente al 69.9999948...% del valor referencial, en ningún caso puede ser tenido por válido a la luz de la disposición legal antes citada, ya que se trata de una norma de carácter imperativo. [...] 2. [D]ebe tenerse en cuenta que el vicio incurrido por la Entidad no resulta conservable, por cuanto existe una evidente trasgresión a la normativa de la materia, que constituye causal de nulidad de pleno derecho, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 10 de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. (Resolución N.º 1433-2007-TC-S1, de 20-09-2007, ff. 1 y 2. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2IjJpgp>).

§ 539. **Se considera que existe duda razonable cuando el precio ofertado sea sustancialmente inferior al valor estimado y, de la revisión de sus elementos constitutivos, se advierta que algunas de las prestaciones no se encuentran previstas o suficientemente presupuestadas.** 11. [...] la Entidad puede rechazar toda oferta si determina que, luego de haber solicitado por escrito o por medios electrónicos al proveedor la descripción a detalle de todos los elementos constitutivos de su oferta, se susciten dudas razonables sobre el cumplimiento del contrato; asimismo, se señala que el rechazo de la oferta debe encontrarse fundamentado. De igual modo, se considera que existe duda razonable

cuando el precio ofertado sea sustancialmente inferior al valor estimado y, de la revisión de sus elementos constitutivos, se advierta que algunas de las prestaciones no se encuentran previstas o suficientemente presupuestadas, existiendo riesgo de incumplimiento por parte del postor. (Resolución N.º 205-2017-TCE-S2, de 16-02-2017, f. 11. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2Tymeccq>).

§ 540. La racionalidad de la normativa al descartar la posibilidad de que la propuesta económica sea subsanada, está orientada a impedir que el contenido de ésta pueda ser modificado o puedan, mediante esa vía, superarse incongruencias en la oferta misma. 28. [...] en cuanto a la subsanación [...] se establece que no cabe subsanación alguna por omisiones o errores en la propuesta económica, salvo defectos de foliación y de rúbrica de cada uno de los folios que componen la oferta [...]. **32.** [...] Conforme ya se ha expresado en anteriores pronunciamientos de este Tribunal, sobre la imposibilidad de subsanar omisiones en la propuesta económica, la racionalidad de la normativa al descartar la posibilidad de que la propuesta económica sea subsanada, está orientada a impedir que el contenido de ésta (oferta económica y detalle de precios unitarios, cuando sea el caso) pueda ser modificada o puedan, mediante esa vía, superarse incongruencias en la oferta misma [...] en el que la misma Entidad ha aceptado que el monto de la oferta económica del Consorcio Impugnante es claro. (Resolución N.º 0106-2017-TCE-S3, de 27-01-2017, ff. 28 y 32. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2T7YZXo>).

§ 541. Para rechazar una oferta, las Entidades previamente deben requerir a los postores la información sobre los elementos constitutivos de sus ofertas, y una vez remitida la información solicitada o vencidos el plazo otorgado sin haber remitido la información, determinar si existe riesgo de incumplimiento. Véase la jurisprudencia del artículo 68º del Nuevo Reglamento [§ 1461]. (Resolución N.º 3059-2016-TCE-S2, de 28-12-2016, ff. 11 y 12. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2TqJD0x>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 542. La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto disposiciones que regulen la forma en que los postores deban presentar las ofertas, pudiendo estas superar el valor referencial o encontrarse debajo de él, lo cual no obsta para que la entidad pueda rechazar dichas ofertas. CONSULTA: **2.1.** “¿Existe límite alguno, superior o inferior al valor referencial determinado por la Entidad, para que los postores puedan realizar sus ofertas económicas en un procediéndote selección cuyo objeto contractual es un servicio en general?” [...] **2.2.** “¿Existe alguna disposición que pueda regular los márgenes de utilidad, gastos generales, gastos variables, ganancias, y otros conceptos que los postores incluyan en sus estructuras de costos interna para poder presentar una oferta económica en un procedimiento de selección para la contratación de servicios en general?” [...] **2.3.** “¿Cuáles son las reglas, que deben primar al momento de que un participante en un procedimiento de selección de servicios, determine o calcule el monto de su oferta económica?” [...] **3.** CONCLUSIONES. **3.1.** No se ha establecido un monto mínimo ni máximo para las ofertas presentadas por los postores en un procedimiento de selección; en el caso de bienes y servicios, debiendo precisarse que estas pueden ser rechazadas en la etapa de calificación de ofertas, cuando estas superen o se encuentren por debajo del valor referencial del procedimiento, de acuerdo a lo establecido en el artículo 28 de la Ley. **3.2.** La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto disposiciones que regulen la forma en que los postores deban presentar las ofertas, pudiendo estas superar el valor referencial o encontrarse debajo de él; no obstante, esto no perjudica la posibilidad de la Entidad de rechazar dichas ofertas en aplicación de lo previsto en el artículo 28 de la Ley. **3.3.** Los postores no tienen limitaciones para estructurar su propuesta y determinar el monto de su oferta; sin embargo, la Entidad puede rechazar las ofertas presentadas por los postores, cuando estas superen o se encuentren por debajo del valor referencial, de acuerdo a lo previsto en el artículo 28 de la Ley. (Opinión N.º 237-2017/DTN, de 07-11-2017, ff. 2.1, 2.2, 2.3, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QTIEMz>).

§ 543. La normativa de contrataciones del Estado prevé los procedimientos aplicables a la etapa de evaluación, de acuerdo al objeto materia del procedimiento de selección, sin discriminar

un “mecanismo” distinto para la evaluación de ofertas presentadas por postores que se acogen al beneficio de la exoneración del IGV. CONSULTA: 2.1. “(...) ¿las propuestas de los postores con montos mayores al valor referencial sin IGV deben ser admitidas o rechazadas por los comités, y bajo qué argumentos legales no?” [...] 2.2. “De ser admitidas, ¿cuál sería el mecanismo de evaluación, debido a que las ofertas económicas de los postores en el ámbito nacional cuentan con todos los conceptos constitutivos del valor referencial, mientras que las empresas de la amazonia gozan de la exoneración del IGV?” [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Cuando en el marco de un procedimiento de selección para la contratación de bienes, un postor presente una oferta acogiéndose al beneficio de la exoneración del IGV prevista en la Ley N.º 27037 -esto es, sin incluir el IGV en su oferta-, corresponderá a la Entidad verificar si, a efectos de rechazar dicha oferta, ésta supera la disponibilidad presupuestal del procedimiento de selección, luego de haber realizado las gestiones para el incremento de la disponibilidad presupuestal -es decir, haber solicitado la certificación presupuestaria correspondiente-, y no haberla obtenido y/o que el Titular de la Entidad no haya dado su aprobación para tales efectos; salvo que el postor haya aceptado reducir su oferta económica. 3.2. La normativa de contrataciones del Estado prevé los procedimientos aplicables a la etapa de evaluación, de acuerdo al objeto materia del procedimiento de selección, sin discriminar un “mecanismo” distinto para la evaluación de ofertas presentadas por postores que se acogen al beneficio de la exoneración del IGV, prevista en la Ley N.º 27037; siendo así que, tratándose de procedimientos de selección para la contratación de bienes, deberá aplicarse lo dispuesto en el artículo 54 del Reglamento [cfr. art. 74 del Nuevo Reglamento]. (Opinión N.º 241-2017/DTN, de 09-11-2017, ff. 2.1, 2.2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QRWR7W>).

§ 544. **La figura de rechazo de ofertas no es aplicable para los procedimientos de selección de Subasta Inversa Electrónica Corporativa.** Véase la jurisprudencia del artículo 110º del Nuevo Reglamento [§ 1563]. (Opinión N.º 106-2017/DTN, de 26-04-2017, ff. 2.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ps6EBD>).

§ 545. **La no aplicación de los límites mínimos y máximos para admitir la oferta prevista en los procedimientos de selección con valor referencial reservado se encuentra referida a los casos de contratación de consultoría de obras y ejecución de obras.** Véase la jurisprudencia del artículo 34º del Nuevo Reglamento [§ 1061]. (Opinión N.º 135-2017/DTN, de 15-06-2017, ff. 2.4, 2.4.1 y 2.4.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T2PQ1U>).

§ 546. **El límite inferior al valor referencial que habilita a una Entidad a rechazar una oferta aplica solo en determinados objetos contractuales.** Véase la jurisprudencia del artículo 68º del Nuevo Reglamento [§ 1466]. (Opinión N.º 135-2017/DTN, de 15-06-2017, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T2PQ1U>).

§ 547. **El comité de selección es competente para adoptar decisiones basadas en los criterios que estime pertinentes de acuerdo a la naturaleza y objeto de la contratación. El comité podrá requerir información adicional en los casos de ofertas por debajo del valor referencial, a fin de evaluar la factibilidad de estas.** Véase la jurisprudencia del artículo 68º del Nuevo Reglamento [§ 1467]. (Opinión N.º 135-2017/DTN, de 15-06-2017, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T2PQ1U>).

REMISIÓN

§ 547a. **Sobre el rechazo de ofertas.** Véase también la jurisprudencia del artículo 68º del Nuevo Reglamento [§ 1460 ss.].

Artículo 29: Declaratoria de desierto

29.1 Los procedimientos de selección quedan desiertos cuando no quede válida ninguna oferta. La declaración de desierto, en la comparación de precios y la subasta inversa electrónica, se rigen por lo señalado en el reglamento.

29.2 El reglamento establece el procedimiento de selección a utilizar luego de una declaratoria de desierto.

29.3 Cuando se declare desierto un procedimiento de selección cuyo objeto sea la contratación de seguros patrimoniales, la Entidad puede utilizar el procedimiento que determine el reglamento para los procedimientos declarados desiertos o lo previsto en el literal f) del numeral 5.1 del artículo 5.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 548. Puede revocarse el acto que declara desierto el procedimiento, si esto último se dio debido a la exigencia al postor de un requisito que no se previó en las bases del procedimiento. Véase la jurisprudencia del artículo 65º del Nuevo Reglamento [§ 1452]. (Resolución N.º 2906-2016-TCE-S3, de 09-12-2016, ff. 13 al 15. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2Dwv8Cz>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 549. La declaración de desierto no concluye el procedimiento de selección, correspondiendo efectuar una nueva convocatoria del mismo, sin perjuicio que luego de ella la Entidad decida cancelar el proceso o procedimiento de selección, únicamente hasta antes del otorgamiento o adjudicación de la Buena Pro. 3. CONCLUSIONES. 3.1. La declaración de desierto no concluye el proceso o procedimiento de selección, el cual, se entiende, continúa en curso, correspondiendo efectuar una nueva convocatoria del mismo, sin perjuicio que luego de ella la Entidad decida cancelar el proceso o procedimiento de selección, únicamente hasta antes del otorgamiento o adjudicación de la Buena Pro, de acuerdo a una de las causales previstas en el artículo 34 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N.º 1017 o en el artículo 30 de la Ley N.º 30225, según sea aplicable, tal como se ha indicado en los párrafos anteriores. 3.2. La Entidad deberá seguir el procedimiento previsto en la normativa vigente al momento de iniciar el procedimiento de contratación que tenga por objeto la contratación de bienes, servicios o ejecución de obras, dado que todo procedimiento de contratación iniciado a partir del 9 de enero de 2016, se regirá por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N.º 30225 y su Reglamento. (Opinión N.º 036-2017/DTN, de 03-02-2017, ff. 3.1 al 3.2. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CvRiCM>).

§ 550. La declaración de desierto no da por culminado el procedimiento de selección. Puede declararse la nulidad de oficio de un procedimiento de selección declarado desierto, por cuanto esta declaración no supone la conclusión del referido proceso de selección. Véase la jurisprudencia del artículo 44.2 de la Ley [§ 703]. (Opinión N.º 010-2016/DTN, de 22-01-2016, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2L91K7l>).

Artículo 30: Cancelación

30.1 La Entidad puede cancelar el procedimiento de selección, en cualquier momento previo a la adjudicación de la Buena Pro, mediante resolución debidamente motivada, basada en razones de fuerza mayor o caso fortuito, cuando desaparezca la necesidad de contratar o cuando persistiendo la necesidad, el presupuesto inicialmente asignado tenga que destinarse a otros propósitos de emergencia declarados expresamente, bajo su exclusiva responsabilidad, de conformidad con lo establecido en el reglamento.

30.2 La Entidad no incurre en responsabilidad por el solo hecho de actuar de conformidad con el presente artículo, respecto de los proveedores que hayan presentado ofertas.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341)

OPINIONES DEL OSCE

§ 551. El mecanismo de cancelación del procedimiento de selección debe ser aplicado de manera restrictiva. En un procedimiento de selección, cuando resulte aplicable una norma que limite o prohíba la contratación del objeto contractual, se configurará la causal de cancelación por “fuerza mayor o caso fortuito”. CONSULTA: 2.1. “¿Configura la Causal de CANCELACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN por “CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR” regulada en el numeral 30.1 del artículo 30 de la Ley de Contrataciones con el Estado, cancelar el procedimiento de selección por la PROHIBICIÓN DEL OBJETO DE CONTRATACIÓN, establecida por Ley Posterior a la convocatoria?” [...] 2.1.3. Ahora bien, según lo establecido en el artículo 30 de la Ley, un procedimiento de selección puede ser cancelado, cualquiera que sea el estado en que se encuentre, hasta antes del otorgamiento de la buena pro, siempre que se deba a “razones de fuerza mayor o caso fortuito, cuando desaparezca la necesidad de contratar o cuando persistiendo la necesidad, el presupuesto inicialmente asignado tenga que destinarse a otros propósitos de emergencia declarados expresamente, bajo su exclusiva responsabilidad”. En ese sentido, toda vez que la utilización de la cancelación puede acarrear consecuencias gravosas para los participantes o postores, quienes perderían su expectativa y posibilidad de ser beneficiados con la buena pro del procedimiento y así contratar con el Estado, corresponde aplicarse restrictivamente el mencionado mecanismo. Por ello, a efectos de establecer la viabilidad de cancelar un procedimiento de selección, la Entidad previamente deberá determinar las razones que la lleven a adoptar dicha decisión, debiendo además verificar si tales razones se enmarcan en alguno de los supuestos establecidos en el citado artículo 30 de la Ley, pues de lo contrario no existirá habilitación legal que respalde la cancelación. [...] 2.1.4. [...] [En] materia de aplicación de las normas en el tiempo, en nuestro ordenamiento rige la denominada *teoría de los hechos cumplidos*, es decir que la ley es obligatoria desde su entrada en vigencia, esto es, desde el día siguiente a su publicación en el diario oficial, y se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte. En razón de lo anterior, en un procedimiento de selección, cuando resulte aplicable una norma que limite o prohíba la contratación del objeto contractual -y siempre que ello esté debidamente sustentado-, se configurará la causal de cancelación por “fuerza mayor o caso fortuito” [...] (Opinión N.º 151-2018/DTN, de 14-09-2018, ff. 2.1, 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rb65xv>).

§ 552. La cancelación de un procedimiento de selección basada en algún supuesto previsto en el numeral 30.1 del artículo 30 de la Ley, no genera responsabilidad por daños. Si la Entidad cancela un procedimiento de selección, se encuentra imposibilitada de convocar el mismo objeto contractual durante el ejercicio presupuestal. CONSULTA: 2.2. “¿La Cancelación de un procedimiento de selección por una prohibición del objeto de contratación establecida por Ley Posterior a la convocatoria es imputable a la entidad? ¿De no ser imputable genera responsabilidad por daños y perjuicios?” [...] 2.2.3. Por otro lado, atendiendo el tenor de la presente consulta, de acuerdo al numeral 30.2 del artículo 30 de la Ley, “La Entidad no incurre en responsabilidad por el solo hecho de actuar de conformidad con el presente artículo, respecto de los proveedores que hayan presentado ofertas”. De esta manera, la atribución de cancelar el procedimiento de selección basada en alguno de los supuestos previstos en el numeral 30.1 del artículo 30 de la Ley, no genera responsabilidad por daños que pudiera causar a los proveedores que hayan presentado ofertas. Finalmente, cabe indicar que, de conformidad con el numeral 46.1 del artículo 46 del Reglamento [cfr. art. 68 del Nuevo Reglamento], una vez la Entidad emita su decisión de cancelar el procedimiento de selección, se encontrará imposibilitada de convocar el mismo objeto contractual durante el ejercicio presupuestal, salvo que la causal de la cancelación sea la falta de presupuesto. (Opinión N.º 151-2018/DTN, de 14-09-2018, ff. 2.2 y 2.2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rb65xv>).

§ 553. La declaración de desierto no concluye el procedimiento de selección, correspondiendo efectuar una nueva convocatoria del mismo, sin perjuicio que luego de ella la Entidad decida cancelar el proceso o procedimiento de selección, únicamente hasta antes del otorgamiento o adjudicación de la Buena Pro. Véase la jurisprudencia del artículo 30º de la Ley [§ 549]. (Opinión

N.º 036-2017/DTN, de 03-02-2017, ff. 3.1 al 3.2. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CvRiCM>).

Artículo 31: Métodos especiales de contratación

31.1 Las Entidades contratan, sin realizar procedimiento de selección, los bienes y servicios que se incorporen en los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco como producto de la formalización de Acuerdos Marco.

31.2 El reglamento establece los procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, las condiciones de aplicación y políticas de rotación entre proveedores, la verificación de requisitos de capacidad técnica y legal de los proveedores y demás particularidades."

31.3. Las reglas especiales del procedimiento de cada acuerdo marco definen el monto a partir del cual el uso de catálogos electrónicos es obligatorio. ^{(i) (a) (b)}

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

COMUNICADO DEL OSCE

(i) Comunicado N.º 007-2017-OSCE (04-2017): Contrataciones a través de los catálogos electrónicos de Acuerdos Marco. Texto completo: <bit.ly/2F00J4S>.

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 007-2017-OSCE/CD, "Disposiciones aplicables a los catálogos electrónicos de acuerdos marco" (EP, 02-04-2017) [D-036].

(b) Véase la Resolución Jefatural N.º 080-2018-PERU COMPRAS (EP, 11-08-2018), que aprueba la Directiva N.º 007-2018-PERU COMPRAS, denominada "Directiva para la incorporación de nuevos proveedores en los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco vigentes". Texto completo: <bit.ly/2EpDBYs>.

REMISIONES

§ 553a. **Sobre los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.** Véase la jurisprudencia de los artículos 113º ss. del Nuevo Reglamento [§ 1566 ss.] y de la Directiva N.º 007-2017-OSCE/CD [§ 2266 ss.].

CAPÍTULO IV EL CONTRATO Y SU EJECUCIÓN

Artículo 32: El Contrato

32.1 El contrato debe celebrarse por escrito y se ajusta a la proforma incluida en los documentos del procedimiento de selección con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el mismo.

32.2 En los contratos de obra deben identificarse y asignarse los riesgos previsibles de ocurrir durante su ejecución, según el análisis realizado en la planificación. Dicho análisis forma parte del expediente técnico y se realizará conforme a las directivas que se emitan para tal efecto, según los criterios establecidos en el reglamento.

32.3 Los contratos regulados por la presente norma incluyen necesariamente y bajo responsabilidad las cláusulas referidas a: a) Garantías, b) Anticorrupción, c) Solución de controversias y d) Resolución de contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto en el reglamento.

32.4 El reglamento establece el procedimiento, plazos y requisitos para el perfeccionamiento del contrato, así como los casos en que el contrato puede perfeccionarse mediante una orden de compra o servi-

cio, no debiendo necesariamente en estos casos incorporarse las cláusulas indicadas, sin perjuicio de su aplicación legal.

32.5 En el caso de la contratación de ejecución de obras, la Entidad debe contar con la disponibilidad física del terreno. Excepcionalmente dicha disponibilidad puede ser acreditada mediante entregas parciales siempre que las características de la obra a ejecutar lo permitan. Esta información debe estar incluida en los documentos del procedimiento de selección.

Para el caso de ejecución de obras que cuentan con residentes o supervisores a tiempo completo, estos no podrán prestar servicios en más de una obra a la vez.

32.6 El contratista es responsable de realizar correctamente la totalidad de las prestaciones derivadas de la ejecución del contrato. Para ello, debe realizar todas las acciones que estén a su alcance, empleando la debida diligencia y apoyando el buen desarrollo contractual para conseguir los objetivos públicos previstos.

32.7 La responsabilidad por la adecuada formulación del Expediente Técnico o Estudios Definitivos corresponde al proyectista y a la supervisión, de acuerdo al alcance de los respectivos contratos, y la aprobación a la Entidad. De igual modo, la entrega completa de la información que es puesta a disposición de los postores, corresponde a la Entidad.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341)

DEFINICIONES

CONTRATO: Es el acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la Ley y el Reglamento.

PROFORMA DE CONTRATO: El proyecto del contrato a suscribirse entre la Entidad y el postor ganador de la buena pro y que forma parte de las bases.

PROYECTISTA: Consultor de obra que ha elaborado el expediente técnico de obra.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA, RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES Y OPINIONES DEL OSCE

GENERALIDADES

§ 554. **Características de los contratos administrativos celebrados bajo las disposiciones de la Ley de Contrataciones.** **CONCLUSIONES: 3.1.** Los contratos celebrados observando las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, se enmarcan en una categoría típica del Derecho Administrativo, el contrato administrativo, y presentan las siguientes características: (i) son celebrados entre una Entidad que ejerce la función administrativa, y un particular (proveedor); (ii) si bien son celebrados para satisfacer la necesidad inmediata de la Entidad de contar con determinado bien, servicio u obra, su finalidad última es la satisfacción del interés público que subyace a dicha necesidad; (iii) el carácter de colaborador de la administración pública que adquiere el particular, y que le permite gozar de determinados derechos, en tanto cumpla las obligaciones a su cargo; y (iv) las especiales prerrogativas de las que goza la Entidad, que derivan del ejercicio de la función administrativa y la persecución del interés público subyacente al contrato; principalmente. **3.2.** Si bien en los contratos a los que dan origen las “contrataciones de gobierno a gobierno” una de las partes es un órgano u organismo de la administración pública del Estado Peruano, la otra parte no es un particular, sino otro Estado; lo que determina que su naturaleza y características sean distintas a las del contrato administrativo, pese a que su finalidad también pueda ser la consecución de un fin vinculado con la satisfacción del interés público nacional. Por tanto, si bien en el numeral 3.3 del artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado no se ha previsto un supuesto de inaplicación específico para las “contrataciones gobierno a gobierno”, estas contrataciones, por su propia naturaleza y la calidad de las partes contratantes, se encuentran fuera del régimen general de contratación estatal, establecido por la referida ley. (Opinión N.º 078-2012/DTN, de 19-07-2012, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QP5BMg>).

§ 555. En los contratos administrativos existen un conjunto de potestades inherentes y trascendentes a las mismas partes. 18. En el marco de lo antes expuesto, se debe tener en cuenta las obligaciones inherentes a cada una de las partes en el marco de un contrato administrativo de acuerdo a la normativa de Contrataciones del Estado. A diferencia de lo que ocurren en las relaciones jurídicas civiles, en los contratos administrativos existen un conjunto de potestades administrativas que son inherentes y trascienden a las partes. Estas potestades derivan de la propia naturaleza del contrato administrativo y ciertamente te resultan oponibles a las partes contratantes. Los efectos prácticos de la acción u omisión de parte de los sujetos sometidos a una relación contractual de orden administrativo no son homogéneos o equivalentes. (Resolución N.º 001-2011-TC-S2, de 03-01-2011, f. 18. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2SwbW0H>).

NUMERAL 32.1

§ 556. Derechos y obligaciones de las partes en los contratos administrativos. 2.1.1. En el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la relación contractual entre una Entidad y un proveedor, que surge a partir de la celebración de un contrato, se encuentra expresamente regulada, desde su perfeccionamiento y ejecución, hasta su culminación; en esa medida, las disposiciones que regulan la ejecución contractual rigen, atendiendo al carácter imperativo que ostenta la normativa de contrataciones del Estado. Sobre ello, es importante recordar que mediante la celebración del contrato, el contratista se compromete a ejecutar la prestación a su cargo, que puede consistir en la entrega o suministro de bienes, la prestación de un servicio o la ejecución de una obra y la Entidad se obliga a ejecutar su contraprestación que, esencialmente, consiste en retribuir económicamente al contratista por su prestación. En este contexto, el contrato se entenderá cumplido cuando ambas partes satisfagan oportunamente sus prestaciones. (Opinión N.º 185-2015/DTN, de 09-12-2015, f. 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TzAJNh>).

NUMERAL 32.2

§ 557. Gestión de Riesgos en la planificación de obras. 2.1.2. En primer lugar, debe indicarse que el 3 de abril del 2017, entraron en vigencia las modificaciones a la Ley y el Reglamento, efectuadas mediante Decreto Legislativo N.º 1341 y Decreto Supremo N.º 056-2017-EF, respectivamente. En ese contexto, el numeral 32.2 del artículo 32 de la Ley, incorporado mediante Decreto Legislativo N.º 1341, precisa que la planificación de obras deberá realizarse siguiendo el enfoque de la denominada “administración de riesgos”, conforme a lo siguiente: *“En los contratos de obra deben identificarse y asignarse los riesgos previsible de ocurrir durante su ejecución, según el análisis realizado en la planificación. Dicho análisis forma parte del expediente técnico y se realizará conforme a las directivas que se emitan para tal efecto, según los criterios establecidos en el reglamento.”* (El resaltado es agregado). En esa misma línea, el numeral 8.2 del artículo 8 del Reglamento [cfr. art. 29.2 del Nuevo Reglamento], incorporado por el Decreto Supremo N.º 056-2017-EF señala que: *“Para la contratación de obras, la planificación debe incluir la identificación y asignación de riesgos previsible de ocurrir durante la ejecución, así como las acciones y planes de intervención para reducirlos o mitigarlos, conforme a los formatos que apruebe el OSCE. El análisis de riesgos implica clasificarlos por niveles en función a: (i) su probabilidad de ocurrencia y (ii) su impacto en la ejecución de la obra.”* De acuerdo con las disposiciones citadas, el expediente técnico de obra elaborado durante la etapa de planificación, debe incorporar un estudio de todos aquellos riesgos previsible que pudiesen afectar la correcta y oportuna ejecución de la obra, con la finalidad de que, a partir de dicho análisis, se determinen las acciones o planes de intervención a seguir durante la etapa de ejecución, y de ese modo, se puedan evitar, reducir y/o asignar aquellos riesgos previamente identificados. En adición a lo señalado, el numeral 116.3 del artículo 116 del Reglamento [cfr. art. 138.3 del Nuevo Reglamento] precisa que *“Tratándose de los contratos de obra deben incluirse, además, las cláusulas que identifiquen los riesgos que pueden ocurrir durante la ejecución de la obra y la determinación de la parte del contrato que debe asumirlos durante la ejecución contractual.”* Así, la información resultante del “estudio de riesgos” pasará a formar parte de las cláusulas de identificación y asignación de riesgos previstas en el contrato de obra respectivo, con el objeto de que durante la etapa de ejecución contractual se

tengan plenamente identificados y asignados todos los riesgos previsibles, y se cuente con las medidas o planes de intervención a seguir ante cualquier tipo de eventualidad que pueda afectar los trabajos en obra. [...] (Opinión N.º 152-2017/DTN, de 07-07-2017, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PrmW9f>).

NUMERAL 32.4

§ 558. **Corresponde a cada entidad observar las disposiciones previstas en el reglamento, en atención a la naturaleza y características particulares del requerimiento formulado por el área usuaria.** CONSULTA: **2.1.** *¿Cuál es el criterio técnico que debe emplearse para calificar y definir el objeto de una contratación a fin de poder convocar un procedimiento de selección, sabiendo que conforme al anexo único del Reglamento - definiciones corresponde a una "obra" y conforme al numeral 32.2 del artículo 32 del Reglamento corresponde a un "bien o servicio"?* [...] **2.1.3.** [...] [Debe] indicarse que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 32.2 del artículo 32 del Reglamento [cfr. numeral 3 del art. 53 del Nuevo Reglamento] "En el caso de contrataciones que involucren un conjunto de prestaciones de distinta naturaleza, el objeto se determina en función a la prestación que represente la mayor incidencia porcentual en el valor referencial de la contratación" [...]. En esa medida, a efectos de determinar el objeto que materia de un procedimiento de selección que involucre un conjunto de prestaciones de distinta naturaleza -es decir; que esté compuesta por varias "prestaciones" diferenciadas entre sí, en atención a las definiciones previstas en el Reglamento, de "bien", "servicio en general", "consultoría en general", "consultoría de obra", u "obra", según corresponda- debe considerarse la "prestación" que represente la mayor incidencia porcentual en el valor referencial de la contratación [...]. **2.1.4.** [Se] advierte que el artículo 32 del Reglamento [cfr. art. 53 del Nuevo Reglamento] ha previsto las reglas que deben aplicarse para determinar el objeto materia de un procedimiento de selección, incluso cuando éste involucre un conjunto de prestaciones de distinta naturaleza; por lo que corresponde a cada Entidad observar las disposiciones previstas en el citado artículo, en atención a la naturaleza y características particulares del requerimiento formulado por el área usuaria, en concordancia con las definiciones previstas en el Anexo Único del Reglamento, "Anexo de Definiciones", a efectos de establecer el objeto de una contratación en particular. **2.2.** *¿De corresponder la determinación del objeto de contrato conforme al numeral 32.2 del artículo 32 del Reglamento, la mayor incidencia del costo total del expediente se determina en función al presupuesto del PIP o en función al detalle de los precios unitarios del PIP?* [...] [Cabe] agregar que conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley, y en los artículos 11 y 12 del Reglamento [cfr. art. 34 del Nuevo Reglamento], el valor referencial permite establecer el tipo de procedimiento de selección correspondiente y gestionar la asignación de los recursos presupuestales necesarios; siendo que en el caso de bienes y servicios, el valor referencial se establece en virtud de un estudio de mercado; en el caso de consultoría de obras, la Entidad establece los detalles de la estructura del valor referencial pudiendo efectuar estudios de mercado; y en el caso de obras, el valor referencial es establecido en el expediente técnico o estudio definitivo de la obra. (Opinión N.º 038-2018/DTN, de 23-03-2018, ff. 2.1, 2.1.3, 2.1.4 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2raT7jz>).

§ 559. **El contrato se encuentra perfeccionado con la recepción del servicio. Empresa que siguió brindando servicio de alimentación a un hospital público luego de haber vencido un contrato de adjudicación de menor cuantía.** Véase la jurisprudencia del artículo 137º del Nuevo Reglamento [§ 1622]. (Casación N.º 683-2009-Lima, de 17-09-2009, ff. jj. 1, 6, 7 y 8. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema [EP, 31-05-2010, Sentencias en Casación, Año XIV, N.º 626, p. 27713]. Texto completo: <bit.ly/2TwoIJ0>).

NUMERAL 32.5

§ 560. **El "título válido" que debe ostentar la entidad para poder disponer del terreno, está referido a aquel que le permite ejercer los derechos reales necesarios que le permitan disponer, determinar u ordenar que se lleven a cabo los trabajos correspondientes para la ejecución de obra.** CONSULTA: **2.1.** *¿Cómo se define y que documentos constituyen el "título válido", expresión señalada en la*

Opinión N.º 122-2009/DTN, de fecha 30 de octubre de 2009, que debe ostentar la entidad para poder tener la disponibilidad física del terreno donde se ejecutará una obra, a fin de cumplir con lo previsto en el numeral 32.5 del artículo 32 de la Ley N.º 30225? **2.1.3.** [Es] importante señalar que el literal b) del numeral 152.1 del artículo 152 del Reglamento [cfr. art. 176.1.b del Nuevo Reglamento] establece como una de las condiciones para el inicio del plazo de ejecución de obra “Que la Entidad haya hecho entrega total o parcial del terreno o lugar donde se ejecuta la obra (...)”. (El subrayado es agregado). De esta manera, debe indicarse que la condición precitada se establece con la finalidad de que las partes -sobre todo, el contratista- verifiquen que el terreno o lugar donde se ejecutará la obra se encuentra disponible para su ejecución. En este punto, cabe precisar que el carácter disponible del terreno o lugar implica que esté listo para usarse o utilizarse; es decir, que el contratista pueda ejecutar la obra libremente, sin que terceros ajenos a la relación contractual cuenten con la capacidad de impedir dicha ejecución. Así, existe disponibilidad física del terreno o lugar sobre el que se ejecutará la obra, desde el momento en que la Entidad cuenta con la capacidad de ejercer los derechos reales necesarios -sobre el bien inmueble- que le permitan disponer, determinar u ordenar que se lleven a cabo los trabajos correspondientes para la ejecución de la obra. [...] **2.1.4.** Ahora bien, atendiendo el tenor de la presente consulta, debe indicarse que si bien la Opinión N.º 122-2009/DTN se emitió para interpretar las disposiciones del Decreto Legislativo N.º 1017 y su reglamento, el razonamiento e interpretación allí plasmados pueden aplicarse a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado vigente, en tanto, más allá de algunas precisiones, la nueva normativa mantiene las mismas condiciones sobre la materia consultada en la referida opinión. (Opinión N.º 168-2018/DTN, de 09-10-2018, ff. 2.1, 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PZKSWl>).

§ 561. La disponibilidad física del terreno sobre el cual se ejecutará la obra no implica necesariamente la transferencia de la propiedad. **2.1.1.** [...] [Este] Organismo Supervisor ha determinado que se cuenta con disponibilidad física del terreno sobre el que se ejecutará la obra, desde el momento en que la Entidad cuenta con poder legal suficiente para determinar u ordenar lo que debe hacerse u omitirse con dicho terreno, lo cual no implica, necesariamente, la transferencia de la propiedad. [...] (Opinión N.º 108-2013/DTN, de 16-12-2013, f. 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ce8Inw>).

§ 562. La Entidad puede entregar al contratista de manera excepcional y con el debido sustento técnico, el terreno con áreas no disponibles, garantizando la disposición de estas al momento que el contratista lo requiera según el calendario de avance de obra. Véase la jurisprudencia del artículo 41º del Nuevo Reglamento [§ 1159]. (Opinión N.º 072-2016/DTN, de 11-05-2016, f. 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QXlbfG>).

§ 563. La disponibilidad del terreno para ejecutar la obra debe ser “efectiva” y no “potencial”. La disponibilidad del terreno no implica necesariamente que la Entidad sea propietaria del terreno o de las áreas donde se ejecutará la obra. Véase la jurisprudencia del artículo 41º del Nuevo Reglamento [§ 1160]. (Opinión N.º 072-2016/DTN, de 11-05-2016, ff. 2.1.2 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QXlbfG>).

§ 564. La disponibilidad del terreno y la aprobación del expediente de contratación son requisitos que deben ser cumplidos sin mediar ningún tipo de orden o secuencia necesario. Véase la jurisprudencia del artículo 41º del Nuevo Reglamento [§ 1161]. (Opinión N.º 064-2016/DTN, de 02-05-2016, ff. 1.1 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2G9EiQL>).

Artículo 33: Garantías

33.1 Las garantías que deben otorgar los postores adjudicatarios y/o contratistas, según corresponda, son las de fiel cumplimiento del contrato y por los adelantos. Sus modalidades, montos, condiciones y excepciones son regulados en el reglamento.

33.2 Las garantías que acepten las Entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten. Dichas empresas deben encontrarse bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y deben estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

33.3 En virtud de la realización automática, a primera solicitud, las empresas emisoras no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de las garantías debiendo limitarse a honrarlas de inmediato dentro del plazo máximo de tres (3) días hábiles. Toda demora genera responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el postor o contratista, y da lugar al pago de intereses legales en favor de la Entidad.

33.4 Las entidades financieras que emitan garantías a las que se refiere la presente norma, facilitan el acceso de estas a las Entidades públicas beneficiarias, debiendo para el efecto implementar los mecanismos correspondientes que permitan la aplicación de la presente disposición. ^{(i) (ii) (iii) (iv) (v) (a)}

(Texto modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

COMUNICADOS DEL OSCE

- (i) Comunicado N.º 002-2016-OSCE/PRE (03-2016): Relación de empresas del Sistema Financiero y de Seguros autorizadas a emitir documentos como garantías en los procesos de contratación pública. Texto completo: <bit.ly/2RiKFtf>.
- (ii) Comunicado N.º 003-2016-OSCE/PRE (06-2016): Aceptación de garantías en los procesos de contratación. Texto completo: <bit.ly/2RLVEAp>.

DESARROLLO NORMATIVO

- (iii) De conformidad con la decimoprimer disposición complementaria final del Decreto Supremo N.º 344-2018-EF (EP, 31-12-2019), dentro del supuesto de hecho de la infracción establecida en el literal i) del numeral 50.1 del presente artículo 50, referida a la presentación de información inexacta, se encuentra comprendida la presentación de garantías que no hayan sido emitidas por las empresas indicadas en el numeral 33.2 del artículo 33 de la Ley.
- (iv) De conformidad con la segunda disposición complementaria final de la Ley N.º 30822 (EP, 19-07-2018), Ley que desarrolla la regulación y supervisión de las cooperativas de ahorro y crédito (Coopac), las garantías a que se refiere el presente artículo 33, en el caso de las Coopac, pueden ser otorgadas por aquellas que solo operan con sus socios y que no están autorizadas a captar recursos del público u operar con terceros, inscritas en el Registro Nacional de Cooperativas de Ahorro y Crédito No Autorizadas a Captar Recursos del Público, de los niveles 2 y 3 a que se refiere la disposición final y complementaria vigésimo cuarta de la Ley N.º 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, modificada por la citada ley. La citada disposición entró en vigencia el 1 de enero de 2019.
- (v) De conformidad con la séptima disposición complementaria final de la Ley N.º 30737, Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos (EP, 12-03-2018), las garantías de fiel cumplimiento del contrato y por los adelantos, a que se refiere el presente artículo 33, se ejecutan de acuerdo a lo establecido en el capítulo correspondiente del Reglamento de la presente Ley, y únicamente para la finalidad para la que fueron otorgadas. Luego de realizado el pago, las empresas emisoras de dichas garantías que adviertan solicitudes de ejecución de manera irregular o en contravención a las normas mencionadas, pueden solicitar la intervención del Sistema Nacional de Control.

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

- (a) Véase la Directiva N.º 003-2019-OSCE/CD, "Lineamientos para la aplicación de la garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias" (EP, 29-01-2019) [D-023].

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 565. Es obligación del comité especial verificar que las garantías presentadas por los postores cuenten con todas las características y atributos que garanticen que la misma podrá ser ejecutada.

14. [...] [Es] obligación del Comité Especial verificar, de manera exhaustiva, que las Cartas Fianzas presentadas por los postores cuenten con todas las características y atributos que garanticen que la misma podrá ser ejecutada de ser el caso, en ese sentido, en los casos en los cuales se adviertan defectos trascendentes en las Cartas Fianzas que pongan en duda la idoneidad de las mismas o el cumplimiento

de las características [...] en salvaguarda de los interés de la Entidad no deberá considerar dichos documentos. (Resolución N.º 390-2011-TC-S1, de 04-03-2011, f. 14. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2FifFXL>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 566. Función de las garantías. 2.1.4. [Las] garantías cumplen una doble función: compulsiva y resarcitoria. Son compulsivas, pues lo que pretenden es compeler al contratista a cumplir sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de ejecutar las garantías presentadas por éste. Asimismo, son resarcitorias pues lo que se pretende a través de su ejecución es indemnizar a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios que haya sufrido debido al incumplimiento del contratista. Ahora bien, para asegurar que las Entidades podrán ejecutar las garantías otorgadas por los postores y/o contratistas, es necesario que quien emite una garantía sea alguien distinto al postor y/o contratista, según corresponda, pues, de lo contrario, se pondría a dicho postor y/o contratista en un conflicto de intereses -al ser deudor y fiador o asegurado y aseguradora al mismo tiempo-, pudiendo éste negarse y/o retrasar la ejecución de las garantías; enervándose de esta manera su finalidad y poniendo a la Entidad en una situación de indefensión. (Opinión N.º 068-2012/DTN, de 06-06-2012, f. 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SWAV90>).

§ 567. Las garantías en el marco de las contrataciones del Estado, son incondicionales y de realización automática. 3.2. La normativa de contrataciones del Estado ha dispuesto que las Entidades solo pueden aceptar garantías constituidas a través de cartas fianza o pólizas de caución, que sean incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país al solo requerimiento de la respectiva Entidad, emitidas por empresas autorizadas y bajo el ámbito de supervisión por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) o que estén consideradas en la lista actualizada de bancos extranjeros de primera categoría que publica el Banco Central de Reserva del Perú, de cuyo texto debe desprenderse claramente lo que es objeto de cobertura, a efectos de asegurar su eficacia y eventual ejecución; sin perjuicio, que se trate de las garantías de fiel cumplimiento, por adelantos, por el monto diferencial de la propuesta o sus renovaciones. **3.3.** Dado que las garantías en el marco de las contrataciones del Estado, son incondicionales y de realización automática, las empresas emisoras deben ejecutarlas dentro de los tres (3) días siguientes de efectuada la solicitud por parte de la Entidad, sin que sea posible oponer excusión alguna o solicitar documentación adicional al requerimiento de ejecución; puesto que ante cualquier demora en su ejecución, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que se generará responsabilidad solidaria tanto para el emisor de la garantía como para el postor o contratista garantizado. (Opinión N.º 003-2014/DTN, de 02-01-2014, ff. 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2qMEPW9>).

§ 568. Las empresas emisoras no pueden solicitar otra forma de honramiento de las garantías. 2.2. [...] Ahora bien, en este contexto por “honrar” se entiende pagar a la Entidad el monto dinerario garantizado, en la medida que las garantías fueron emitidas a efectos de garantizar montos dinerarios determinados. Adicionalmente, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto la posibilidad de que las empresas emisoras realicen “otra forma de honramiento de las garantías”, ni que las Entidades acepten dichas formas. En tal sentido, debe señalarse que en el supuesto que la empresa que emitió una garantía proponga a la Entidad “otra forma de honramiento”, la Entidad no podría aceptarla. (Opinión N.º 012-2011/DTN, de 03-01-2011, f. 2.2. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2GIP46K>).

§ 569. Es posible que un tercero ajeno a la relación contractual otorgue a la Entidad una carta fianza emitida por una institución financiera autorizada para garantizar las obligaciones del contratista o los contratistas en consorcio. Véase la jurisprudencia del artículo 148º del Nuevo Reglamento [§ 1688]. (Opinión N.º 118-2016/DTN, de 25-07-2016, ff. 2.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LoqPv4>).

§ 570. Con independencia quien solicite la fianza, en la medida que la garantía presentada por el proveedor cumpla con los requisitos previstos en la normativa de contrataciones del, la misma podrá ser aceptada por las Entidades en el marco de un proceso de contratación. Véase la jurisprudencia del artículo 148° del Nuevo Reglamento [§ 1687]. (Opinión N.º 094-2017/DTN, de 24-03-2017, ff. 2.1, 2.2, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zDa1Mc>).

REMISIÓN

§ 570a. Sobre las garantías. Véase también la jurisprudencia de los artículos 148° ss. del Nuevo Reglamento [§ 1686 ss.].

Artículo 34: Modificaciones al contrato

34.1 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 atención al principio de equidad.

34.2 El contrato puede ser modificado en los siguientes supuestos: i) ejecución de prestaciones adicionales, ii) reducción de prestaciones, iii) autorización de ampliaciones de plazo, y (iv) otros contemplados en la Ley y el reglamento.

34.3 Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

34.4 Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados. Para tal efecto, los pagos correspondientes son aprobados por el Titular de la Entidad.

34.5 En el supuesto que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato o por causas no previsibles en el expediente técnico de obra y que no son responsabilidad del contratista, mayores a las establecidas en el numeral precedente y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas, siempre que se cuente con los recursos necesarios. Adicionalmente, para la ejecución y pago, debe contarse con la autorización previa de la Contraloría General de la República. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Alternativamente, la Entidad puede resolver el contrato, mediante comunicación escrita al contratista.

34.6 Respecto a los servicios de supervisión, en los casos distintos a los de adicionales de obras, cuando se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen prestaciones adicionales en la supervisión que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, el Titular de la Entidad puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un monto máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas. Cuando se supere el citado porcentaje, se requiere la autorización, previa al pago, de la Contraloría General de la República.

34.7 El Titular de la Entidad puede autorizar prestaciones adicionales de supervisión que deriven de prestaciones adicionales de obra, siempre que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, bajo las mismas condiciones del contrato original y/o precios pactados, según corresponda. Para lo reglado en los numerales 34.6 y 34.7 no es aplicable el límite establecido en el numeral 34.3.

34.8 Para el cálculo del límite establecido en el numeral 34.6, solo debe tomarse en consideración las prestaciones adicionales de supervisión que se produzcan por variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, distintos a los adicionales de obra.

34.9 El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento.

34.10 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.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

DEFINICIONES

CONTRATO ORIGINAL: Es el contrato suscrito como consecuencia del otorgamiento de la buena pro en las condiciones establecidas en los documentos del procedimiento de selección y la oferta ganadora.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES, PRONUNCIAMIENTOS Y OPINIONES DEL OSCE

NUMERAL 34.1

§ 571. La potestad de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales se enmarca dentro de las llamadas “cláusulas exorbitantes” (art. 34.1). 2.1.3. En la línea de lo expuesto, debe señalarse que la potestad de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales le había sido conferida a las Entidades en reconocimiento de su calidad de garantes del interés público en los contratos que celebrarían a efectos de abastecerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Así, esta potestad responde 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 régimen de contrataciones del Estado-, en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado. Por lo tanto, considerando el rol de representante del interés general que cumple la Administración Pública, las Entidades podían aprobar la ejecución de prestaciones adicionales siempre que se cumplieran los presupuestos legales que la anterior normativa de contrataciones del Estado contemplaba para dicho fin. (Opinión N.º 017-2017/DTN, de 31-01-2017, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QCykna>).

§ 572. Luego de ser notificado con el documento que apruebe el adicional, el contratista se encuentra en la obligación de ejecutar dichas prestaciones adicionales sin objeción alguna (art. 34.1). 2.1.1. [La] ejecución de prestaciones adicionales supone la ejecución de prestaciones no previstas en el contrato pero que resultan necesarias para que se cumpla con la finalidad para la que fue celebrado. Siendo ello así, se entiende que durante la etapa de ejecución contractual la Entidad se encuentra facultada para requerir un mayor número de prestaciones a las inicialmente pactadas, siempre que dicho contrato se encuentre vigente, correspondiéndole determinar, en cada caso concreto, si se verifican los elementos necesarios para disponer la ejecución de prestaciones adicionales. 2.1.2. Ahora bien, es importante precisar que la potestad de aprobar prestaciones adicionales le ha sido conferida

a la Entidad en reconocimiento de su calidad de garante del interés público en los contratos que celebra a efectos de abastecerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Así, esta potestad responde 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 régimen de contrataciones del Estado-, en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado [...]. De esta manera, considerando el rol de representante del interés general que cumple la Administración Pública, el Titular de la Entidad puede ordenar la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original; en este caso, luego de ser notificado con el documento que apruebe el adicional, el contratista se encuentra en la obligación de ejecutar dichas prestaciones adicionales sin objeción alguna, suscribiendo los documentos necesarios para tal fin, así como aumentar de forma proporcional las garantías que hubiera otorgado. [...] **2.2.1.** [...] Por lo tanto, una vez aprobadas las prestaciones adicionales mediante resolución del Titular de la Entidad y notificadas al contratista, tales prestaciones forman parte del contrato y, en consecuencia, son de obligatorio cumplimiento. (Opinión N.º 191-2015/DTN, de 28-12-2015, ff. 2.1.1, 2.1.2 y 2.2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UnHB0C>).

§ 573. No es posible que unilateralmente un contratista modifique el precio del contrato o incorpore partidas en el presupuesto de obra bajo el argumento que no fueron incorporadas por el consultor de obra que elaboró el expediente técnico, sin perjuicio de la responsabilidad en cual pueda incurrir la Entidad ante tales deficiencias (art. 34.1). Véase la jurisprudencia del artículo 146º del Nuevo Reglamento [§ 1678]. (Opinión N.º 021-2016/DTN, de 10-02-2016, ff. 2.1, 2.1.2 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2R5LS75>).

NUMERAL 34.2

§ 574. La normativa de contrataciones públicas no permite la modificación de la propuesta económica, salvo para mejorar el precio o para subsanar errores materiales (art. 34.2). CONSULTA: 2. “(...) Si la Ley de Contrataciones del Estado permite que puedan incorporarse al contrato modificaciones a través de adendas sobre aspectos vinculados a la propuesta económica, siempre que ambas partes estén de acuerdo y no impliquen variación alguna en las características técnicas, objeto, plazo, calidad y condiciones ofrecidas en el proceso de selección”. [...] **2.1.** [...] [D]ebemos tener en cuenta que, en los contratos celebrados con los particulares, únicamente el Estado posee ciertas prerrogativas derivadas de su condición, para, en supuestos expresamente previstos, modificar unilateralmente un contrato ya suscrito, como sucede, por ejemplo, cuando ordena al contratista la ejecución de adicionales o la reducción de prestaciones. Es decir, únicamente la Entidad, dentro de los límites que impone la Ley -Principio de Legalidad- y el respeto a la sustancia del contrato y la esencia de su objeto, puede plantear determinadas modificaciones al contrato expresamente permitidas; potestad que resulta ajena al contratista. Lo indicado precedentemente no impide que la Entidad pueda pactar con el proveedor, de común acuerdo, la modificación de ciertos términos contenidos en el acuerdo original; sin embargo, atendiendo a lo prescrito en el artículo 143 del Reglamento [cfr. art. 160 del Nuevo Reglamento], la posibilidad de que el contrato incorpore modificaciones en sus términos no puede implicar variación alguna en las condiciones originales que motivaron la elección del contratista. En ese sentido, la normativa de contrataciones públicas no permite la modificación de la propuesta económica, salvo para mejorar el precio o para subsanar errores materiales, como ya ha sido mencionado en otra opinión. (Opinión N.º 060-2011/DTN, de 03-06-2011, ff. 2 y 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HePO5N>).

§ 575. Si la Entidad ejerce la facultad de reducir prestaciones a las originalmente previstas, el calendario de avance de obra deberá ser reformulado de tal manera que sólo comprenderá los trabajos de deben ser ejecutados por el contratista (art. 34.2). CONSULTA: 2.1. “¿Cuál es la forma en la que deben computarse, para efectos del avance de Obra y el procedimiento que debe implementarse, los deductivos y/o reducciones de Obra en el cronograma valorizado teniendo presente que, en virtud a su aproba-

ción previa, no resultan exigibles para la ejecución de obra?” [...] 2.1.2. [...] De esta manera, considerando el rol de representante del interés general que cumple la Administración Pública, la Entidad puede aprobar la reducción de prestaciones siempre que se cumplan los presupuestos legales contemplados para dicho fin. En esa línea, el numeral 41.1 del artículo 41 de la anterior Ley [cfr. art. 34.1 de la Ley vigente] disponía que, “Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.” 2.1.3. Ahora bien, cabe señalar que -a efectos de celebrar el contrato de obra- el postor ganador de la Buena Pro debía elaborar y presentar el calendario de avance de obra valorizado en función al programa de ejecución de obra, con la finalidad que la Entidad pudiera contar con un instrumento necesario para la correcta administración del contrato. Sobre el particular, debe indicarse que, de conformidad con el numeral 5 del Anexo Único del anterior Reglamento “Anexo de Definiciones”, el calendario de avance de obra valorizado era el documento en el que constaba la programación valorizada de la ejecución de la obra, por períodos determinados en las Bases o en el contrato. En ese contexto, considerando que la reducción de obra determinaba la ejecución de menores prestaciones a las originalmente previstas en el expediente técnico o en el contrato, correspondía que -en caso la Entidad ejerciera la facultad de reducir prestaciones- el programa de ejecución de obra reflejara la disminución de actividades y que el calendario de avance de obra valorizado fuera reformulado a partir de esto último, de tal manera que ambos comprendieran solo los trabajos que debían ser ejecutados por el contratista, mas no aquellos que fueron suprimidos como consecuencia de la reducción. (El subrayado es agregado). (Opinión N.º 126-2018/DTN, de 10-08-2018, ff. 2.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r802tR>).

§ 576. La facultad de reducir prestaciones solo puede realizarse sobre prestaciones divisibles y pendientes de ejecución (art. 34.2). CONSULTA: 2.1. *“La Entidad puede aprobar reducciones al contrato previstas en el artículo 34º de Ley de Contrataciones del Estado, Ley N.º 30225, concordante con el artículo 139º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N.º 350.2015-EF, cuando la prestación a cargo del contratista es indivisible y ya la ejecutó, adquirió y garantizó? o, además, ¿debe evaluar si es que la situación afecta las condiciones originales que motivaron la participación del contratista, a efectos de que no se produzca una ruptura del equilibrio económico financiero del contrato?” [...] 3. CONCLUSIONES: 3.1. La Entidad en su calidad de garante del interés público puede ejercer la prerrogativa especial de reducir prestaciones, para tal efecto, la normativa de contrataciones del Estado establece que, de manera excepcional y previa sustentación por el área usuaria, el Titular de la Entidad mediante una resolución puede aprobarla hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que ello sea indispensable para alcanzar la finalidad del contrato. 3.2. La reducción de prestaciones requiere -además del cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 34 de la Ley y 139 del Reglamento [cfr. art. 157 del Nuevo Reglamento] - que la obligación a cargo del contratista tenga carácter divisible, lo cual implica que la prestación -bien, servicio u obra- pueda ser ejecutada parcialmente sin que ello ocasione un detrimento que le impida cumplir la finalidad para la cual fue contratada; adicionalmente, solo podrán ser objeto de la reducción aquellas prestaciones que aún no hayan sido ejecutadas. 3.3. La reducción de prestaciones necesariamente implica una variación de la prestación a cargo del contratista, afectando su cantidad y/o plazo de ejecución; de igual manera, genera una disminución de la prestación a cargo de la Entidad, esto es, el pago; por tanto, cuando se producen estos eventos, la reducción de prestaciones -divisibles y pendientes de ejecución- no contraviene lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, en la medida que esta se encuentre debidamente sustentada de acuerdo a lo señalado en la Ley y el Reglamento. (Opinión N.º 156-2016/DTN, de 23-09-2016, ff. 2.1, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ct9gXU>).*

§ 577. La Entidad debía verificar que la reducción de prestaciones en el caso de obra no ocasionara un detrimento que hubiera impedido que la obra alcanzara la finalidad de su contratación (art. 34.2). 2.3. Ahora bien, aun cuando la normativa de contrataciones del Estado no lo hubiera

establecido expresamente, la Entidad solo podía aprobar la reducción de prestaciones en aquellos casos en los que la obligación a cargo del contratista hubiera tenido carácter divisible, en consecuencia, la reducción no era posible cuando se trataba de obligaciones indivisibles. [...] De esta manera, la Entidad podía aprobar la reducción de prestaciones cuando la obligación a cargo del contratista hubiera tenido carácter divisible, lo cual implicaba que la prestación hubiera podido ser ejecutada parcialmente sin que ello ocasionara un detrimento que le hubiera impedido cumplir la finalidad para la cual fue contratada. Adicionalmente, cuando se trataba de la ejecución de obras, la Entidad podía disponer la reducción de una partida, subpartida o de un componente de obra-inclusive- siempre que se hubiera podido conocer su valor. Por su parte, es importante precisar que la Entidad podía disponer la reducción respecto de aquellas prestaciones que no hubieran sido ejecutadas por el contratista y siempre hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original. (Opinión N.º 146-2017/DTN, de 05-07-2017, f. 2.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CBra9V>).

§ 578. **En las contrataciones realizadas a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco no resulta posible cualquier modificación en las condiciones inicialmente ofertadas, aun cuando estas pudiesen considerarse mejoras, ya que ello contravendría la naturaleza del Acuerdo Marco (art. 34.2).** CONSULTA: 2. “(...) si es legalmente viable, efectuar la modificación de los contratos derivados de un Acuerdo Marco, en los casos en que el Contratista proponga bienes de superiores características”. [...] 2.5. [Se] puede inferir que perfeccionado el contrato derivado de un Acuerdo Marco, tal contrato debe responder a lo establecido en el respectivo Catálogo Electrónico. Por tanto, no es posible realizar modificaciones a las condiciones y/o características indicadas en el contrato, toda vez que corresponde al contratista cumplirlas de conformidad con lo indicado en el Catálogo correspondiente. [...] cabe mencionar que dentro de las Reglas del método especial de contratación a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco se prevé que el proveedor debe atender la orden de compra publicada por la Entidad que registre el Estado aceptada con entrega pendiente, de conformidad con las especificaciones técnicas, precios y condiciones comerciales establecidas en la orden de compra generada en el Catálogo Electrónico. Asimismo, en dichas reglas se dispone que el proveedor no podrá entregar a la Entidad otro bien que no sea el detallado en la orden de compra, quedando expresamente prohibido el ofrecimiento de cualquier modificación en las condiciones inicialmente ofertadas, aun cuando estas pudiesen considerarse mejoras. Conforme a lo anterior, en las contrataciones realizadas a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco no resulta posible cualquier modificación en las condiciones inicialmente ofertadas, aun cuando estas pudiesen considerarse mejoras, ya que ello contravendría la naturaleza del Acuerdo Marco. (Opinión N.º 177-2017/DTN, de 24-08-2017, ff. 2 y 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rxHraI>).

§ 579. **Las disposiciones acerca del establecimiento de prestaciones adicionales deben interpretarse restrictivamente (art. 34.2).** 2.1.1. [...] [La] Ley estipula que las Entidades pueden ordenar prestaciones adicionales sin que la normativa especifique como necesaria la aceptación o no del contratista, es decir, en este caso se configura una obligación para el contratista mediante un acto unilateral de la Entidad. La posibilidad de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales responde 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 [...]. Al crearse obligaciones para la contraparte por un acto unilateral de la Entidad, las disposiciones acerca del establecimiento de prestaciones adicionales deben interpretarse restrictivamente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, el cual es de aplicación supletoria a los contratos celebrados bajo el ámbito de la Ley. Así, la ejecución de prestaciones adicionales implica que se llevarán a cabo obras sin la realización del proceso de selección que la normativa ordena para la generalidad de los casos. Por lo tanto, se trataría, dentro del sistema de contratación estatal establecido por mandato constitucional [art. 76], de un supuesto excepcional (como el mismo artículo 41 de la Ley menciona) en el cual se establece como regla general la realización de procesos de selección y como excepción su

prescindencia. En consecuencia, las disposiciones que autorizan al Titular de la Entidad a ordenar la ejecución de prestaciones adicionales al contratista deben ser interpretadas de manera restrictiva, conforme a lo dispuesto en el ya citado artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, por ser estas normas de excepción. (Opinión N.º 064-2011/DTN, de 07-07-2011, f. 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LtS5Iv>).

NUMERAL 34.3

§ 580. Si un único documento contractual contiene diversos ítems, el monto máximo para la ejecución de prestaciones adicionales para el caso de servicios corresponde al 25% del monto del contrato original, respecto de cada ítem considerado individualmente (art. 34.3). CONSULTA: Si es aplicable el porcentaje máximo del 25% al monto total del ÍTEM requerido o al contrato original, señalado en el párrafo (c) del análisis del presente informe, con la finalidad de determinar la viabilidad y elaboración del Contrato Adicional al Contrato DIRCOMAT N.º 065-2017 de fecha 09 de mayo de 2017, solicitado por la Dirección de Abastecimiento Naval como área usuaria. [...] 2.2. Sobre el particular, debe indicarse que en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, una vez que se perfecciona el contrato, tanto el contratista como la Entidad se obligan a ejecutar las prestaciones pactadas en el dicho contrato; siendo el cumplimiento de tales prestaciones, en la forma y oportunidad establecidas, la situación esperada en el ámbito de la contratación pública. No obstante, cabe anotar que dicha situación no siempre se verifica durante la fase de ejecución contractual, pues la configuración de determinadas circunstancias puede producir que se modifique, por ejemplo, la cantidad de prestaciones inicialmente pactadas; ante ello, la normativa de contratación pública ha previsto -entre otras- la figura de las “prestaciones adicionales”. En ese contexto, de conformidad con lo establecido en el numeral 34.2 del artículo 34 de la Ley “Excepcionalmente y previa sustentación del área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje”. (El resaltado es agregado). Asimismo, el numeral 139.1 del artículo 139 del Reglamento establece que “Mediante Resolución previa, el Titular de la Entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que estas sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, para lo cual debe contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio en general o de consultoría y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos se determina por acuerdo entre las partes” (El resaltado es agregado) [cfr. art. 157 del Nuevo Reglamento]. De las disposiciones citadas, puede apreciarse que la normativa de contrataciones prevé que puedan ejecutarse prestaciones adicionales -calculadas sobre la base del monto del contrato original- para alcanzar la finalidad del contrato, lo cual implica perseguir el propósito de satisfacer la necesidad pública que originó dicha contratación; siendo que el costo de dichas prestaciones adicionales, en los contratos de servicios, se determina sobre la base de los términos de referencia y de las condiciones y precios pactados en el contrato, o en su defecto, por acuerdo entre las partes. 2.3. Por otro lado, es importante precisar que el artículo 18 del Reglamento [cfr. art. 39 del Nuevo Reglamento] establece que mediante un procedimiento de selección según relación de ítems, la Entidad, puede contratar bienes, servicios en general, consultorías u obras distintas pero vinculadas entre sí con montos individuales superiores a ocho Unidades Impositivas Tributarias (8 UIT), siempre que el órgano encargado de las contrataciones determine la viabilidad económica, técnica y/o administrativa de dicha posibilidad. Adicionalmente, el referido artículo menciona que “*Cada ítem constituye un procedimiento independiente dentro de un procedimiento principal al que se le aplica las reglas correspondientes al principal, con las excepciones previstas en el presente Reglamento*”. Como puede apreciarse en la literalidad de la norma, cuando se trate de contratos derivados de procesos de selección según relación de ítems, cada ítem constituye un procedimiento independiente dentro de un procedimiento principal. Ahora bien, en mérito al Principio de Eficacia y Eficiencia, cuando se trate de un mismo postor adjudicado con la buena pro en diversos ítems de un mismo procedimiento de selección, se puede suscribir un solo documento contractual, detallándose las obligaciones y responsabilidades de los sujetos a cada ítem. Así, se atribuye la responsabilidad de las partes del contrato a cada ítem en particular,

cuando varios ítems hubieran sido formalizados mediante un único documento; en esa medida, el hecho que en un mismo documento se perfeccione la relación entre la Entidad y el contratista respecto de varios ítems, no genera un único contrato, sino varios contratos formalizados mediante un “único documento”. 2.4. Efectuadas las precisiones anteriores, debe indicarse que, cuando se disponga la ejecución de prestaciones adicionales de determinado servicio correspondiente a un ítem incluido en un único documento contractual (que comprende a su vez otros ítems), debe analizarse las condiciones derivadas del ítem correspondiente y no respecto del documento que contiene en conjunto de ítems. Por tanto, en caso que un único documento contractual contenga diversos ítems, el monto máximo para la ejecución de prestaciones adicionales -que para el caso de servicios corresponde al veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original- se aplica respecto del monto del ítem individualmente considerado. (Opinión N.º 065-2018/DTN, de 16-05-2018, ff. 2.2 al 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KEMGhy>).

§ 581. Bajo el sistema de contratación de precios unitarios, para el caso de servicio y bienes, es factible la ejecución de prestaciones adicionales (art. 34.3). CONSULTA: 2.4. *“¿Procede ejecutar prestaciones adicionales, cuando por un hecho extraordinario durante la ejecución del contrato, habiendo incluso utilizado el sistema de precios unitarios, las cantidades referenciales de los servicios y bienes que se estimaron, no son suficientes para cumplir con la finalidad del contrato”*. 2.4.1. Si bien es cierto que el sistema de contratación de precios unitarios, en el caso de bienes y servicios, se emplea cuando la naturaleza de la prestación no permita conocer con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas, la potestad de la Entidad para determinar la procedencia y ordenar la ejecución de prestaciones adicionales de las originalmente establecidas, no se encuentra prevista en función al sistema de contratación que resulte aplicable por la naturaleza de las prestaciones; sino en función al objeto del contrato. 2.4.2. En virtud de lo señalado, bajo el sistema contratación de precios unitarios, para el caso de bienes y servicios, es factible la ejecución de prestaciones adicionales en tanto cumpla con lo establecido en el artículo 34 de la Ley y 139 del Reglamento [cfr. art. 157 del Nuevo Reglamento], es decir, sea de manera excepcional, exista sustento de ello por parte del área usuaria, máximo hasta el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, sea autorizado por el titular de la Entidad o funcionario competente y finalmente sea indispensable para alcanzar la finalidad del contrato. (Opinión N.º 043-2017/DTN, de 08-02-2017, ff. 2.4, 2.4.1 y 2.4.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rkAQ34>).

§ 582. A pesar de que el contrato suscrito entre la Entidad y el contratista sólo estaba referido al alquiler de camionetas, de ser necesario para alcanzar la finalidad pública de la contratación y previa sustentación, la Entidad puede requerir servicios adicionales hasta un 25% del monto del contrato original, los cuales pueden consistir en la inclusión de choferes (art. 34.3). Véase la jurisprudencia del artículo 157º del Nuevo Reglamento [§ 1724]. (Opinión N.º 153-2018/DTN, de 17-09-2018, ff. 2.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2P20Ytb>).

§ 583. Definición del contrato de seguros. No resulta posible que, a través de la ejecución de una prestación adicional, se extienda la cobertura de la póliza de seguros contratada por una Entidad (art. 34.3). Véase la jurisprudencia del artículo 157º del Nuevo Reglamento [§ 1732]. (Opinión N.º 022-2012/DTN, de 15-02-2012, ff. 2, 2.1, 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RQb6KY>).

§ 584. Es posible la ejecución de prestaciones adicionales en la contratación directa por la causal de proveedor único (art. 34.3). Véase la jurisprudencia del artículo 27º de la Ley [§ 511]. (Opinión N.º 116-2018/DTN, de 02-08-2018, f. 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DXUoly>).

NUMERAL 34.4

§ 585. Aprobación de la ejecución de prestaciones adicionales en obras contratadas bajo el sistema de suma alzada (art. 34.4). 2.1.2. [...] [En] las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, la Entidad solo puede aprobar la ejecución de prestaciones adicionales si los planos o especificaciones

técnicas fueron modificados durante la ejecución contractual, justamente, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato. (Opinión N.º 180-2015/DTN, de 27-11-2015, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2VTkz3o>).

§ 586. Aún en el supuesto de que el monto por la prestación adicional de obra sea igual al presupuesto de los deductivos vinculados, será requisito indispensable contar con la aprobación del Titular de la Entidad, pudiéndose prescindir de la obtención de un certificado de crédito presupuestario (art. 34.4). CONSULTA: 2.1. *“¿Es necesario acuerdo de Directorio para la aprobación de una prestación adicional con incidencia global de (0.00%), es decir el monto del deductivo es igual al monto del adicional?”*. [...] 2.1.3. Ahora bien, la consulta efectuada establece el supuesto en el cual luego de haber restado el presupuesto de los deductivos vinculados al adicional, da como resultado una incidencia de cero por ciento (0%) sobre el monto del contrato original, esto quiere decir que el monto del adicional resulta ser igual al monto de presupuesto de los deductivos vinculados. Al respecto, como se ha señalado en el numeral anterior, uno de los requisitos para la aprobación de prestaciones adicionales de obra por parte del Titular de la Entidad, es que sus montos, restándole los *“presupuestos deductivos vinculados”*, no superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original. En este punto, es importante indicar que atendiendo a lo señalado en opiniones anteriores, el término *“deductivo”* representa la valoración económica de las menores prestaciones de obra, constituyendo deducciones en el presupuesto o costo de la obra. De esta forma, los *“presupuestos deductivos vinculados”* representan una valoración económica o costo de las prestaciones de obra que, habiendo estado consideradas inicialmente en el contrato original, ya no se ejecutarán, al haber sido sustituidas por las prestaciones adicionales de obra a las que se vinculan directamente. En el supuesto materia de consulta, al darse el caso que el monto del adicional sea igual al monto del presupuesto de los deductivos vinculados, se observa que la ejecución de la prestación adicional no ocasiona un gasto adicional respecto del monto contractual a la Entidad, con lo cual la necesidad de contar con una certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal para su aprobación ya no tendría incidencia dentro del trámite de aprobación, toda vez que el pago por la ejecución de dicha prestación adicional ya estaría cubierto dentro del monto contractual. No obstante, como toda modificación contractual, se requiere de la aprobación del Titular de la Entidad, este es un requisito previsto en la normativa que resulta necesario cumplir; asimismo, es necesario tener presente, lo dispuesto por la Directiva N.º 001-2007-CG/OEA, sobre “Autorización previa a la Ejecución y Pago de Presupuestos Adicionales de Obra”, aprobada por Resolución de Contraloría N.º 369-2007-CG de fecha 01.11.2007, que precisando las normas antes reseñadas, dispone que: “V. DISPOSICIONES GENERALES. 3. Competencia para aprobación de presupuestos adicionales. La aprobación de los presupuestos adicionales de obra debe efectuarse mediante resolución del Titular de la Entidad o instancia competente según la normativa que corresponda. Tal decisión origina el reconocimiento de la necesidad de efectuar prestaciones adicionales de obra por un valor determinado, debiendo ser previa a la ejecución de las mismas, sin perjuicio de la liquidación final (...)” Asimismo, la citada Directiva de Contraloría, define al presupuesto adicional de obra, a efectos del control gubernamental, como “(...) la ejecución de trabajos complementarios y/o mayores metrados no considerados en las bases de la licitación o en el contrato respectivo, y que resultan indispensables para alcanzar la finalidad del contrato original.” Con relación al pago de presupuestos adicionales, la Directiva prescribe que sólo procede dicho pago cuando se destine a financiar los mayores costos que demande alcanzar la finalidad del contrato, que incluye la ejecución de mayores metrados; y siempre que estos costos se deriven de hechos que sean de naturaleza imprevisible, ocasionados por caso fortuito o fuerza mayor; o que hayan sido determinados por actos administrativos destinados a subsanar defectos en el expediente técnico. De las normas citadas se desprende que sólo será procedente la ejecución de obras adicionales cuando éstas sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato, que los hechos que motivan la obra adicional sean imprevisibles y que se cuente con la asignación presupuestal respectiva. [...] Así, pues, la disposición de la ejecución de prestaciones adicionales, es una potestad de la Administración Pública. En ese orden, la potestad del Estado para tal autorización implica la conjugación de dos (2) manifestaciones de voluntad: (i) la de la Entidad que contrató la ejecución de la obra y, (ii) la Contraloría General que determina de manera definitiva la procedencia de la autorización aprobada por la Entidad. En dicha medida, aún de darse el

caso que el monto por la prestación adicional de obra sea igual al presupuesto de los deductivos vinculados, generándose una incidencia de cero por ciento (0%) respecto del monto del contrato, si bien no se requerirá de la obtención de un certificado de crédito presupuestario o previsión presupuestal, siempre es requisito indispensable previo a su ejecución, contar con la aprobación del Titular de la Entidad, facultad que en el caso de la ejecución de prestaciones adicionales de obra es indelegable. (Opinión N.º 208-2016/DTN, de 29-12-2016, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CAC5lk>).

§ 587. La entidad debe evaluar si se ha configurado y justificado alguna de las causales contempladas en el artículo 197 del Reglamento, y si además se ha cumplido con el procedimiento previsto en el artículo 198 del mismo cuerpo normativo para aprobar la ampliación del plazo (art. 34.4). CONSULTA: 2.1. *¿La entidad debe denegar la solicitud de ampliación de plazo del contratista presentado directamente y dirigido a la entidad por trámite documentario, por no cumplir con el procedimiento de ampliación de plazo, según el artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, cuando debió ser dirigido y sustentado directamente al inspector o supervisor? [...] 2.1.2.* Sobre el particular, debe señalarse que el numeral 34.5 del artículo 34 de la Ley [cfr. art. 34.9 de la Ley vigente] establece que: *“El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento.”* (El subrayado es agregado). Por su parte, con respecto a la ampliación del plazo contractual de una obra, el artículo 169 del Reglamento [cfr. art. 197 del Nuevo Reglamento] establece que el contratista, ante situaciones ajenas a su voluntad que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud, puede solicitar la ampliación del plazo contractual por las siguientes causales: i) atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista; ii) cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de la prestación adicional de obra y iii) cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de los mayores metrados que no provengan de variaciones del expediente técnico de obra, en contratos a precios unitarios. Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado otorga al contratista el derecho a solicitar la ampliación del plazo de ejecución de obra cuando se produzcan situaciones ajenas a su voluntad *–principalmente, atrasos y/o paralizaciones– que afecten la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente*, con la finalidad de extender el plazo de ejecución de la obra y, de esta manera, reparar y equilibrar las condiciones inicialmente pactadas o adecuar el plazo de ejecución de obra a las modificaciones contractuales ordenadas por la Entidad. 2.1.3. Ahora bien, respecto del procedimiento a seguir, el numeral 170.1 del artículo 170 del Reglamento [cfr. art. 198 del Nuevo Reglamento] indica que para fines de la ampliación, el contratista, por intermedio de su residente debe anotar en el cuaderno de obra, el inicio y final de las circunstancias que a su criterio determinen la ampliación de plazo y de ser el caso, el detalle del riesgo no previsto, señalando su efecto y los hitos afectados o no cumplidos. Posteriormente, dentro de los quince (15) días siguientes de concluida la circunstancia invocada, el contratista o su representante legal solicita, cuantifica y sustenta su solicitud ante el inspector o supervisor de obra, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente. Como se aprecia, el referido artículo establece el procedimiento que debe seguirse para que la solicitud de ampliación de plazo resulte procedente, constituyendo una norma de naturaleza imperativa, lo que implica que el contratista no puede prescindir de tal formalidad. Asimismo, debe tomarse en cuenta que, conforme al artículo 159 del Reglamento [cfr. art. 186 de Nuevo Reglamento], tanto el inspector como el supervisor ejercen sus funciones de modo permanente y directo en obra. En tal sentido, es competencia de la Entidad definir si otorga la ampliación de plazo de obra solicitada por el contratista, debiendo, para ello, evaluar si se ha configurado y justificado alguna de las causales contempladas en el artículo 169 del Reglamento, y si además se ha cumplido con el procedimiento previsto en el artículo 170 del mismo cuerpo normativo, siendo que, para esto último, deberá verificar que el contratista cumpla con presentar y sustentar su solicitud directamente ante el inspector o supervisor de obra dentro del plazo establecido. (Opinión N.º 066-2018/DTN, de 16-05-2018, ff. 2.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zs3115>).

§ 588. Es posible el pago de los mayores gastos generales variables debidamente acreditados derivados de la ampliación de plazo producida por una paralización total de obra implica reconocer los gastos en los que el contratista hubiera incurrido como consecuencia de dicha paralización, es decir, aquellos gastos que efectivamente hubiera realizado durante el periodo en que los trabajos de ejecución de obra se encontraban detenidos (art. 34.4). [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. En el marco de lo previsto tanto por la anterior normativa de contrataciones del Estado como por la vigente, cuando la causal que origina una ampliación de plazo en un contrato de obra es la paralización total, la Entidad debe reconocer y pagar los mayores gastos generales variables en los que hubiera incurrido el contratista como consecuencia de la paralización, siempre que se encuentren debidamente acreditados y que formen parte de la estructura de gastos generales variables de su oferta económica (sistema a precios unitarios) o del valor referencial (sistema a suma alzada), según corresponda. 3.2. El pago de los mayores gastos generales variables debidamente acreditados derivados de la ampliación de plazo producida por una paralización total de obra implica reconocer los gastos en los que el contratista hubiera incurrido como consecuencia de dicha paralización, en otras palabras, aquellos gastos que efectivamente hubiera realizado durante el periodo en que los trabajos de ejecución de obra se encontraban detenidos. 3.3. A efectos de realizar el pago de los mayores gastos generales variables derivados del incremento del plazo, independientemente de los documentos presentados por el contratista, se debe verificar que estos últimos evidencien que, en efecto, se ha incurrido en mayores gastos generales variables como consecuencia de la ampliación del plazo de obra; en otras palabras, la documentación presentada debe demostrar de que el incremento del plazo ha generado mayores gastos generales variables al contratista. 3.4. La Entidad no puede desconocer el derecho a cobrar los mayores gastos generales variables derivados de una ampliación de plazo, por el hecho que el contratista no hubiera requerido su pago al momento de solicitar la ampliación, toda vez que ello implicaría una contravención del procedimiento regulado en el artículo 172 del Reglamento [cfr. art. 201 del Nuevo Reglamento]. (Opinión N.º 034-2018/DTN, de 15-03-2018, ff. 3, 3.1, 3.2, 3.3 y 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KFXXuT>).

§ 589. Alcances del concepto de “deductivos vinculados” (art. 34.4). Véase la jurisprudencia del artículo 205º del Nuevo Reglamento [§ 2014]. (Opinión N.º 076-2012/DTN, de 10-07-2012, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Q7p2LN>).

§ 590. La anotación en el cuaderno de obra no es la oportunidad en la que se debía detallar todas las partidas que se ejecutarían en la prestación adicional de obra (art. 34.4). Véase la jurisprudencia del artículo 198º del Nuevo Reglamento [§ 1982]. (Opinión N.º 037-2018/DTN, de 19-03-2018, ff. 2.1, 2.2, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Sed7go>).

NUMERAL 34.5

§ 591. La omisión de determinada información en el expediente técnico debe ser total para ameritar la aprobación de prestaciones adicionales de obra (art. 34.5). 2.4. Ahora bien, de acuerdo con el criterio desarrollado en la Opinión N.º 014-2015/DTN una deficiencia del expediente técnico puede presentarse cuando los documentos que lo componen no cumplen con definir adecuadamente las características, alcance y la forma de ejecución de la obra, así como tampoco describen adecuadamente las condiciones del terreno, pudiendo identificarse una deficiencia en un expediente técnico cuando dentro de este no se encuentre información suficiente, coherente o técnicamente correcta para determinar el alcance de las prestaciones que se deben ejecutar. Respecto de este punto, en esa misma opinión, se precisó que si bien la omisión de determinada información en alguno de los documentos que forman parte del expediente técnico se podría considerar una deficiencia del expediente técnico, dicha falta de información debe ser total, es decir no debe constar dentro de ninguno de los otros documentos que forman parte del expediente técnico de obra. De ser este el caso, cuando la información faltante se encuentra en algún otro documento, no podría originarse la aprobación de una prestación adicional de obra pues, como lo indica su propia definición, una prestación adicional de obra es “Aque-lla *no considerada en el expediente técnico*, ni en el contrato original (...)”. (El resaltado es agregado). A

ello debe agregarse que los documentos que integran el expediente técnico se deben interpretar en conjunto, por lo que cualquier omisión en alguno de sus documentos debe atenderse con la información contenida en los otros documentos que forman parte de dicho expediente. (Opinión N.º 038-2017/DTN, de 07-02-2017, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rjnRig>).

§ 592. **En un contrato de obra bajo la modalidad de llave en mano que incluía la elaboración del expediente técnico, podrían aprobarse prestaciones adicionales cuando la Entidad requería modificar las características técnicas o las condiciones originales de ejecución de obra, en casos de emisión o modificación de normas de obligatorio cumplimiento (art. 34.5).** CONSULTA: “*En el caso de un contrato de obra cuyo sistema de contratación es a suma alzada y bajo la modalidad de ejecución llave en mano, el cual incluye elaboración del expediente técnico de la obra y que durante dicha elaboración se obtiene un valor referencial mayor al contratado, por causas no imputables a las partes a consecuencia de un hecho posterior a la contratación como puede ser la modificación de una norma técnica de construcción. (...) Por lo que, al existir duda en cuanto al procedimiento de aprobación de un adicional por incremento del valor referencial durante la elaboración del expediente técnico, por causas no imputables a las partes, en un contrato de obra a suma alzada y bajo la modalidad de ejecución llave en mano, solicitamos se sirva nos absuelva la consulta planteada.*” [...] 2.5. Precisando a lo anterior, conforme al criterio desarrollado en la Opinión N.º 97-2014/DTN, los contratos de obra bajo la modalidad de llave en mano que incluían la elaboración del expediente técnico debían ejecutarse bajo el sistema a suma alzada; siendo que, para dichos contratos, la potestad de aprobar prestaciones adicionales se reducía a aquellas situaciones en las que, con el fin de alcanzar la finalidad del contrato, la Entidad requería modificar las características técnicas y/o condiciones originales de ejecución de la obra establecidas en las Bases, pues los planos y especificaciones técnicas definitivas no formaban parte de los documentos del proceso de selección, toda vez que su elaboración conformaba una de las prestaciones del contratista durante la ejecución del contrato. Adicionalmente, cabe señalar que de conformidad con la Opinión citada en el párrafo precedente, aun cuando el segundo párrafo del numeral 41.2 del artículo 41 de la anterior Ley [cfr. art. 34 de la Ley vigente] permitía a las Entidades aprobar prestaciones adicionales de obra por deficiencias o errores del expediente técnico, dicha prerrogativa no resultaba aplicable a las obras convocadas bajo la modalidad llave en mano que incluían la elaboración del expediente técnico de obra, dado que en ellas, el contratista era proyectista y ejecutor de obra a la vez, por lo que contraía entera responsabilidad de su diseño, debiendo asumir económicamente los errores que se hubieran advertido en él. Por tanto, en un contrato de obra bajo la modalidad de llave en mano que incluía la elaboración del expediente técnico, ejecutado bajo el sistema a suma alzada, la potestad de aprobar prestaciones adicionales para la elaboración del expediente técnico y/o para la construcción, equipamiento y montaje hasta la puesta en servicio de la obra, se reducía a aquellas situaciones en las que, para alcanzar la finalidad del contrato, la Entidad requería modificar las características técnicas y/o las condiciones originales de ejecución de la obra establecidas en el contrato, situación que podía tener su origen en la emisión o modificación de normas de obligatorio cumplimiento. Al respecto, debe indicarse que el procedimiento y los límites aplicables a la aprobación de prestaciones adicionales en contratos de obra bajo la modalidad de llave en mano que incluían el expediente técnico como parte de las prestaciones del contratista, se realizaban en función a cada prestación involucrada. (Opinión N.º 003-2017/DTN, de 04-01-2017, f. 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ACcyGi>).

NUMERAL 34.6

§ 593. **Las variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de la obra autorizadas por la Entidad, en algunos casos no generan la necesidad de ejecutar prestaciones adicionales de supervisión, toda vez que las labores de supervisión efectiva pueden ser ejecutadas en la misma proporción que lo inicialmente pactado; debiendo verificarse en todo caso que la variación del plazo implique la ejecución de prestaciones adicionales en la supervisión (art. 34.6).** CONSULTA: 2.1. “*En relación con la figura de los adicionales de supervisión de obras regulada en el primer párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley -específicamente en lo relacionado con el extremo que precisa que los adicionales de supervisión se*

pueden dar por “variaciones en el plazo o retraso en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la entidad, y siempre que impliquen prestaciones adicionales en la supervisión”- sírvase aclarar si en todos los casos en los que se producen variaciones en el plazo o retraso en el ritmo de trabajo de la obra se estarían generando indefectiblemente prestaciones adicionales de supervisión, o es necesario verificar también que dichas impliquen prestaciones adicionales; ello por cuanto en la Opinión N.º 180-2016/DTN (Numeral 3.4) aparentemente se da a entender que bastaría con que, en los casos distintos a adicionales de obra se generen variaciones en el plazo o ritmo de la obra para que se ejecuten o se les de tratamiento de adicionales en el contrato de supervisión.” [...] 2.2. “Sírvase precisar si las ampliaciones de plazo en un contrato de supervisión de obra constituyen prestaciones adicionales de supervisión, de conformidad con el numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley, o, por el contrario, deben ser tratados como simples ampliaciones de plazo reguladas en el artículo 34.5 de la Ley y el artículo 140 del Reglamento [cfr. art. 158 del Nuevo Reglamento].” [...] 2.3. “En el entendido que las ampliaciones de plazo en los contratos de supervisión de obras no son prestaciones adicionales, precisar si existe algún porcentaje como límite para poder ser autorizadas por el Titular de la Entidad, es decir, si a dichas ampliaciones de plazo les resulta aplicable el límite del 15% del monto contratado de la supervisión establecido en el numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley, en virtud del cual en el caso de superarse dicho límite se requiere de la autorización, previa al pago, por parte de la Contraloría General de la República.” [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Las variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de la obra autorizadas por la Entidad (distintas a los adicionales de obra), reguladas en el primer párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley, en algunos casos no generan la necesidad de ejecutar prestaciones adicionales de supervisión, toda vez que las labores de supervisión efectiva pueden ser ejecutadas en la misma proporción que lo inicialmente pactado; debiendo verificarse en todo caso que la variación del plazo implique la ejecución de prestaciones adicionales en la supervisión. 3.2. En aquellos casos en los que las variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de la obra autorizadas por la Entidad (distintas a los adicionales de obra) únicamente impliquen que el periodo de permanencia del supervisor en la obra se incremente (realizando sus actividades en la misma proporción que lo inicialmente pactado), no corresponderá aprobar la ejecución de prestaciones adicionales de supervisión sino la ampliación de plazo del contrato. 3.3. Cuando las variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de la obra autorizadas por la Entidad (distintas a los adicionales de obra) no involucren prestaciones adicionales en la supervisión y sólo impliquen que el periodo de permanencia del supervisor en la obra se incremente (realizando sus actividades en la misma proporción que lo inicialmente pactado) y -por consiguiente- corresponda aprobar la ampliación de plazo del contrato de supervisión; no resultará aplicable el límite fijado en el primer párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley ni la obligación prevista en dicho dispositivo de contar con la autorización de la Contraloría General de la República. (Opinión N.º 044-2018/DTN, de 09-04-2018, ff. 2.1, 2.2, 2.3, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Q3r6ZR>).

§ 594. Las variaciones en el plazo o ritmo de trabajo, sólo generaran la necesidad de ejecutar prestaciones adicionales de supervisión, si es que tales variaciones originan la necesidad de ejecutar prestaciones no contempladas en el contrato original. La ejecución de prestaciones de supervisión “en la misma proporción” implica que las labores del supervisor sean aquellas contempladas en el contrato original (art. 34.6). CONSULTA I: 2.1. “Considerando que de conformidad con lo establecido en la Opinión N.º 044-2018/DTN [§ 593], las variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de obra autorizadas por la Entidad (distintas a los adicionales de obra) reguladas en el primer párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley [cfr. art. 34.6 de la Ley vigente], no necesariamente generan la necesidad de ejecutar prestaciones adicionales de supervisión, toda vez que las labores de supervisión efectiva ‘pueden ser ejecutadas en la misma proporción que lo inicialmente pactado’, ¿En qué casos se debe considerar que se genera una prestación adicional de la supervisión cuando se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, distintos a los de adicionales de obras? En este mismo sentido, en caso se extienda el plazo del contrato de supervisión por atrasos en la obra, donde exista supervisión efectiva pero de los mismos trabajos inicialmente pactados y donde no se evidencien mayores trabajos de la supervisión ¿estaríamos ante un supuesto de prestaciones adicionales de supervisión, o únicamente correspondería ampliar el plazo de dicho contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 140 del Reglamento [cfr. art. 158 del Nuevo Reglamento]?” [...] 2.1.3. En esa línea, el primer párrafo del numeral 34.4 del

artículo 34 de la Ley establece que “Respecto a los servicios de supervisión, cuando en los casos distintos a los de adicionales de obras, se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen prestaciones adicionales en la supervisión que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, el Titular de la Entidad puede autorizarlas, [...] (El subrayado y resaltado son agregados). Como se aprecia, de conformidad con lo señalado por la normativa de contrataciones del Estado, las variaciones en el plazo de la obra o en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad (distintas a los adicionales de obra), pueden generar la necesidad de aprobar prestaciones adicionales en el contrato de supervisión; en otras palabras, dichas variaciones no siempre originan la necesidad de ejecutar prestaciones adicionales de supervisión de obra, toda vez que las labores de control efectivo -en algunos casos- pueden ser realizadas en la misma proporción que lo inicialmente pactado. **2.1.4.** En este punto -y en el marco de lo establecido en el numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley-, es importante señalar que el Anexo Único del Reglamento “Anexo de Definiciones” señala que la “Prestación adicional de supervisión de obra” es “(...) Aquella no considerada en el contrato original, pero que, por razones que provienen del contrato de obra, distintas de la ampliación de obra, resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento al contrato de supervisión; y aquellas provenientes de los trabajos que se produzcan por variaciones en el plazo de obra o en el ritmo de trabajo de obra.” (El subrayado es agregado). Como se advierte de una lectura integral de la Ley y del Reglamento, a efectos de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales de supervisión como consecuencia de variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, es menester verificar que estos eventos originen la necesidad de ejecutar prestaciones no contempladas en el contrato original. [...] CONSULTA 2: **2.2.** “De conformidad con lo establecido en la Opinión N.º 044-2018/DTN [§ 593], ¿Qué se debe entender por labores de supervisión efectiva ejecutadas en ‘la misma proporción’ que lo inicialmente pactado?” **2.2.1.** [...] [La] ejecución de prestaciones de supervisión “en la misma proporción” que lo inicialmente pactado, implica que las labores de control llevadas a cabo por el supervisor de obra sean aquellas contempladas en el contrato original. (Opinión N.º 155-2018/DTN, de 19-09-2018, ff. 2.1, 2.1.3, 2.1.4, 2.2 y 2.2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DRq5wW>).

§ 595. Las causales, procedimiento y consecuencias económicas establecidas para una ampliación de plazo en el Reglamento no son aplicables al contrato de supervisión de obra (art. 34.6). Véase la jurisprudencia del artículo 158º del Nuevo Reglamento [§ 1748]. (Opinión N.º 154-2016/DTN, de 12-09-2016, ff. 2.1, 2.1.4 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CtflTO>).

§ 596. Para la adecuación del plazo del contrato de supervisión a las variaciones en el plazo o en el ritmo de trabajo de la obra, en situaciones distintas a las de adicionales de obra, no son aplicables las causales, procedimientos y consecuencias económicas establecidas para la ampliación del plazo contractual (art. 34.6). Véase la jurisprudencia del artículo 158º del Nuevo Reglamento [§ 1739]. (Opinión N.º 221-2017/DTN, de 09-10-2017, ff. 3.1 al 3.5. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MnpuW1>).

NUMERAL 34.7

§ 597. Los pagos que se realizan al contratista cuando se amplía el plazo del contrato de supervisión no están sujetos a la limitación del 15%, la cual si es aplicable a las prestaciones adicionales de supervisión como consecuencia de variaciones en el plazo de la obra o ritmo de trabajo de la obra (art. 34.7). CONSULTA: **2.3.** “¿Cuáles son las consecuencias económicas que deben considerarse para la ampliación del plazo del contrato de supervisión de obra derivado de variaciones en el plazo o ritmo del trabajo de la obra, distintas a las prestaciones adicionales de obra, que no impliquen prestaciones adicionales de la supervisión sino únicamente la extensión del plazo de su contrato? ¿Debe pagarse considerando lo establecido en el artículo 140 del Reglamento? ¿este pago estaría condicionado al límite del 15%?” [...] **2.3.2.** Efectuada la precisión anterior, debe señalarse que el primer párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley [cfr. art. 34.6 de la Ley vigente] establece que las prestaciones adicionales de supervisión generadas como consecuencia de variaciones en el plazo de la obra o ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Enti-

dad (distintas a los adicionales de obra), se encuentran sujetas a un límite del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, correspondiendo solicitar la autorización -previa al pago- de la Contraloría General de la República únicamente cuando se supere dicho porcentaje. Como se aprecia, el límite porcentual previsto por el primer párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley (quince por ciento del monto contratado de la supervisión) se aplica a las prestaciones adicionales de supervisión generadas como consecuencia de variaciones en el plazo de la obra o ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad (distintas a los adicionales de obra), mas no a los pagos que -según la tarifa pactada o procediendo al amparo de lo previsto en el artículo 140 del Reglamento [cfr. art. 158 del Nuevo Reglamento] - se deben realizar al contratista cuando se amplía el plazo del contrato de supervisión de obra sin que ello conlleve prestaciones adicionales de supervisión. (Opinión N.º 155-2018/DTN, de 19-09-2018, ff. 2.3 y 2.3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DRq5wW>).

NUMERAL 34.9

§ 598. Tanto el supervisor -o inspector- y la Entidad deben emitir opinión y pronunciamiento, respecto a los hechos y el sustento contenidos en la solicitud de ampliación de plazo presentados por el contratista dentro del plazo previsto en la normativa (art. 34.9). CONSULTA: 2.3. “¿El Supervisor o inspector y/o el coordinador de obra de la entidad pueden en sus opiniones técnicas sobre una solicitud de ampliación de plazo de obra, cambiar la causal invocada por el Contratista, a fin de emitir su opinión favorable sobre dicha solicitud?”. [...] [Debe] señalarse que tanto en la regulación anterior como en la vigente se establecen los supuestos por los cuales el contratista puede solicitar ampliación de plazo en los contratos de ejecución de obras, siendo responsabilidad del contratista cuantificar y sustentar su solicitud. En ese orden de ideas, puede concluirse que corresponde tanto a la Entidad y al supervisor -o inspector- evaluar dicha solicitud y analizar, si los hechos y el sustento presentados por el contratista configuran la causal invocada para así poder aprobar su solicitud. En consecuencia, tanto el supervisor -o inspector- y la Entidad deben emitir opinión y pronunciamiento, respectivamente, respecto a los hechos y el sustento contenidos en la solicitud de ampliación de plazo presentados por el contratista dentro del plazo previsto en la normativa; siendo que, de no emitirse pronunciamiento y no exista opinión del supervisor o inspector (según el numeral 170.3 del artículo 170 del Reglamento [cfr. art. 198 del Nuevo Reglamento]), se tendrá por aprobada la ampliación. (Opinión N.º 074-2018/DTN, de 30-05-2018, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ByI35N>).

§ 599. Al aprobarse la ampliación del plazo contractual, también se reconoce la ocurrencia del evento generador del atraso o paralización, y la suspensión del contrato desde el inicio de tal evento, aun cuando la solicitud de ampliación sea posterior al término del plazo originalmente pactado (art. 34.9). Véase la jurisprudencia del artículo 197º del Nuevo Reglamento [§ 1976]. (Opinión N.º 055-2011/DTN, de 10-05-2011, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CZ5TIo>).

§ 600. La solicitud ampliación de plazo debe estar adecuadamente acreditada y sustentada por el contratista y en esta se debe cuantificar el plazo adicional que resulte necesario para culminar su prestación (art. 34.9). Véase la jurisprudencia del artículo 197º del Nuevo Reglamento [§ 1974]. (Opinión N.º 074-2018/DTN, de 30-05-2018, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ByI35N>).

§ 601. Durante la etapa de ejecución contractual no es posible cambiar el periodo de valorización establecido en las Bases Integradas (art. 34.9). Véase la jurisprudencia del artículo 194º del Nuevo Reglamento [§ 1970]. (Opinión N.º 021-2017/DTN, de 31-01-2017, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BRVE8t>).

NUMERAL 34.10

§ 602. Modificación convencional del contrato (art. 34.10). CONSULTA: 2.1. “¿Existe límite permitido porcentual respecto del monto original del contrato, para realizar una modificación convencional

a éste?”. [...] 2.2. “¿Cuáles son los elementos determinantes esenciales del objeto contractual, que permita realizar la modificación convencional del contrato?”. CONCLUSIONES: 3.1. [...] [La] Ley establece que las partes pueden convenir la realización de “modificaciones convencionales al contrato”, siempre que: i) no hayan resultado 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; debiendo cumplirse, para tal efecto, los requisitos y formalidades previstos en la normativa de contrataciones del Estado. 3.2. 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” y “reducciones”-, para la aprobación de una “modificación convencional al contrato” que implique la variación del precio del contrato; corresponde a la Entidad cautelar que las prestaciones y derechos de las partes guarden una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, en atención a las facultades que le corresponden en la gestión del interés general. 3.3. Los elementos determinantes y/o esenciales a los que hacen alusión los artículos 34-A de la Ley [cfr. art. 34.10 de la Ley] y 142 del Reglamento [cfr. art. 160 del Nuevo Reglamento], son aquellos elementos sustanciales en virtud de los cuales se establece el objeto de contratación; los cuales no pueden ser cambiados con ocasión de una modificación convencional al contrato. (Opinión N.º 090-2018/DTN, de 20-06-2018, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zwcTu9>).

§ 603. Una modificación convencional al contrato es aquella que puede ser acordada por las partes cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, siempre que dicha modificación derive de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato no imputables a las partes. Las modificaciones convencionales realizadas el contrato deben registrarse en el SEACE, según el plazo dispuesto por Directiva (art. 34.10). CONSULTA: 2.1. “¿El hecho sobreviniente al perfeccionamiento aludido en el artículo 34-A de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 34 de la Ley vigente], y en el artículo 142º de su Reglamento [cfr. art. 160 del Nuevo Reglamento], está referido a la ocurrencia de un evento de caso fortuito o fuerza mayor?” [...] 2.2. “¿Cómo se define una modificación convencional al contrato?”. [...] 2.3. “¿Cuál es el procedimiento para el trámite de una modificación no convencional del contrato?” [...] 2.4. “El artículo 34-A de la Ley de Contrataciones del Estado señala que para que operen las modificaciones convencionales al contrato no debe variar los “elementos determinantes del objeto”; no obstante el artículo 142º de su Reglamento señala que no debe variar los “elementos esenciales del objeto”. ¿En qué se diferencian estas afirmaciones?” [...] 2.5. “El numeral 5 de artículo 142 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que para que operen las modificaciones previstas en el artículo 34-A de la Ley, debe cumplirse con el registro en el SEACE de la adenda correspondiente, conforme a lo establecido por el OSCE; sin embargo, en cuanto a la publicación de dicho documento ¿aplica el plazo de publicación señalado en el literal f) sección X de la Directiva N.º 008-2017-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 007-2019-OSCE/CD (D-007)]?” [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. En el marco de lo dispuesto en los artículos 34-A de la Ley y 142 del Reglamento, el hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato no imputable a las partes, puede sustentarse -entre otros supuestos- sobre la base de un “caso fortuito o fuerza mayor” ocurrido después de haberse perfeccionado dicho contrato. 3.2. Conforme a la normativa de contrataciones del Estado, una modificación convencional al contrato es aquella que puede ser acordada por las partes cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, siempre que dicha modificación derive de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato no imputables a las partes, a fin de permitir alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, sin cambiar los elementos determinantes del objeto de la contratación. 3.3. Los términos “determinante” y “esencial” contemplados en los artículos 34-A de la Ley y 142 del Reglamento -respectivamente-, se encuentran referidos a una misma condición, a efectos de operar la modificación convencional al contrato: que no se cambien los elementos sustanciales en virtud de los cuales se estableció el objeto de la contratación. 3.4. Considerando que las modificaciones convencionales al contrato se enmarcan en la fase de ejecución contractual, el plazo previsto para registrar la información derivada de dichas modificaciones en el SEACE, debe efectuarse en un

plazo no mayor de diez (10) días hábiles de su aprobación; conforme a lo establecido en el literal f) del acápite X de la Directiva N.º 008-2017-OSCE/CD, el mismo que regula el registro de los contratos y su ejecución en el SEACE. (Opinión N.º 269-2017/DTN, de 27-12-2017, ff. 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 3, 3.1, 3.2, 3.3 y 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2A3xAxP>).

§ 604. Toda modificación convencional al contrato debe fundamentarse en un hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato y que no sea imputable a alguna de las partes, incluso si el contratista ofrece mejoras en los bienes o servicios (art. 34.10). CONSULTA: 2.1. *“¿Puede la Entidad modificar un contrato cuando dicha modificación no obedezca a hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato no imputables a alguna de las partes, pero el proveedor ofrezca mejoras en los bienes y servicios que permiten cumplir la finalidad del contrato sin mayor contraprestación a cambio?”*. [...] 3. CONCLUSIÓN. La modificación del contrato -a que se refiere el artículo 34 - A de la Ley [cfr. art. 34.10 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. (Opinión N.º 132-2017/DTN, de 09-06-2017, ff. 2.1 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SzZicu>).

§ 605. Las solicitudes correspondientes para el otorgamiento del adelanto para materiales e insumos deben ser realizadas con anterioridad a las fechas señaladas en el calendario de adquisición, además de otras condiciones. Modificaciones convencionales al contrato (art. 34.10). Véase la jurisprudencia del artículo 182º del Nuevo Reglamento [§ 1929]. (Opinión N.º 196-2018/DTN, de 10-12-2018, ff. 2, 2.1, 2.2, 2.3, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T8FXzE>).

REMISIÓN

§ 605a. Sobre las modificaciones del contrato. Véase también la jurisprudencia de los artículos 157º ss. del Nuevo Reglamento [§ 1721 ss.].

Artículo 35: Subcontratación

35.1 El contratista puede subcontratar, previa autorización de la Entidad, la ejecución de determinadas prestaciones del contrato hasta el porcentaje que establezca el reglamento, salvo prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección.

35.2 No se puede subcontratar las prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista.

35.3 Para ser subcontratista se requiere contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) no estar impedido, inhabilitado ni suspendido para contratar con el Estado.

35.4 El contratista mantiene la responsabilidad por la ejecución total de su contrato frente a la Entidad.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341)

OPINIONES DEL OSCE

§ 606. Alcances de la subcontratación. 2.1. [...] [El] contratista puede subcontratar algunas de las prestaciones previstas en el contrato, siempre que dicha subcontratación no se encuentre prohibida por los documentos del procedimiento de selección y cuente con autorización previa de la Entidad. Asimismo, de acuerdo con el artículo 124 del Reglamento [cfr. art. 147 del Nuevo Reglamento], solo se puede subcontratar por un máximo del cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original, no pudiendo ser objeto de subcontratación aquellas prestaciones esenciales que se encuentran vinculadas



a los aspectos que determinaron la selección del contratista. De igual forma, es importante precisar que la subcontratación no enerva la responsabilidad del contratista, pues conforme a lo previsto en el cuarto párrafo del artículo 35 de la Ley, este (...) mantiene la responsabilidad por la ejecución total de su contrato frente a la Entidad." Para estos efectos, debe tenerse presente que el subcontrato es un contrato derivado y dependiente de otro anterior de la misma naturaleza (contrato base o principal), en virtud del cual uno de los contratantes, en vez de ejecutar personalmente la obligación a su cargo, decide contratar a un tercero para que realice dicha ejecución, en cumplimiento del contrato base o principal. [...]. **2.2.** Ahora bien, es preciso diferenciar la subcontratación de otras figuras contractuales próximas y muy usuales en el ámbito de las contrataciones. Sobre el particular, Roberto Dromi señala que *"No todo convenio celebrado por el contratista con un tercero, respecto del cumplimiento del contrato principal, implica un subcontrato, ni menos aún una cesión. Así, no son subcontratos los acuerdos que el contratista realice con terceros para proveerse de fondos que faciliten la ejecución del contrato, o con las personas que trabajan a destajo, o con sus proveedores"*. Así, existe un conjunto de contratos de diversa naturaleza y objeto que el contratista puede realizar con personas naturales o jurídicas para proveerse a sí mismo de los medios necesarios para cumplir con las prestaciones a su cargo frente a una Entidad que no tienen la naturaleza de subcontratos. Por ejemplo, los préstamos para proveerse de fondos para afrontar la obra, la contratación de personal para realizar las prestaciones, la adquisición de equipos que serán suministrados a la entidad o las materias primas para producir el bien requerido por la otra parte, entre otros. En virtud de lo señalado anteriormente, se tiene que los contratos que pueda o deba realizar el contratista para cumplir con las prestaciones a su cargo, en principio, no constituyen una modalidad de subcontrato, sino la actividad ordinaria del contratista para poder cumplir con dichas prestaciones. Esta posición ha sido confirmada por el Tribunal de Contrataciones en la Resolución N.º 608-2004-TC-SU, en la que estableció que no constituye subcontratación, aunque las partes así lo hubieren denominado, al contrato de aprovisionamiento de maquinarias y equipos para la ejecución de la obra si la prestación fue ejecutada directamente por el contratista. Consecuentemente, el contrato de arrendamiento de bienes que van a ser empleados en la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista no constituye subcontratación, en la medida que el tercero arrendador no ejecute alguna de las prestaciones objeto del contrato entre la Entidad y el contratista. [...]. **3.1.** En el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la subcontratación implica que un tercero ejecute parte de las prestaciones a las que se obligó el contratista frente a la Entidad, entendiéndose por "tercero" a una persona, natural o jurídica, necesariamente distinta a las partes conformantes de la relación contractual; es decir, una persona distinta del contratista. **3.2.** El contrato de arrendamiento de bienes que van a ser empleados en la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista no constituye subcontratación, en la medida que el tercero arrendador no ejecute alguna de las prestaciones objeto del contrato entre la Entidad y el contratista. **3.3.** Mediante la cesión se transfiere la titularidad de un crédito a un tercero ajeno a la relación obligacional de la cual dicho crédito es objeto; en esta medida, una cesión de derechos no puede constituir un supuesto de subcontratación. (Opinión N.º 108-2016/DTN, de 15-07-2016, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QXM7VE>).

§ 607. El arrendamiento de bienes que van a ser empleados en la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista no constituye subcontratación, siempre que el tercero arrendador no ejecute alguna de las prestaciones objeto del contrato entre la Entidad y el contratista. CONSULTA: *"¿Se considera dentro de los alcances de la definición de subcontratación al arrendamiento de bienes o la cesión de derechos que contrate una empresa con un tercero, a efectos de que dicha empresa participe en un proceso de selección?"* **2.2.** Ahora bien, es preciso diferenciar la subcontratación de otras figuras contractuales próximas y muy usuales en el ámbito de las contrataciones. Sobre el particular, Roberto Dromi señala que *"No todo convenio celebrado por el contratista con un tercero, respecto del cumplimiento del contrato principal, implica un subcontrato, ni menos aún una cesión. Así, no son subcontratos los acuerdos que el contratista realice con terceros para proveerse de fondos que faciliten la ejecución del contrato, o con las personas que trabajan a destajo, o con sus proveedores"*. Así, existe un conjunto de contratos de diversa naturaleza y objeto que el contratista puede realizar con personas naturales o jurídicas para proveerse a sí mismo de los medios necesarios para cumplir con las prestaciones a su cargo frente a una Entidad

que no tienen la naturaleza de subcontratos. Por ejemplo, los préstamos para proveerse de fondos para afrontar la obra, la contratación de personal para realizar las prestaciones, la adquisición de equipos que serán suministrados a la entidad o las materias primas para producir el bien requerido por la otra parte, entre otros. En virtud de lo señalado anteriormente, se tiene que los contratos que pueda o deba realizar el contratista para cumplir con las prestaciones a su cargo, en principio, no constituyen una modalidad de subcontrato, sino la actividad ordinaria del contratista para poder cumplir con dichas prestaciones. Esta posición ha sido confirmada por el Tribunal de Contrataciones en la Resolución N.º 608-2004-TC-SU, en la que estableció que no constituye subcontratación, aunque las partes así lo hubieren denominado, al contrato de aprovisionamiento de maquinarias y equipos para la ejecución de la obra si la prestación fue ejecutada directamente por el contratista. Consecuentemente, el contrato de arrendamiento de bienes que van a ser empleados en la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista no constituye subcontratación, en la medida que el tercero arrendador no ejecute alguna de las prestaciones objeto del contrato entre la Entidad y el contratista. (Opinión N.º 108-2016/DTN, de 15-07-2016, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QXM7VE>).

§ 608. La subcontratación prevista para los contratos regulados en la normativa de contrataciones del Estado no es aplicable a los convenios de colaboración y otros de naturaleza análoga, sin embargo, las Entidades intervinientes podrían tercerizar determinadas actividades que deban ser pagadas con cargo a fondos públicos. CONSULTA: 2.1. *“desarrolle la temática referida a los Convenios de Colaboración como supuesto de inaplicación de la normativa de contratación pública (...) ¿Existiría la posibilidad de que la parte a cargo de la prestación del bien, servicio u obra, pudiera subcontratar, una actividad que se entiende, es propia de su función y que por Ley le corresponde?” [...] 2.1.5.* De otro lado, en los contratos regulados por la normativa de contrataciones del Estado se ha previsto la posibilidad de que el contratista permita a un tercero, ajeno a la relación contractual que existe con la Entidad, ejecutar las prestaciones a su cargo. Así, respecto a la subcontratación el artículo 35 de la Ley establece que *“El contratista puede subcontratar, previa autorización de la Entidad, la ejecución de determinadas prestaciones del contrato, salvo prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección”*. Además, el cuarto párrafo del citado artículo señalaba que *“El contratista mantiene la responsabilidad por la ejecución total de su contrato frente a la Entidad”*. Como se advierte, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la subcontratación implica que un “tercero” ejecute parte de las prestaciones a las que se obligó el contratista frente a la Entidad, entendiéndose por “tercero” a una persona, natural o jurídica, necesariamente distinta a las partes conformantes de la relación contractual; es decir, una persona distinta al contratista. Asimismo, como se desprende del artículo citado, únicamente puede subcontratar aquel que tiene la calidad de “contratista”, es decir, quien -dentro de un procedimiento de selección y en virtud de éste- ha ganado la buena pro y ha suscrito un contrato con una Entidad. [...] 2.1.7. Dicho lo anterior, debe señalarse que, las Entidades pueden celebrar distintos tipos de acuerdos, los mismos que pueden distinguirse por la finalidad perseguida por las partes con su celebración. Así, los contratos regulados por la normativa de contrataciones del Estado difieren de los convenios en el fin lucrativo y en las prestaciones que las Entidades involucradas se comprometen. En esa medida, la subcontratación prevista para los contratos regulados en la normativa de contrataciones del Estado no es aplicable a los convenios de colaboración y otros de naturaleza análoga; no obstante, las Entidades intervinientes en los mencionados convenios podrían tercerizar determinadas actividades -brindar bienes, prestar servicios o ejecutar obras que deban ser pagos con fondos públicos- derivadas de los mismos, observando las disposiciones de la Ley y de su Reglamento. (Opinión N.º 176-2016/DTN, de 07-11-2016, ff. 2.1, 2.1.5 y 2.1.7. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Q37f8m>).

§ 609. La subcontratación implica que un “tercero”, que puede ser una persona natural o jurídica, ejecute parte de las prestaciones a las que se obligó el contratista frente a la Entidad. CONSULTA: 2.1. *“¿Cuál es el sentido que se le otorga al término “subcontratación con terceros”, en el caso que el contratista este conformado por un Consorcio? ¿El término “terceros” alcanza también a los miembros del Consorcio contratista? ¿Si la subcontrata se realiza a un consorcio formado al 50% por uno de los socios del consorcio ganador, se consideraría también subcontratación por todo el importe?” [...] 2.1.2.*

[...] [Se] advierte que, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la subcontratación implica que un “tercero” ejecute parte de las prestaciones a las que se obligó el contratista frente a la Entidad, entendiéndose por “tercero” a una persona, natural o jurídica, necesariamente distinta a las partes conformantes de la relación contractual; es decir, una persona distinta al contratista. Dicha precisión también debe aplicarse cuando el contratista sea un consorcio pues, si bien el consorcio es distinto de sus integrantes, estos no son ajenos a la relación contractual, sino que forman parte del consorcio contratista. Por tanto, no resulta válida la subcontratación del consorcio con alguno de sus integrantes, así como con otro consorcio conformado por alguno de ellos, dado que estos son parte del contrato celebrado con la Entidad y no son terceros ajenos a esta relación contractual. (Opinión N.º 048-2012/DTN, de 19-03-2012, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2GwfoZW>).

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 610. La obligación de solicitar la aprobación de la Entidad para subcontratar se encuentra a cargo del contratista principal y no a cargo del subcontratista. Observación N.º 01. De lo anterior puede apreciarse, en primer lugar, que la autorización de subcontratar debe ser otorgada por la Entidad y no por el CONSUCODE; adicionalmente, se aprecia que la obligación de solicitar la aprobación de la Entidad para subcontratar se encuentra a cargo del contratista principal y no a cargo del subcontratista, precisándose, inclusive, que aquél es el único responsable de la ejecución total del contrato frente a la Entidad. En buena cuenta, la suscripción de un subcontrato no crea para el subcontratista ninguna relación con la Entidad para la que se ejecuta la obra (ya que es el contratista el que mantiene el íntegro de la responsabilidad respecto de la correcta ejecución de ésta) ni le genera la obligación de solicitar a la Entidad que apruebe la subcontratación (dicha obligación también se encuentra a cargo del contratista). (Pronunciamento N.º 318-2005/GTN, de 10-12-2005, Observación N.º 01. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HEXPRL>).

REMISIÓN

§ 611. Sobre la subcontratación. Véase también la jurisprudencia del artículo 147º del Nuevo Reglamento [§ 1681 ss.].

Artículo 36: Resolución de los contratos

36.1 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.

36.2 Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados. No corresponde el pago de daños y perjuicios en los casos de corrupción de funcionarios o servidores propiciada por parte del contratista, de conformidad a lo establecido en el artículo 11.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341)

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES, PRONUNCIAMIENTOS Y OPINIONES DEL OSCE

NUMERAL 36.1

§ 612. Para que se pueda resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor debe demostrarse que además de ser extraordinario, imprevisible e irresistible, el hecho imposibilita continuar la

ejecución de las prestaciones a su cargo (art. 36.1). CONSULTA: 2. “(...) solicito su opinión con respecto a la resolución de un contrato perfeccionado por caso fortuito o fuerza mayor”. [...] 2.4. [Se] desprende que la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que la resolución del contrato por caso fortuito o fuerza mayor resulta procedente cuando se pruebe que un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible hace imposible de manera definitiva la continuación de la ejecución de las prestaciones a cargo de una de las partes. En tal sentido, para que una de las partes resuelva el contrato por caso fortuito o fuerza mayor debe demostrar que el hecho -además de ser extraordinario, imprevisible e irresistible-, determina la imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo, de manera definitiva; cuando dicha parte no pruebe lo antes mencionado, no podrá resolver el contrato amparándose en la figura del caso fortuito o fuerza mayor. (Opinión N.º 118-2017/DTN, de 19-05-2017, ff. 2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UhJpcl>).

§ 613. Configuración de la resolución contractual por causal de imposibilidad sobrevenida por caso fortuito o fuerza mayor en base a la normativa en contrataciones del Estado y la normativa civil (art. 36.1). CONSULTA: 2. “(...) solicito su opinión con respecto a la resolución de un contrato perfeccionado por caso fortuito o fuerza mayor” 2.1. En primer lugar, debe indicarse que, una vez perfeccionado el contrato, el contratista se compromete a ejecutar las prestaciones pactadas en favor de la Entidad, mientras que esta última se compromete a pagar al contratista la contraprestación acordada. En estos términos, el contrato se entenderá cumplido cuando ambas partes ejecuten sus prestaciones a satisfacción de sus respectivas contrapartes. [...] 2.2. En relación con lo anterior, el primer párrafo del artículo 36 de la Ley establece que “Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato (...)”. (El subrayado es agregado). Del mismo modo, el artículo 135 del Reglamento [cfr. art. 164 del Nuevo Reglamento] establece dentro de las causales para la resolución del contrato al caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato. Conforme a las normas citadas, la normativa de contrataciones del Estado prevé la posibilidad de resolver el contrato cuando debido a un hecho o evento que se considera caso fortuito o fuerza mayor, resulte imposible de manera definitiva continuar con la ejecución de las prestaciones objeto del contrato. En este supuesto, corresponde a la parte que solicita la resolución del contrato, probar la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor, y la consecuente imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo. 2.3. Por su parte, a fin de determinar los conceptos de “caso fortuito o fuerza mayor” es necesario tener en consideración que el artículo 1315 del Código Civil, de aplicación supletoria a los contratos que se ejecutan bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, establece que “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.” (El subrayado es agregado). Sobre el particular, resulta necesario precisar que un hecho o evento *extraordinario*, se configura cuando, tal como lo indica la misma palabra, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera del orden natural o común de las cosas. Asimismo, un hecho o evento es *imprevisible*, cuando supera o excede la aptitud razonable de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible. Por último, el que un hecho o evento sea *irresistible*, significa que el deudor no tiene posibilidad de evitarlo, es decir, no puede impedir, por más que lo desee o intente, su acaecimiento. Cabe resaltar que la configuración de un caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad a las partes, específicamente, a la parte que se ve imposibilitada de ejecutar sus prestaciones. (Opinión N.º 118-2017/DTN, de 19-05-2017, ff. 2, 2.1, 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UhJpcl>).

§ 614. Resolución del contrato por caso fortuito o fuerza mayor. Alcances de los términos “extraordinario, imprevisible e irresistible” (art. 36.1). 2.2. [...] [R]esulta necesario precisar que un hecho o evento extraordinario se configura cuando, tal como lo indica la misma palabra, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera del orden natural o común de las cosas. Asimismo, un hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud razonable de previsión del deudor en la

relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible. Por último, el que un hecho o evento sea irresistible significa que el deudor no tiene posibilidad de evitarlo, es decir, no puede impedir, por más que lo desee o intente, su acaecimiento. [...] 3.2. [En ese sentido,] [si] una vez celebrado un contrato la Entidad contratante determina que ha desaparecido la necesidad de las prestaciones objeto de éste, podrá resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor, siempre que pueda sustentar que la desaparición de su necesidad obedece a un hecho o evento “*extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.*” (Opinión N.º 065-2012/DTN, de 18-05-2012, ff. 2.2 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2WRcKeW>).

§ 615. Causal que impide al consultor continuar con el servicio (elaboración del estudio) es generada por un tercero que no es parte de la relación contractual. Corresponde a la parte que invoca la resolución del contrato probar a su contraparte la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor (art. 36.1). *Considerando que la causal que impide al Consultor continuar con el servicio (elaboración del estudio) es generada por un tercero que no es parte de la relación contractual, cuál sería la fórmula legal a aplicar para concluir dicho vínculo contractual? ¿Ese evento producido por el tercero tiene que ser necesariamente invocado por el Consultor como causal de resolución del contrato o la Entidad y el Contratista podría evaluar dicha resolución?* 3.1. Corresponde a las partes determinar si, ante la imposibilidad de ejecutar un contrato por hechos ajenos a la voluntad de tales, puede resolverse por la causal de caso fortuito o fuerza mayor. 3.2. Cuando se resuelve un contrato por la causal de caso fortuito o fuerza mayor, corresponde a la parte que invoca la resolución del contrato probar a su contraparte la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor, y la consecuente imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo. 3.3. Corresponde a la Entidad realizar el pago de las prestaciones ejecutadas por el contratista con anterioridad a la resolución parcial del contrato, siempre que cuente con los documentos que sustenten el pago y se haya otorgado la conformidad de dichas prestaciones. (Opinión N.º 013-2014/DTN, de 20-01-2014, ff. 3.1 al 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RWB6R5>).

§ 616. Resolución del contrato por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato siempre y cuando se pruebe (art. 36.1). 2.1.4. [S]e desprende que la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que la resolución del contrato por caso fortuito o fuerza mayor resulta procedente cuando se pruebe que un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible hace imposible continuar con la ejecución de las prestaciones a cargo de una de las partes, de manera definitiva. En tal sentido, para que la Entidad resuelva el contrato por caso fortuito o fuerza mayor deberá demostrarle al contratista que el hecho -además de ser extraordinario, imprevisible e irresistible- determina la imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo, de manera definitiva; por tanto, cuando la Entidad no pruebe lo antes mencionado, no podrá resolver el contrato amparándose en la figura del caso fortuito o fuerza mayor. (Opinión N.º 131-2015/DTN, de 14-08-2015, f. 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2REM2CE>).

§ 617. Lo común del caso fortuito y fuerza mayor es que el hecho se encuentra fuera de la voluntad y control de las partes contratantes (art. 36.1). El caso fortuito o la fuerza mayor constituyen figuras previstas por el ordenamiento jurídico y son definidas, por lo general, como sucesos o acontecimientos inopinados e imprevistos o cuyo resultado, siendo previsibles, no han podido evitarse o resistirse. Doctrinariamente se puede distinguir ambas figuras, asimilándose al caso fortuito los acontecimientos que provienen de la naturaleza, en tanto que la fuerza mayor es atribuida a los que provienen del hombre, pero en ambos casos la característica común es que el acontecimiento se encuentra fuera de la voluntad y del control de las partes contratantes. Por dicha razón, el caso fortuito o la fuerza mayor no son susceptibles de disposición por parte de los co-estipulantes (Entidad y contratista). Esto significa que las partes no pueden suprimir o eliminar dichas figuras del contrato, en atención a la naturaleza de la ejecución de las prestaciones. (Pronunciamiento N.º 023-2001/GTN, de 20-04-2001, Observación N.º 1. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UPhGPM>).

§ 618. **Semejanza entre caso fortuito y fuerza mayor, ambos imposibilitan el cumplir con la prestación por alguna o ambas partes (art. 36.1).** 12. Ambos conceptos -tanto el caso fortuito como la fuerza mayor- generan efectos jurídicos similares: producen la imposibilidad en el cumplimiento de la prestación de alguna o de ambas partes y, en consecuencia, la inimputabilidad, entendida como exención de responsabilidad a la parte que se encuentra en la imposibilidad de cumplir. (Resolución N.º 336-2011-TC-S2, de 24-02-2011, f. 12. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2BxP2LM>).

§ 619. **La entidad no puede exigir al contratista la prestación de un servicio con características distintas a los términos de referencia. Ante el incumplimiento de la entidad el contratista puede iniciar un procedimiento de resolución del contrato (art. 36.1).** 2.1.3. [...] [La] determinación de las obligaciones contractuales de la Entidad que resultan esenciales depende de las características y condiciones de cada contrato y su configuración; sin embargo, puede indicarse que la Entidad debe respetar las condiciones previstas en los términos de referencia para la prestación del servicio, no pudiendo, por ejemplo, exigir al contratista la prestación de un servicio con características distintas a las definidas en los términos de referencia. [...] 2.7.2. A su vez, debe indicarse que la determinación de las obligaciones contractuales de la Entidad que resultan esenciales depende de las características y condiciones de cada contrato y su configuración, por lo que, en principio, no se puede determinar en abstracto cuáles son todas las obligaciones esenciales de la Entidad en el marco de la contratación pública. Sin embargo, toda vez que la obligación de la Entidad de pagar al contratista una retribución por sus obligaciones ejecutadas es una de las condiciones que determinan que una contratación se encuentre bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, esta constituye una obligación esencial de la Entidad. En esta medida, cuando la Entidad incumpla con su obligación de pagar al contratista la retribución por sus servicios efectivamente prestados, de acuerdo a la oportunidad y condiciones establecidas en el contrato, el contratista podría iniciar el procedimiento de resolución del contrato. (Opinión N.º 162-2015/DTN, de 16-10-2015, ff. 2.1.3 y 2.7.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AzPxnV>).

§ 620. **Resolución del contrato por parte del contratista ante el incumplimiento de la Entidad de alguna de sus obligaciones esenciales (art. 36.1).** 2.2.3. [...] [Un] contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado puede resolverse por el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista o por el incumplimiento de las obligaciones esenciales de la Entidad. En este último caso, el contratista puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de la Entidad implique la inobservancia de alguna de sus obligaciones esenciales, las mismas que deben estar contenidas en las Bases o en el contrato. En este punto, debe precisarse que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato. [...] (Opinión N.º 090-2015/DTN, de 27-05-2015, f. 2.2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ri10CZ>).

§ 621. **La entidad puede resolver el contrato en los casos que la normativa de contrataciones del Estado lo determine (art. 36.1).** 22. El literal c) del artículo 40 de la Ley [cfr. 165 del Nuevo Reglamento] dispone que, en caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observado por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, ésta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. 23. El artículo 168 del Reglamento [cfr. art. 164 del Nuevo Reglamento] señala que la Entidad podrá resolver el contrato en los casos que el contratista: (i) incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello, (ii) haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo por otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo, o (iii) paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber

sido requerido para corregir tal situación. (Resolución N.º 2670-2016-TCE-S2, de 09-11-2016, ff. 3 al 5. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2XrOIri>).

§ 622. En los casos de resolución de contratos, las Entidades están obligadas a cumplir con el procedimiento de resolución contractual previsto en el Reglamento (art. 36.1). 6. [...] [C]onforme se dispuso en el Acuerdo de Sala Plena N.º 006-2012 [§ 1831] de este Tribunal, “en los casos de resolución de contratos, las Entidades están obligadas a cumplir con el procedimiento de resolución contractual previsto en el artículo 169 del Reglamento [cfr. art. 136 del Nuevo Reglamento] (...). La inobservancia del mencionado procedimiento por parte de la Entidad, implica la exención de responsabilidad del Contratista, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios y/o servidores responsables”. [...] **8.** Atendiendo a dicha documentación, este Colegiado colige en principio que la causal de resolución del contrato derivado del proceso de selección, fue según lo señalado por la Entidad, el incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del Consorcio. Siendo así, la Entidad estaba obligada a contemplar el procedimiento previsto en el artículo 169 del Reglamento [cfr. art. 136 del Nuevo Reglamento], en el que tratándose de contratos de ejecución de obras la norma prevé que la Entidad debe otorgar necesariamente un plazo de quince (15) días a efectos que cumpla con sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de resolver el contrato derivado del proceso de selección, lo cual le comunicará mediante carta notarial. En ese contexto, se advierte que, en el caso concreto, si bien la Entidad notificó de manera notarial al Consorcio, de la redacción de la carta N.º 011-2015-MPO se advierte que la Entidad le otorgó un plazo de siete días a fin que cumpla con subsanar una serie de observaciones detalladas en dicho documento, contraviniendo lo dispuesto de manera expresa en el artículo 169 del Reglamento. [...] (Resolución N.º 2426-2015-TCE-S1, de 21-10-2015, ff. 6 y 8. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2PsrH7m>).

§ 623. La ley que prohíbe publicidad estatal en medios privados puede aplicarse a los contratos suscritos previo a su entrada en vigencia, siempre y cuando, una vez superado el test de proporcionalidad se halle justificada su aplicación. En tal supuesto la Entidad está facultada para resolver total o parcialmente el contrato suscrito (art. 36.1). CONSULTA: **2.2.** “¿Cómo se concreta la prohibición de publicar actividades de gestión en medios privados, impuesta mediante Ley N.º 30793, respecto de los contratos celebrados con carácter previo a su entrada en vigencia, y que contemplan en forma parcial o total dicho objeto?” [...] **2.2.2.** [...] Cuando se determine la aplicación inmediata de la Ley N.º 30793 a un contrato (suscrito por la Entidad con anterioridad a su vigencia) -en la medida que esta norma hubiera superado el test de proporcionalidad y por tanto se halle plenamente justificada su aplicación-, debe tenerse en cuenta que esta situación -en el ámbito de la contratación estatal- generaría que las partes no puedan cumplir las obligaciones contractualmente asumidas. En relación con lo anterior, el numeral 36.1 del artículo 36 de la Ley establece que “Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato (...)”. (El subrayado es agregado). [...] **2.2.3.** En este supuesto, de conformidad a lo indicado en la Opinión N.º 104-2018/DTN, corresponderá a la parte que solicita la resolución del contrato -en este caso a la Entidad-, probar tanto la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor (como puede ser el caso de la promulgación de una norma), como la consecuente imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo. Finalmente, debe precisarse que, cuando la imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a cargo sea de forma parcial y dicha parte sea separable e independiente del resto de obligaciones contractuales, y la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad, esta podría resolver el contrato en forma parcial, así los efectos de dicha decisión solo involucrarán aquella parte del contrato afectada por la imposibilidad sobreviniente de ejecutar las prestaciones pactadas. [...] **2.3.3.** En virtud de lo expuesto, cabe resaltar que la configuración de un caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, específicamente, a la parte que se ve imposibilitada de ejecutar sus prestaciones. En ese sentido, no aplica el numeral 36.2 del artículo 36 que dispone que “Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados (...)” (El subrayado y resaltado son agregados), por tanto sólo cuando el incumplimiento sea imputable a alguna de las partes, la parte que incumplió debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados a la otra

parte. En ese sentido, atendiendo al tenor de la presente consulta, la resolución del contrato, cuando se configure alguna de causales previstas en el numeral 36.1 del artículo 36 de la Ley, que no sea imputable a las partes, exime a éstas de continuar con sus obligaciones (pendientes) hasta ese momento. (Opinión N.º 156-2018/DTN, de 19-09-2018, ff. 2.2, 2.2.2, 2.2.3 y 2.3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TTDlqs>).

§ 624. Contratos de servicios de publicidad de medios privados suscritos con anterioridad a la Ley N.º 30793. Si la aplicación del nuevo régimen legal supera el test de proporcionalidad encontrándose plenamente justificada su aplicación, impide el cumplimiento de las obligaciones contractuales, se debe aplicar la figura de la resolución contractual por caso fortuito o fuerza mayor (art. 36.1). Véase la jurisprudencia del artículo 164º del Nuevo Reglamento [§ 1825]. (Opinión N.º 114-2018/DTN, de 31-07-2018, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ui7dwS>).

§ 625. Cuando un contratista considera que el incumplimiento de sus obligaciones se encuentra justificado debido a que respondería a causas ajenas a su voluntad, debe impulsar y agotar los mecanismos de solución de controversias que la normativa prevé para resolver el contrato (art. 36.1). Véase la jurisprudencia del artículo 45º de la Ley [§ 744]. (Resolución N.º 1577-2017-TCE-S3, de 24-07-2017, ff. 13 al 15. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2zbJhIN>).

§ 626. Definición de caso fortuito o fuerza mayor (art. 36.1). Véase la jurisprudencia del artículo 164º del Nuevo Reglamento [§ 1814]. (Resolución N.º 1184-2007-TC-S3, de 21-08-2007, f. 5. Texto completo: <bit.ly/2Bb8AFD>).

§ 627. Causales por las cuales un contrato puede ser resuelto (art. 36.1). Véase la jurisprudencia del artículo 164º del Nuevo Reglamento [§ 1815]. (Resolución N.º 1150-2005-TC-SU, de 29-11-2005, f. 4. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2HSw3kT>).

§ 628. Incluso en la etapa de ejecución contractual el proveedor puede resolver el contrato. Véase la jurisprudencia del artículo 165º del Nuevo Reglamento [§ 1849]. (Opinión N.º 181-2018/DTN, de 09-11-2018, f. 2.2. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MnrfCz>).

NUMERAL 36.2

§ 629. La normativa de contrataciones del Estado no ha establecido la obligación de la Entidad de elaborar un informe técnico legal que evalúe los costos derivados de resolver el contrato. CONSULTA: 2.4. “Siendo la resolución contractual no un mandato imperativo sino una atribución de toda entidad que implica una “decisión de gestión” que implica responsabilidad administrativa [...], ¿debería ésta “decisión de gestión” estar sustentada siempre en un informe técnico que evalúe los costos que dicha decisión podría acarrear para el Estado, a fin de evitar así una decisión arbitraria?”. [...] Sin embargo, la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido la obligación de la Entidad de elaborar un informe técnico legal en el que evalúe los costos de la decisión de resolver el contrato y demuestre la eficiencia de dicha decisión como requisito necesario para proceder con la resolución del contrato; en consecuencia, cada Entidad puede adoptar la decisión de resolver el contrato siguiendo las formalidades que estime convenientes y en observancia de los principios que rigen toda contratación pública. (Opinión N.º 032-2016/DTN, de 22-02-2016, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2C6bpZr>).

§ 630. Solo se pueden incluir en la liquidación de obra, los conceptos resarcitorios que estén regulados en la normativa de contrataciones del Estado. 2.1. En primer lugar, debe indicarse que, una vez realizada la recepción de la obra, procedimiento que se inicia cuando culmina la ejecución de la misma, corresponde iniciar el procedimiento de liquidación del contrato de obra, el mismo que puede definirse como un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico, que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad. Así, la liquidación

del contrato de obra debe contener todas las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, conceptos que siempre forman parte del costo total de la obra. Adicionalmente, también puede incorporarse otros conceptos autorizados por la normativa de contrataciones del Estado como las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos que se incluyen al cumplirse determinados supuestos y que determinan el saldo económico a favor de una de las partes. En esa medida, la liquidación de obra solo puede incluir conceptos que forman parte del costo de la obra y otros que han sido autorizados expresamente por la normativa de contrataciones del Estado. **2.2.** De otro lado, es importante señalar que el segundo párrafo del artículo 36 de la Ley establece que *“Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados.”* En el caso específico de los contratos de obra, el cuarto párrafo del artículo 177 del Reglamento precisa que *“En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignan y se hacen efectivas las penalidades que correspondan.”* Cabe precisar que, entre otras cuestiones, las penalidades tienen por finalidad resarcir a la Entidad por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contratista. Asimismo, en los casos en que la resolución del contrato sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, en atención a lo indicado en el quinto párrafo del artículo 177 del Reglamento [cfr. art. 207 del Nuevo Reglamento]. En este caso, la Entidad reconoce dicho porcentaje de la utilidad en atención al daño por lucro cesante ocasionado al contratista. De esta manera, considerando que la resolución de un contrato de obra por incumplimiento origina el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, la normativa de contrataciones del Estado establece que en la liquidación de obra derivada de la resolución del contrato deben incluirse los conceptos resarcitorios señalados expresamente (penalidades o el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad dejada de percibir, según corresponda). **2.3.** Adicionalmente, es importante precisar que, si bien la normativa de contrataciones del Estado establece la posibilidad de incluir en la liquidación de obra (derivada de un contrato resuelto) algunos conceptos que tienen carácter resarcitorio, también se establece que, en caso de atrasos en la ejecución de la obra por causas imputables al contratista, en la liquidación de obra se debe incluir, a favor de la Entidad, el mayor costo por la extensión de los servicios de supervisión, concepto que también tendría carácter resarcitorio dado que la Entidad asumió dicho pago durante la ejecución de la obra, de conformidad con lo señalado en el artículo 161 del Reglamento [cfr. art. 189 del Nuevo Reglamento]. **2.4.** En virtud de lo expuesto, si bien la normativa de contrataciones del Estado permite la inclusión de conceptos resarcitorios en la liquidación de obra, dicha inclusión está permitida únicamente para aquellos supuestos expresamente contemplados; en consecuencia, una Entidad no puede incluir en la liquidación de obra cualquier otro concepto resarcitorio que sea ajeno a los previstos expresamente por la normativa de contrataciones del Estado. Este criterio responde a que los conceptos resarcitorios que la normativa permite incluir en la liquidación son fácilmente determinables, en atención a que establecer su cuantía no requiere de un complejo trabajo probatorio. **3.** Si bien la normativa de contrataciones del Estado permite la inclusión de conceptos resarcitorios en la liquidación de obra, dicha inclusión está permitida únicamente para aquellos supuestos expresamente contemplados; en consecuencia, una Entidad no puede incluir en la liquidación de obra cualquier otro concepto resarcitorio que sea ajeno a los previstos expresamente por la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 089-2016/DTN, de 22-06-2016, ff. 2.1, 2.2, 2.3, 2.4 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MPCLGS>).

§ 631. Requisitos para la configuración de la infracción de resolución contractual por causa atribuible al Contratista (art. 36.2 Ley). **2.** [...] [La] Ley ha establecido un requisito para la configuración de la infracción materia de análisis, consistente en que la resolución contractual: i) haya quedado consentida, o ii) haya quedado firme en vía conciliatoria o arbitral. **3.** En tal sentido, en el presente caso, para la configuración de la infracción cuya comisión se imputa al Contratista, se requiere necesariamente acreditar la concurrencia de dos requisitos, esto es: a) debe acreditarse que el contrato haya sido resuelto por causal atribuible al Contratista, habiéndose seguido el procedimiento establecido por la normativa; y b) debe verificarse que dicha decisión haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria

o arbitral, ya sea por no haberse instado a la conciliación o arbitraje, haberlo hecho extemporáneamente o, aun cuando se hubiesen llevado a cabo dichos mecanismos de solución de controversias, se haya confirmado la decisión de la Entidad de resolver el contrato. (Resolución N.º 1578-2017-TCE-S3, de 24-07-2017, ff. 2 y 3. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2PYmvvj>).

§ 632. **Existe una presunción legal de que el incumplimiento de la obligación es por causas imputables al obligado (art. 36.2).** Véase la jurisprudencia del artículo 164º del Nuevo Reglamento [§ 1813]. (Resolución N.º 457-2012-TC-S1, de 02-05-2012, ff. 12 y 13. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2RUEGzZ>).

REMISIÓN

§ 632a. **Sobre la resolución de contratos.** Véase también la jurisprudencia de los artículos 164º ss. del Nuevo Reglamento [§ 1813 ss.].

Artículo 37: Cesión de derechos y de posición contractual

Salvo disposición legal o reglamentaria en contrario, el contratista puede ceder su derecho al pago a favor de terceros. No procede la cesión de posición contractual del contratista, salvo en los casos previstos en el reglamento.

(Texto según el artículo 37 de la Ley N.º 30225)

OPINIONES DEL OSCE

§ 633. **Para que la cesión de derechos surta efectos, basta que esta sea comunicada al deudor, indicándole quién es el nuevo acreedor al que tendrá que efectuar el pago correspondiente.** CONSULTA: 2. “Nos sirva a interpretar el artículo 37º de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, que regula las cesiones de derecho al pago a favor de terceros. Sobre todo, a efectos de confirmar que si procede que un proveedor del Estado suda su derecho al pago a un tercero sin que la Entidad que debe realizar el pago pueda oponerse, bastando únicamente comunicar tal cesión.” [...] 2.1. [...] [La] regla general en el ámbito de la contratación pública es la posibilidad de que el contratista ceda sus derechos a favor de terceros, excepto cuando una norma legal o reglamentaria prescriba lo contrario. Cabe precisar que los derechos que el contratista puede ceder a terceros son aquellos referidos al cobro de la contraprestación que le debe la Entidad por la ejecución de la prestación o prestaciones a favor de esta. Asimismo, es preciso mencionar que, por “*disposición legal o reglamentaria*”, se entiende a toda prescripción, regla o precepto contenido dentro de una ley o un reglamento, según corresponda. Al respecto, se entiende por ley tanto a la ley formal -aquella emitida por el Congreso de la República conforme al mecanismo previsto en la Constitución- como a las demás normas con rango de ley -esto es, aquellas que ocupan el mismo grado de jerarquía normativa que la ley-, tales como decretos legislativos, decretos de urgencia, ordenanzas municipales o regionales (estas últimas en el ámbito de su competencia). Por su parte, un reglamento es aquel cuya validez está subordinada a la existencia de una ley, y contiene disposiciones que regulen lo establecido en esta. 2.2. [...] [La] cesión de derechos es un acto bilateral toda vez que para su celebración se requiere de la manifestación de voluntad del cedente y del cesionario, pudiéndose prescindir de la manifestación de voluntad del deudor respecto de su aceptación o no de la cesión. [...] [La] comunicación al deudor cedido es una condición imprescindible para que la cesión produzca efectos, dado que es una medida que procura la protección del deudor, el cual necesita saber que tiene un nuevo acreedor a quien debe pagarle. Adicionalmente a la comunicación de la cesión, el citado artículo hace referencia expresa a la “aceptación” del deudor. Al respecto, debe indicarse que, conforme a lo señalado en la doctrina, *la aceptación a la que alude dicha disposición no se trata de una aprobación del acto por parte del deudor, sino por el contrario, a la manifestación efectuada por éste de que ha sido notificado con la cesión* [...].

(Opinión N.º 224-2017/DTN, de 11-10-2017, ff. 2, 2.1 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PBn5aa>).

§ 634. **La cesión de derecho sólo transfiere la titularidad del crédito a un tercero, mas no las obligaciones derivadas de la relación obligacional. El cambio de facturación puede aceptarse en el marco de una cesión de derecho, siempre y cuando dicha posibilidad resulte factible si la normativa de la materia lo permite.** CONSULTA: “*Es grato dirigirme a usted [...] a fin de consultar sobre la modificación de la obligación de emitir comprobantes de pago con ocasión de la cesión de derechos a favor de un tercero, a propósito de la Opinión N.º 20-2015/DTN.*” **2.1.** En primer lugar, debe indicarse que el artículo 37 de la Ley, establece que “*Salvo disposición legal o reglamentaria en contrario, el contratista puede ceder su derecho al pago a favor de terceros. No procede la cesión de posición contractual del contratista, salvo en los casos previstos en el reglamento.*” (El subrayado es agregado). [...] Debe notarse que la cesión de derechos es un acto jurídico mediante el cual el acreedor (cedente) transfiere la titularidad de su crédito a un tercero (cesionario), esto es, *solo cede sus derechos, mas no las obligaciones a su cargo que se deriven de la relación obligacional.* [...] **2.2.** Ahora bien, la presente consulta busca determinar si la cesión de derechos que realice un contratista a favor de un tercero, implica además la transferencia de la obligación de emitir el comprobante de pago respectivo (factura). Al respecto, debe indicarse que las competencias de este Organismo Técnico Especializado se ven restringidas al ámbito de la contratación pública, en esa medida, si bien la Ley prevé una disposición expresa que permite al contratista ceder su derecho al pago, las implicancias que ello conlleve en otros ámbitos normativos - como por ejemplo: el tributario- deben ser analizadas según la legislación que regule la materia y por la Entidad competente. [...] Finalmente, resulta importante precisar que cuando la segunda conclusión de la Opinión N.º 020-2015/DTN señala que el cambio de facturación “*puede*” aceptarse en el marco de una cesión de derechos, ello significa que dicha posibilidad resultará factible en tanto la normativa de la materia así lo permita; correspondiendo que sea la Entidad competente la que evalúe y defina -conforme a la legislación aplicable- si resulta viable que un contratista transfiera su condición de sujeto obligado a emitir comprobantes de pago (facturas). (Opinión N.º 134-2018/DTN, de 20-08-2018, ff. 2.1 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rgnpBz>).

§ 635. **Si bien la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto impedimento para que un contratista ceda el derecho de pago a favor de un tercero que se encuentre impedido de contratar con el Estado, si deben considerarse los impedimentos contenidos en el Código Civil y otras normas.** CONSULTA: “*¿Cuál es la interpretación del artículo 37 de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece que el contratista “puede ceder su derecho al pago a favor de terceros”, aunque implique que el contratista ceda su derecho al pago a un tercero que se encuentre impedido de contratar con el Estado ¿Es viable al no ser el tercero parte de la relación contractual, debido a que el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato continuarán a cargo del Contratista, y dicho supuesto no se encuentra prohibido en la Ley de Contrataciones del Estado ni tampoco en su Reglamento?*” **2.2.** [...] Al respecto, como se ha señalado en el numeral precedente, la cesión de derechos implica únicamente la cesión del pago a favor de un tercero, lo que se traduce en la obligación de la Entidad en pagar la retribución pactada con el contratista a ese tercero, que viene a ser el cesionario. [...] En línea con lo señalado, considerando que la cesión de derechos no implica el traslado de las obligaciones hacia un tercero, el cesionario no obtiene la calidad de contratista frente a la Entidad, con lo cual, en principio, los impedimentos previstos en la normativa para ser participante, postor y/o contratista, no se extenderían al cesionario. **2.3.** No obstante, teniendo en consideración que la cesión de derechos es un acto jurídico regulado por el Derecho Civil, resulta necesario efectuar una revisión sobre lo previsto en el Código Civil para su aplicación. Al respecto, el artículo 1210 del Código Civil establece que la cesión de derechos no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor. [...] De lo señalado, puede advertirse que si bien no se establece de forma expresa un impedimento para ser cesionario, sí existen impedimentos previstos en el mismo Código Civil que deben ser considerados al momento de efectuar una cesión de derechos dentro del ámbito de la contratación pública. [...] Como puede apreciarse, si un proveedor suscribe contrato con una Entidad, con la finalidad de representar a un tercero que se encuentra impe-

dido para contratar con el Estado, podría configurarse como un “testaferro”, figura que es definida por la Real Academia como aquella *“Persona que presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona.”* En dicha medida, la cesión de derechos podría convertirse en un medio a través del cual un tercero impedido pueda percibir la retribución por un contrato que otro ha suscrito en su representación, utilizando para ello la figura del testaferro. Esta, es una situación que las Entidades deben cautelar, con el fin de prevenir se configuren transgresiones a la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 145-2016/DTN, de 01-09-2016, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T6DPs3>).

§ 636. El tercero “cesionario” no adquirirá la calidad de participante, postor, contratista ni subcontratista en el proceso de contratación, por lo que no requerirá contar con inscripción vigente en el RNP ni le serán aplicables para estos efectos los impedimentos en la Ley. 2.1. [...] Al respecto, cabe mencionar que el artículo 1206 del Código Civil define a la cesión de derechos como *“(…) el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho de exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto. La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor.”* Debe notarse que la cesión de derechos es un acto jurídico mediante el cual el acreedor (cedente) transfiere la titularidad de su crédito a un tercero (cesionario), esto es, *“solo cede sus derechos, mas no las obligaciones a su cargo que se deriven de la relación obligacional”*. En consecuencia, en el ámbito de las contrataciones del Estado, el contratista, mediante una cesión de derechos, puede transferir la titularidad del derecho al pago que mantenga frente a la Entidad, salvo disposición legal o reglamentaria en contrario, pero no las obligaciones que se deriven del contrato, las que deberá ejecutar oportunamente. **2.2.** Ahora bien, conforme al numeral 46.1 del artículo 46 de la Ley, para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista del Estado se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP). De esta manera, aquellas personas que participen en alguna de las etapas del proceso de contratación, ya sea como participantes, postores, contratistas o subcontratistas del Estado, tienen la obligación de contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores. De otro lado, el artículo 11 de la Ley recoge los supuestos en los que determinadas personas, ya sea por función del cargo, parentesco, actividad empresarial, entre otros motivos, se encuentran impedidas de ser participantes, postores o contratistas en los procesos de contratación, cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable. En consecuencia, por regla general, para ser participante, postor, contratista o subcontratista en un proceso de contratación, bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, un proveedor debe contar con inscripción vigente en el RNP y no encontrarse incurso dentro de alguno de los supuestos de impedimento para contratar con el Estado. **2.3.** Preciado lo anterior, debe señalarse que cuando el contratista cede a un tercero su derecho a percibir el pago por parte de la Entidad, solo está transfiriendo su derecho de crédito, mas no las obligaciones derivadas del contrato que mantiene frente a la Entidad. Por consiguiente, en virtud de la cesión del derecho de pago del contratista, el tercero “cesionario” solo será el titular de dicho derecho, pero no adquirirá la calidad de participante, postor, contratista ni subcontratista en el proceso de contratación, por lo que no requerirá contar con inscripción vigente en el RNP ni le serán aplicables para estos efectos los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley. (Opinión N.º 128-2016/DTN, de 12-08-2016, ff. 2.1 al 2.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UV4vwu>).

§ 637. Mediante la cesión de derechos no se transfiere experiencia a terceros ya que sólo se cede el derecho al cobro de la contraprestación debida por la Entidad. 2.2. [...] [La] normativa de contrataciones del Estado permite la cesión de derechos, pero prohíbe la cesión de posición contractual, salvo en algunos supuestos excepcionales. En relación con lo anterior, es importante precisar que si bien el artículo 147 del Reglamento del Estado permite que el contratista (cedente) ceda sus derechos a favor de un tercero (cesionario), esta cesión solo determinará la ejecución de la prestación a cargo de la Entidad a favor de un tercero; es decir, que la Entidad pague la contraprestación pactada a un tercero. De ello se desprende que, en el ámbito de las contrataciones del Estado, mediante la cesión de derechos no se transfiere experiencia a terceros (cesionarios), puesto que el contratista solo cede el derecho al cobro de la contraprestación debida por la Entidad, pero no la obligación de ejecutar las prestaciones a su cargo.

que son las que generan experiencia para aquel que efectivamente las ejecuta. (Opinión N.º 082-2012/DTN, de 03-08-2012, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CsQIG7>).

REMISIÓN

§ 637a. **Sobre la cesión de posición contractual.** Véase también la jurisprudencia del artículo 159º del Nuevo Reglamento [§ 1763 ss.].

Artículo 38: Adelantos

38.1 Entidad puede entregar adelantos al contratista, siempre que haya sido previsto en los documentos del procedimiento de selección, con la finalidad de otorgarle financiamiento y/o liquidez para la ejecución del contrato.

38.2 El reglamento establece los tipos, condiciones y monto de cada adelanto, así como la forma en que este se amortiza luego de otorgado.

38.3 Tratándose de la ejecución de obras, la Entidad puede solicitar en los documentos del procedimiento que el contratista constituya un fideicomiso para el manejo de los recursos que reciba a título de adelanto, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente. El reglamento desarrolla los requisitos y condiciones para la operatividad de la figura del fideicomiso.

(Texto modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

OPINIONES DEL OSCE

§ 638. **Finalidad de los adelantos. 2.1.** La finalidad de los adelantos es otorgar liquidez al contratista para facilitar la ejecución de las prestaciones asumidas por este, en las condiciones y oportunidad pactadas en el contrato. Su otorgamiento constituye una facultad de la Entidad, la que puede otorgar este derecho a través de la incorporación del mismo en las Bases del proceso de selección [...]. Si bien la entrega de adelantos constituye una facultad de la Entidad -al tener la potestad de incluir o no este derecho en las Bases-, tanto el contratista como la Entidad deben seguir el procedimiento establecido en la normativa de contrataciones del Estado para su solicitud y entrega, debido a que esta facultad implica la erogación de fondos públicos. (Opinión N.º 009-2012/DTN, de 31-01-2012, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DSWaW2>).

§ 639. **Las Entidades pueden efectuar el otorgamiento de adelantos por materiales o insumos, siendo así que la entrega de estos adelantos deberá solicitarse teniendo en consideración las fechas previstas en el calendario de materiales e insumos presentado por el contratista.** Véase la jurisprudencia del artículo 182º del Nuevo Reglamento [§ 1932]. (Opinión N.º 064-2018/DTN, de 11-05-2018, ff. 2.1.2 al 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2E256Z1>).

§ 640. **Si bien la regla general es que los adelantos entregados por la Entidad se amorticen mediante descuentos proporcionales en cada uno de los pagos parciales que se efectúen al contratista, nada impide que el contratista solicite que la totalidad del monto dado en adelanto se amortice en su totalidad en el primer o primeros pagos parciales.** Véase la jurisprudencia del artículo 156º del Nuevo Reglamento [§ 1719]. (Opinión N.º 053-2010/DTN, de 20-08-2010, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FAeNzx>).

§ 641. **Finalidad de la entrega de adelantos al contratista. La empresa emisora de garantías no puede solicitar a la Entidad ejecutante que previamente a la ejecución de una garantía otorgada por adelantos acredite el saldo no amortizado por el contratista.** Véase la jurisprudencia del artículo 155º del Nuevo Reglamento [§ 1710]. (Opinión N.º 016-2013/DTN, de 08-02-2013, ff. 2.1, 2.1.1 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DeEfgY>).

§ 642. Otorgamiento de adelantos directos hasta el 30 % del monto del contrato original. La Entidad debe observar los principios que rigen toda contratación pública y cautelar el debido uso de los recursos públicos incluso en las contrataciones que se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. Véase la jurisprudencia del artículo 156° del Nuevo Reglamento [§ 1717]. (Opinión N.º 210-2017/DTN, de 26-09-2017, f. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UDAUZd>).

REMISIÓN

§ 642a. Sobre los adelantos al contratista. Véase también la jurisprudencia de los artículos 180° ss. del Nuevo Reglamento [§ 1920 ss.].

Artículo 39: Pago

39.1 El pago se realiza después de ejecutada la respectiva prestación, pudiendo contemplarse pagos a cuenta. Excepcionalmente, el pago puede realizarse en su integridad por adelantado cuando, este sea condición de mercado para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios, previo otorgamiento de la garantía, cuando corresponda, conforme se establece en el reglamento.

39.2 Los pagos por adelantado y a cuenta no constituyen pagos finales, por lo que el proveedor sigue siendo responsable hasta el cumplimiento total de la prestación objeto del contrato.

39.3 En caso de retraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, esta reconoce al contratista los intereses legales correspondientes, debiendo repetir contra los responsables de la demora injustificada. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341)

OPINIONES DEL OSCE

§ 643. El proveedor que con buena fe ejecuta determinadas prestaciones a favor de una Entidad, sin que medie un contrato que los vincule o sin cumplir con algunas de las formalidades y procedimientos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado, podría requerir una indemnización por el precio de mercado de dichas prestaciones, en observancia del principio que proscribe el enriquecimiento sin causa recogido en el Código Civil. 3. CONCLUSIONES: 3.1. Sin perjuicio de las responsabilidades de los funcionarios que incumplieron con los requisitos, formalidades y procedimientos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado para llevar a cabo sus contrataciones, es importante señalar que el proveedor que con buena fe ejecuta determinadas prestaciones a favor de una Entidad, sin que medie un contrato que los vincule o sin cumplir con algunas de las formalidades y procedimientos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado, podría requerir una indemnización por el precio de mercado de dichas prestaciones, en observancia del principio que proscribe el enriquecimiento sin causa recogido en el artículo 1954 del Código Civil. 3.2. Asimismo, por un lado, corresponde a cada Entidad decidir si reconocerá el precio de las prestaciones ejecutadas por el proveedor en forma directa, o si esperará a que el proveedor perjudicado interponga la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente, siendo recomendable que para adoptar cualquier decisión sobre el particular la Entidad coordine, cuando menos, con su área legal y su área de presupuesto. Por otro lado, para que proceda reconocer al proveedor el precio de mercado de las prestaciones ejecutadas, el proveedor perjudicado debió haber ejecutado las referidas prestaciones de buena fe. 3.3. A partir de la entrada en vigencia de la actual normativa de contrataciones del Estado, la vía correspondiente para resolver las controversias referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales



es el Poder Judicial. (Opinión N.º 037-2017/DTN, de 03-02-2017, ff. 3.1 al 3.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CEN8bS>).

§ 644. Si el contratista presenta documentación falsa en su propuesta técnica con la cual se le otorga la buena pro y se suscribe el contrato, es posible declarar la nulidad. Ello no impide efectuar el pago al contratista si es que la entidad se ha beneficiado con las actividades ejecutadas. Dicho reconocimiento de pago no requiere el previo pronunciamiento del Tribunal de Contrataciones. Véase la jurisprudencia del artículo 44.2.b de la Ley [§ 723]. (Opinión N.º 081-2010/DTN, de 29-12-2010, ff. 2.1.2 al 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AcFHHL>).

Artículo 40: Responsabilidad del contratista

40.1 El contratista es responsable de ejecutar la totalidad de las obligaciones a su cargo, de acuerdo a lo establecido en el contrato. En los contratos de ejecución de obra, el plazo de responsabilidad no puede ser inferior a siete (7) años, contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda. Además, se debe cumplir lo dispuesto en los numerales 2) y 3) del artículo 1774 del Código Civil.

40.2 En los contratos de bienes y servicios, el contratista es responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad. El contrato puede establecer excepciones para bienes fungibles y/o perecibles, siempre que la naturaleza de estos bienes no se adecue a este plazo.

40.3 En los contratos de consultoría para elaborar los expedientes técnicos de obra, la responsabilidad del contratista por errores, deficiencias o por vicios ocultos puede ser reclamada por la Entidad por un plazo no menor de tres (3) años después de la conformidad de obra otorgada por la Entidad.

40.4 En los contratos de consultoría para la supervisión de obra, la Entidad determina el plazo para reclamar su responsabilidad, el cual no puede ser inferior a siete (7) años después de la conformidad de obra otorgada por la Entidad.

40.5 Los documentos del procedimiento de selección establecen el plazo máximo de responsabilidad del contratista, conforme a las disposiciones del presente artículo.

40.6 En todos los casos, los contratos incluyen una cláusula de no participación en prácticas corruptas, conforme al numeral 32.3 del artículo 32, bajo sanción de nulidad.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 645. Responsabilidad del contratista en el Código Civil. Existe una presunción legal de que el incumplimiento de la obligación es por causas imputables al obligado. 12. [Al] establecerse que la resolución de contrato se resolvió de acuerdo a la normativa en contratación pública, corresponde a este Colegiado determinar si dicha conducta resultó justificada o no, en tanto que solamente el incumplimiento que obedece a causas injustificadas atribuibles a los contratistas es sancionable administrativamente, en estricta observancia del Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4) del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N.º 27444 [cfr. art. 248 del Nuevo T.U.O. de la Ley N.º 27444], en cuya virtud sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o por analogía. 13. Al respecto, cabe anotar que existe una presunción legal que el incumplimiento de obligaciones o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, es atribuible a la parte que debió ejecutarlas, salvo que ésta demuestre que el incumplimiento se produjo, a pesar de haber actuado con la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la prestación o que la causa de

ella fue un caso fortuito o fuerza mayor. [...] (Resolución N.º 457-2012-TC-S1, de 02-05-2012, ff. 12 y 13. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2RUEGzZ>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 646. Si el contratista incurre en causal de impedimento luego de perfeccionado un contrato con la Entidad, no afecta su obligación de continuar con la ejecución de dicho contrato hasta el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones a su cargo; salvo que por ley se hallan establecido impedimentos para estos efectos. [...] **2.1.2.** De otro lado, tal como se indicó anteriormente, el artículo 11 de la Ley establece impedimentos para ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones del Estado, cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, incluyendo las contrataciones comprendidas en el literal a) del artículo 5 de la Ley. Para efectos de determinar el alcance de estos impedimentos, debe indicarse que, conforme al Anexo Único del Reglamento, “Anexo de Definiciones”, debe entenderse por contratista al “(...) proveedor que celebra un contrato con una Entidad de conformidad con las disposiciones de la Ley y el Reglamento”. Conforme a ello, un proveedor adquiere la calidad de contratista desde que perfecciona un contrato con la Entidad dentro del marco de la normativa de contrataciones del Estado. Respecto de ello, debe indicarse que mediante Opinión N.º 036-2012/DTN, se estableció que los “(...) impedimentos se aplican en la etapa de selección de proveedores y/o para la suscripción de nuevos contratos, precisamente, porque constituyen impedimentos para adquirir la calidad de participante, postor o contratista, no siendo aplicables a contratos vigentes o en ejecución”. Lo señalado anteriormente es concordante con lo previsto en el artículo 40º de la Ley, que establece que el contratista es responsable de ejecutar la totalidad de las obligaciones a su cargo, según lo establecido en el contrato. **2.1.3.** No obstante lo indicado, debe tenerse presente que la Constitución Política del Perú u otras normas con rango de ley pueden establecer impedimentos, restricciones o incompatibilidades al contratista para continuar con la ejecución del contrato. En esta medida, el hecho que el contratista incurra en la causal de impedimento prevista en el literal a) del artículo 11 de la Ley luego de perfeccionado un contrato con la Entidad, no afecta su obligación de continuar con la Ejecución de dicho contrato hasta el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones a su cargo; salvo que la Constitución Política del Perú u otras normas con rango de ley establezcan impedimentos, restricciones o incompatibilidades para estos efectos. (Opinión N.º 133-2016/DTN, de 18-08-2016, ff. 2.1, 2.1.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KAs6Pf>).

§ 647. A pesar de la modificación en la organización interna del contratista, este sigue obligado de ejecutar la totalidad de prestaciones a su cargo. **3. CONCLUSIONES. 3.1.** La normativa de contrataciones del Estado vigente, así como la anterior ley y el anterior Reglamento, no establecen restricciones a los proveedores para que estos efectúen transferencias de acciones, participaciones y/o aportes; sin embargo, sí obliga a los proveedores a realizar el procedimiento de actualización de información ante el RNP, cuando ocurra la modificación de la conformación de los socios, accionistas, participacionistas o titular, así como la distribución de acciones, participaciones y aportes. **3.2.** En caso que un determinado contratista efectúe la modificación de la conformación de sus socios, accionistas, participacionistas o titular, o de la distribución de sus acciones, participaciones y/o aportes; ello no enervará la responsabilidad de ejecutar la totalidad de las obligaciones a su cargo, de acuerdo a lo establecido en el contrato y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 40.1 del artículo 40 de la Ley. **3.3.** En concordancia con lo establecido por la normativa de contrataciones del Estado vigente, así como por la anterior Ley y el anterior Reglamento, los proveedores deben presentar la solicitud de actualización de información ante el RNP, dentro de los diez (10) primeros días hábiles del mes siguiente de haber ocurrido la variación de la conformación de sus socios, accionistas, participacionistas o titular, así como de la distribución de sus acciones, participaciones y aportes; debiendo precisarse que dicho marco normativo no ha previsto una disposición que obligue a los proveedores a solicitar una opinión previa a una determinada Entidad, a efectos de realizar la transferencia de sus acciones, participaciones y/o aportes, así como tampoco un procedimiento para dicho fin. (Opinión N.º 124-2017/DTN, de 01-06-17, ff. 3 al 3.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CrVdAB>).

§ 648. Plazo de responsabilidad aplicable al consultor de obra en caso de la elaboración del expediente técnico. CONSULTA: 2.1. “¿Cuál es el plazo de responsabilidad aplicable al Consultor de la elaboración del Expediente Técnico de una Obra, cuando ni en las Bases del proceso ni en el contrato se hubiere establecido taxativamente el plazo máximo de responsabilidad del mismo, en relación a los vicios ocultos de los servicios de consultoría (deficiencias en el Expediente Técnico que han dado lugar a la aprobación de Prestaciones Adicionales de Obra) ofertados a la Entidad?” [...] 2.1.2. [...] [El] proyectista es el consultor de obra encargado de la elaboración del expediente técnico y de la atención de las consultas que realice la Entidad sobre dicho documento. En esa medida, el proyectista es el responsable de los daños o consecuencias económicas que se deriven de los defectos del expediente técnico, tales como los originados por la aprobación de adicionales de obra por errores del expediente técnico [...]. Así, el proyectista es responsable por las deficiencias del expediente técnico detectadas con posterioridad a la culminación del contrato de consultoría de obra por un plazo no menor a [3 años], contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad. No obstante, la Entidad podría establecer un plazo mayor de responsabilidad para el consultor de obra, siempre que lo establezca expresamente en el contrato. Por tanto, cuando la Entidad no hubiera establecido en el contrato un plazo máximo de responsabilidad para el consultor de obra encargado de elaborar el expediente técnico, será aplicable el plazo mínimo establecido en el artículo 50 de la Ley [cfr. art. 40 de la Ley vigente] [...]. (Opinión N.º 003-2013/DTN, de 11-01-2013, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AI6i0i>).

TÍTULO III SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Artículo 41: Recursos administrativos

41.1 Las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección, y las que surjan en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, solamente pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación. A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme a lo que establezca el reglamento. No se pueden impugnar las contrataciones directas y las actuaciones que establece el reglamento.

41.2 El recurso de apelación solo puede interponerse luego de otorgada la Buena Pro o después de publicado los resultados de adjudicación en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco. El reglamento establece el procedimiento, requisitos y plazo para su presentación y resolución.

41.3 El recurso de apelación es conocido y resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado, cuando se trate de procedimientos de selección cuyo Valor estimado o Valor Referencial sea superior a cincuenta (50) UIT y de procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. Los actos que declaren la nulidad de oficio y otros actos emitidos por el Titular de la Entidad que afecten la continuidad del procedimiento de selección, distintos de aquellos que resuelven los recursos de apelación, solo pueden impugnarse ante el Tribunal.

41.4 Cuando compete al Titular de la Entidad resolver una apelación, lo hará previa opinión de las áreas técnica y legal cautelando que no participen quienes hayan intervenido en el mismo proceso.

41.5 La garantía por interposición del recurso de apelación debe otorgarse a favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o de la Entidad a cargo de su resolución, cuando corresponda. El monto de la garantía es de hasta el tres por ciento (3%) del valor estimado o valor referencial del procedimiento de selección o del ítem que se decida impugnar.

41.6 La resolución que resuelva el recurso de apelación agota la vía administrativa. La interposición de la acción contencioso-administrativa procede contra lo resuelto en última instancia administrativa, sin suspender su ejecución.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 650. **Improcedencia de recursos de apelación por extemporaneidad.** Véase la jurisprudencia del artículo 119° del Nuevo Reglamento [§ 1577]. (Acuerdo N.º 03-2017-TCE, de 26-05-2017. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. [EP, 09-06-2017, p. 32]. Texto completo: <bit.ly/2PKGRVA>).

§ 651. **Pedido de suspensión del procedimiento administrativo sancionador por haberse instalado un Tribunal Arbitral en un proceso en el que se cuestiona la declaración de nulidad del contrato.** Véase la jurisprudencia del artículo 50° de la Ley [§ 791]. (Acuerdo N.º 8-2014-TCE, de 22-08-2014. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación [EP, 21-01-2015, p. 545106]. Texto completo: <bit.ly/2OY7cdA>).

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 652. **Quien efectúa la impugnación debe alegar un interés legítimo o afectación directa a un derecho subjetivo. En la vía administrativa es presupuesto procesal objetivo para la validez de cualquier recurso impugnativo, la existencia de un acto administrativo que cause agravio al administrado.** 17. [Resulta] pertinente determinar si es que el Impugnante tiene legitimidad procesal para cuestionar la declaración de desierto del procedimiento, de selección, en relación a un derecho o interés efectivamente conculcado límite a su derecho de petición subjetiva, el cual consiste en que quien efectúa la impugnación debe alegar un interés legítimo o afectación directa a un derecho subjetivo. Es decir, se debe alegar un agravio directo, específico y personalizado. En esta línea argumental, la legitimidad está referida a la relación objetiva entre la legitimidad del sujeto que recurre a la Administración y el derecho afectado. Entonces, se requiere la constatación de una situación objetiva que implique la lesión de un derecho de manera efectiva y que configure un conflicto de relevancia jurídica respecto del bien que se pretende proteger. [...]. 19. En ese sentido, en la vía administrativa es presupuesto procesal objetivo para la validez de cualquier recurso impugnativo, la existencia de un acto administrativo previo contra el cual la impugnación está dirigida y que dicho acto debe causar agravio al administrado y, en este sentido, el recurso administrativo se interpondrá a efectos de modificar o extinguir su eficacia y, por su efecto, variar la condición jurídica discutida. (Resolución N.º 2875-2016-TCE-S2, de 07-12-2016, ff. 17 y 19. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2PVxGky>).

§ 653. **Acoger cuestionamientos distintos a los presentados en el recurso de apelación o en el escrito de absolución, implicaría colocar en una situación de indefensión a una de las partes.** 16. [Es] preciso tener en consideración lo establecido en el numeral 3 del artículo 104 [cfr. art. 126 del Nuevo Reglamento] y numeral 2 del artículo 105 del Reglamento [cfr. art. 127 del Nuevo Reglamento], que establece que la determinación de los puntos controvertidos se sujeta a lo expuesto por las partes en el escrito que contiene el recurso de apelación y en el escrito de absolución de traslado del recurso de apelación, presentados dentro del plazo previsto, sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuven a la resolución de dicho procedimiento. cabe señalar que lo antes citado, tiene como premisa que, al momento de analizar el recurso de apelación, se garantice el derecho al debido proceso de los intervinientes, de manera que las partes tengan la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción respecto de lo que ha sido materia de impugnación; pues lo contrario, es decir acoger cuestionamientos distintos a los presentados en el recurso de apelación o en el escrito de absolución, implicaría colocar en una situación de indefensión a la otra parte, la cual, dado los plazos perentorios con que cuenta el Tribunal para resolver, vería conculcado su derecho a ejercer una nueva defensa. (Resolución N.º 1492-2017-TCE-52, de 13-07-2017, f. 16. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2A7mg3c>).

§ 654. **Los medios impugnatorios en sede administrativa se encuentran sujetos a determinados controles de carácter formal y sustancial, los cuales se establecen a efectos de determinar la admisibilidad y procedencia de un recurso, respectivamente.** 1. El artículo 41 de la Ley establece que las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de

selección, y las que surjan en los procedimientos para implementar o mantener catálogos electrónicos de Acuerdo Marco, solamente pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación. A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme establezca el Reglamento. 2. [Es] necesario tener presente que los medios impugnatorios en sede administrativa se encuentran sujetos a determinados controles de carácter formal y sustancial, los cuales se establecen a efectos de determinar la admisibilidad y procedencia de un recurso, respectivamente. En el caso de la procedencia, se evalúa la concurrencia de determinados requisitos que otorgan legitimidad y validez a la pretensión planteada a través del recurso; es decir, en la procedencia inicia el análisis de la controversia porque se hace una confrontación de determinados aspectos de la pretensión invocada y los supuestos establecidos en la normativa para que dicha pretensión sea evaluada por el órgano resolutorio. En ese sentido, a efectos de verificar la procedencia del recurso de apelación, es pertinente remitirnos a las causales de improcedencia previstas en el artículo 101 del Reglamento [cfr. art. 123 del Nuevo Reglamento], a fin de determinar si el presente recurso es procedente o por el contrario, se encuentra inmerso en alguna de las referidas causales. (Resolución N.º 1486-2017-TCE-S4, de 13-07-2017, ff. 1 y 2. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2RWjSDt>).

§ 655. Únicamente pueden ser materia de pronunciamiento por parte del Tribunal los puntos controvertidos que devienen de los argumentos expresados tanto en el escrito del recurso de apelación como en el de su absolución. 4. [...] [Es] preciso tener en consideración lo establecido en el numeral 3 del artículo 104 del Reglamento [cfr. art. 126 del Nuevo Reglamento], en virtud del cual, “las partes deben formular sus pretensiones y ofrecer medios probatorios en el escrito que contiene el recurso de apelación y en el escrito de absolución de traslado del recurso de apelación, presentado dentro del plazo previsto. La determinación de puntos controvertidos se sujeta a lo expuesto por las partes en dichos escritos, sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuven a la resolución de dicho procedimiento”. Asimismo, debe considerarse el numeral 4 del artículo 104 del Reglamento, en virtud del cual “(...) el postor o postores emplazados deben absolver el traslado del recurso en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente de haber sido notificados a través del SEACE. La absolución del traslado es presentado a la Mesa de Partes del Tribunal o en las Oficinas Desconcentradas del OSCE, según corresponda”. Dicha disposición resulta concordante con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 105 del Reglamento [cfr. art. 127 del Nuevo Reglamento], en virtud del cual la resolución expedida por el Tribunal que se pronuncie sobre el recurso de apelación deberá contener, entre otra información, “la determinación de los puntos controvertidos definidos según los hechos alegados por el Impugnante mediante su recurso y por los demás intervinientes en el procedimiento de impugnación al absolver el traslado del recurso de apelación”. [...] habiéndose absuelto el traslado del recurso de apelación dentro del plazo legal, únicamente pueden ser materia de pronunciamiento por parte de este Colegiado los puntos controvertidos que devienen de los argumentos expresados tanto en el escrito del recurso de apelación como en el de su absolución. Asimismo, no serán considerados por este Tribunal, para efectos de la fijación de puntos controvertidos, los cuestionamientos que tanto el Impugnante como el Adjudicatario hubiesen formulado de forma extemporánea. Cabe señalar, sin embargo, que todos los argumentos manifestados durante el desarrollo del presente procedimiento impugnativo, se tendrán en cuenta en lo que concierne al derecho de defensa. En atención a lo expuesto, los puntos controvertidos a dilucidar consisten en: a) Determinar si corresponde revocar la descalificación de la oferta del Impugnante. b) Determinar si corresponde descalificar la oferta del Adjudicatario. c) Determinar si corresponde revocar la buena pro otorgada al Adjudicatario. d) Determinar si corresponde adjudicar la buena pro al Impugnante. (Resolución N.º 1486-2017-TCE-S4, de 13-07-2017, f. 4. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2RWjSDt>).

§ 656. Al momento de analizar el recurso de apelación se debe garantizar el derecho al debido procedimiento de los intervinientes, de manera que las partes tengan la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción. 15. [...] [La] determinación de los puntos controvertidos se sujeta a lo expuesto por las partes en el escrito que contiene el recurso de apelación y en el escrito de absolución de traslado del referido recurso, presentado dentro del plazo previsto, sin perjuicio de la presentación

de pruebas y documentos adicionales que coadyuven a la resolución de dicho procedimiento. Cabe señalar que lo antes citado, tiene como premisa que, al momento de analizar el recurso de apelación, se garantice el derecho al debido procedimiento de los intervinientes, de manera que las partes tengan la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción respecto de lo que ha sido materia de impugnación; pues lo contrario, es decir, acoger cuestionamientos distintos a los presentados en el recurso de apelación o en el escrito de absolución, implicaría colocar en una situación de indefensión a la otra parte, la cual, dado los plazos perentorios con que cuenta el Tribunal para resolver, vería conculcado su derecho a ejercer una nueva defensa. (Resolución N.º 0047-2017-TCE-S4, de 06-01-2017, f. 15. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2TnVj39>).

§ 657. Los actos pasibles de impugnación no son solo aquellos que se realizan con posterioridad a la presentación de propuestas, sino también aquellos actos efectuados desde la convocatoria. 3. [...] [Los] actos pasibles de impugnación a través de los recursos administrativos contemplados en la norma de la materia no son solo aquellos que se realizan con posterioridad a la presentación de propuestas, a fin que sea el postor el único que pueda impugnar un acto que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, sino que al ser posible los cuestionamientos contra actos efectuados desde la convocatoria, no cabe duda que los mismos pueden ser planteados por los participantes del proceso. Por consiguiente, en la medida que exista actos administrativos que afecten el derecho o interés de un participante, este se encuentra legitimado para interponer los recursos de apelación y revisión, según corresponda. [...] (Resolución N.º 152-2006-TC-SU, de 09-03-2006, f. 3. Sala Única. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2EvBqnu>).

§ 658. Resulta pertinente revisar la legalidad de las bases integradas, en especial en aquellos aspectos que tienen incidencia directa en el análisis de los cuestionamientos planteados por el Impugnante en su recurso de apelación. 27. [Debe] tenerse presente que los cuestionamientos planteados por el Impugnante en su recurso de apelación y lo expuesto por la Entidad en su oportunidad se encuentran referidos a la sustentación de la documentación de presentación obligatoria referida a la autorización para la distribución del producto requerido. En ese sentido, considerando la relevancia que tiene para todo procedimiento de selección lo consignado en las bases integradas; resulta pertinente entonces revisar la legalidad de las mismas, en especial en aquellos aspectos que tienen incidencia directa en el análisis de los cuestionamientos planteados por el Impugnante en su recurso de apelación. Ello más aun considerando que, en reiteradas oportunidades, este Colegiado ha enfatizado que las bases constituyen las reglas definitivas del procedimiento de selección y es en Función de las que debe efectuarse la verificación de los documentos obligatorios para la decisión de una oferta, la evaluación y la calificación de las mismas quedando tanto las Entidades como los postores, sujetos a sus disposiciones. (Resolución N.º 2929-2016- TCE-S1, de 12-12-2016, f. 27. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2DHMf5w>).

§ 659. Diferencias entre la impugnación del otorgamiento de la buena pro y de la evaluación de propuestas. Considerando. [...] Que, en efecto, la diferencia entre la impugnación de la buena pro y la de la evaluación de las propuestas, es que la primera implica la discusión de la decisión de la Entidad de otorgar la buena pro a una persona distinta del impugnante, sea por razones de hecho o de derecho; en tanto que la segunda concierne a la controversia suscitada por la disconformidad del impugnante respecto de la evaluación de su propuesta, sea en la etapa de evaluación de propuesta técnica y/o económica, sin perjuicio de que resolución del recurso signifique la alteración del orden de los postores en el cuadro comparativo. Que, en otros términos, la impugnación de la buena pro implica el desacuerdo del impugnante de la evaluación de la propuesta de un tercero, mientras que la impugnación de la evaluación de propuestas significa el desacuerdo con la evaluación de la oferta del impugnante. [...]. (Resolución N.º 545-2001-TC-S2, de 03-12-2001, considerando. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2E5ZonH>).

§ 660. Legitimidad procesal para impugnar. La declaración de la descalificación de la oferta es impugnabile. 12. En el presente caso, tratándose de la contratación de servicios, es derecho de todo

postor que ha presentado una oferta, que la misma sea beneficiada con la buena pro del procedimiento de selección, previa verificación de su admisibilidad, evaluación y calificación. En tal sentido, es la declaración de la descalificación de la oferta del impugnante la que le ha restringido dicho derecho, pudiendo haber impugnado ello, si considerase que la decisión del comité de selección no se encontraba arreglada a lo dispuesto en la normativa. Sin embargo, el Impugnante no ha cuestionado la descalificación de su oferta, habiéndose limitado a argumentar las razones por las cuales considera que el procedimiento debe declararse nulo y que la oferta del Adjudicatario debe ser desestimada. Este proceder determina que dicho postor haya consentido la no admisión de su oferta, situación jurídica en la cual carece de legitimidad procesal para cuestionar la validez del procedimiento de selección y la evaluación realizada a la oferta del Adjudicatario y, por ende, el otorgamiento de la buena pro, actos en los que no participó y cuyos resultados, por ende, no han generado una afectación concreta en algún derecho que, con posterioridad a su no admisión, posea. **13.** Cabe añadir al respecto que, en consulta al representante del Impugnante en audiencia pública, sobre que en el recurso de apelación no se hace alusión a la descalificación de su oferta, este señaló que la pretensión del recurso no tiene por objeto cuestionar la descalificación de la misma, sino únicamente los vicios en que habría incurrido la Entidad al momento de integrar las bases que agravan el interés público, y el otorgamiento de la buena pro. (Resolución N.º 3025-2016- TCE-S3, de 23-12-2016, ff. 12 y 13. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2zUFsB0>).

§ 661. El único recurso para impugnar las decisiones adoptadas hasta antes de la celebración del contrato, es el recurso de apelación y la resolución emitida por el Tribunal, agota la vía administrativa. No existe legalmente en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de plantear una solicitud, pedido o recurso de nulidad de una resolución del Tribunal. 3. [...] [La] norma especial sobre contrataciones estatales, establece que el único recurso para impugnar las decisiones adoptadas hasta antes de la celebración del contrato, es el recurso de apelación y la resolución emitida por el Tribunal, agota la vía administrativa. En concordancia con ello, de acuerdo con lo establecido en el numeral 11.1 del artículo 11 de la LPAG, los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernen por medio de los recursos administrativos previstos en la acotada Ley, la cual ha regulado los recursos de reconsideración, apelación y revisión. De ahí que, “cuando un administrado considere que se ha dictado una resolución nula debe hacerlo saber a la autoridad por medio de los recursos administrativos que establece la Ley”. En consecuencia, no existe legalmente en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de plantear una solicitud, pedido o recurso de nulidad de una resolución de este Tribunal. Por tanto, al amparo de los artículos 10 y 11 de la LPAG, las solicitudes de nulidad formuladas por los postores deben ser planteadas con el recurso de apelación ante este Tribunal o la Entidad, según corresponda. **4.** [En] el caso que los administrados consideren que la resolución emitida por este Tribunal les causa agravio, corresponde que interpongan la acción contencioso administrativo ante el Poder Judicial, tal como establece el artículo 148 de la Constitución Política del Perú [...]. (Resolución N.º 3091-2016-TCE-S3, de 30-12-2016, f. 4. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2zV9THb>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 662. Legitimidad activa para impugnar un proceso de selección. CONCLUSIONES: 3.1. Dentro de un procedimiento de selección, solo pueden interponer recurso de apelación aquellos participantes o postores contra algún acto emitido por el Comité de Selección o por el órgano encargado de las contrataciones, así como por el Titular de la Entidad, cuando corresponda. **3.2.** En el marco de lo previsto por los artículos 10 y 11 de la Ley de Procedimiento Administrativo General y el artículo 44 de la Ley, cualquier participante o proveedor puede solicitar ante la Entidad la nulidad del procedimiento de selección, al advertir la existencia de hechos que configuren vicios en el procedimiento. **3.3.** A través de la solicitud de Dictamen al OSCE, cualquier tercero recurrente está en la posibilidad de formular cuestionamientos sobre transgresiones a la normativa de contrataciones del Estado en las que pudiera haber incurrido la Entidad durante un procedimiento de selección. (Opinión N.º 047-2017/DTN, de 16-02-2017, ff. 3.1, 3.2, y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RwEBOu>).

§ 663. Recurso de apelación en las contrataciones a través del Acuerdo de Convenio Marco. 2.2.2. [...] [L]as controversias surgidas durante la fase de selección del Convenio Marco darían lugar al recurso de apelación ante Tribunal de Contrataciones del Estado, mientras que las controversias que se hubiesen presentado durante la ejecución contractual que involucraba únicamente a la Entidad contratante y al proveedor adjudicatario debían resolverse mediante conciliación y/o arbitraje. Llegado a este punto, cabe precisar que la decisión de suspender o excluir fichas-producto o proveedores del Catálogo Electrónico no se encontraba comprendida dentro las fases de selección o ejecución contractual, sino que, como se ha indicado anteriormente, obedecía a una facultad otorgada a la Entidad responsable para que pueda administrar adecuadamente los Catálogos Electrónicos del Convenio Marco. Como se puede advertir, la anterior normativa de contrataciones del Estado no había regulado expresamente un mecanismo para cuestionar el acto administrativo a través del cual la Entidad responsable excluía o suspendía determinada ficha-producto o proveedor del Catálogo Electrónico del Convenio Marco; no obstante, tal omisión no debía interpretarse como una limitación o imposibilidad de que el proveedor pueda contradecir dicha decisión. (Opinión N.º 126-2017/DTN, de 02-06-2017, f. 2.2.2. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QinmEe>).

§ 664. La acción contencioso administrativa no suspende los efectos de los actos administrativos que agotaron la vía administrativa, salvo decisión judicial o norma legal que disponga lo contrario. Véase la jurisprudencia del artículo 270º del Nuevo Reglamento [§ 2183]. (Opinión N.º 064-2017/DTN, de 02-03-2017, ff. 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Pmm2L1>).

§ 665. Si se interpone una denuncia de “nulidad de procedimiento de selección” y no se cumple con adjuntar la garantía, se deben aplicar las reglas previstas para el trámite del recurso de apelación. Véase la jurisprudencia del artículo 122º del Nuevo Reglamento [§ 1585]. (Opinión N.º 142-2018/DTN, de 11-09-2018, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Sb1h6W>).

REMISIONES

§ 665a. Sobre el recurso de apelación. Véase también la jurisprudencia de los artículos 117º ss. del Nuevo Reglamento [§ 1575 ss.].

§ 665b. Sobre el recurso de reconsideración. Véase también la jurisprudencia del artículo 269º del Nuevo Reglamento [§ 2166 ss.].

§ 665c. Sobre la solicitud de dictamen. Véase también la jurisprudencia de la Directiva N.º 004-2017-OSCE/CD [§ 2254].

Artículo 42: Suspensión del procedimiento

La presentación de los recursos interpuestos de conformidad con lo establecido en el artículo precedente deja en suspenso el procedimiento de selección hasta que el recurso sea resuelto, conforme a lo establecido en el reglamento, siendo nulos los actos posteriores practicados hasta antes de la expedición de la respectiva resolución.

(Texto según el artículo 42 de la Ley N.º 30225)

Artículo 43: Denegatoria ficta

En el caso que la Entidad o el Tribunal de Contrataciones del Estado, según corresponda, no resuelva y notifique sus resoluciones dentro del plazo que fija el reglamento, los interesados deben considerar

denegados sus recursos de apelación, pudiendo interponer la acción contencioso-administrativa contra la denegatoria ficta dentro del plazo legal correspondiente.

En estos casos, la Entidad o el Tribunal de Contrataciones del Estado devuelve la garantía presentada por los interesados al momento de interponer su recurso de apelación.

(Texto según el artículo 43 de la Ley N.º 30225)

OPINIONES DEL OSCE

§ 666. En el supuesto que una resolución que resuelve el recurso de apelación se emita dentro del plazo de ley, pero se notifique fuera de plazo, tal situación generará la denegatoria ficta. CONSULTA: 2.1. “¿La denegatoria ficta se aplica aun cuando la resolución mediante la cual se resuelve el recurso de apelación haya sido emitida dentro del plazo de Ley y, se ha inobservado del plazo para notificar la misma?” CONCLUSIONES: 3.1. La denegatoria ficta opera en caso que el Tribunal de Contrataciones del Estado no cumpla con resolver y notificar sus resoluciones de acuerdo a lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, caso en el cual, los interesados deberán considerar denegado su recurso de apelación, pudiendo interponer la acción contencioso-administrativa contra la denegatoria ficta dentro del plazo legal correspondiente. 3.2. En el supuesto que la resolución mediante la cual se resuelve el recurso de apelación haya sido emitida dentro del plazo de ley, pero la notificación de la misma se realice fuera de plazo tal situación generará la denegatoria ficta. 3.3. La denegatoria ficta se aplica cuando se incumpla con la realización de cualquiera de los dos actos mencionados en el artículo 104 del Reglamento; es decir, el acto de resolver o el acto de notificar. (Opinión N.º 072-2017/DTN, de 03-03-2017, ff. 2.1, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2L2BFXw>).

Artículo 44: Declaratoria de nulidad

44.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida, la etapa a la que se retrotrae el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

44.2 El Titular de la Entidad declara de oficio la nulidad de los actos del procedimiento de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, solo hasta antes del perfeccionamiento del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación. La misma facultad la tiene el Titular de la Central de Compras Públicas-Perú Compras, en los procedimientos de implementación o extensión de la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

a) Por haberse perfeccionado en contravención con el artículo 11. Los contratos que se declaren nulos en base a esta causal no tienen derecho a retribución alguna con cargo al Estado, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.

b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, previo descargo.

c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.

d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguno de los supuestos que habilitan a la contratación directa. Cuando no se utilice los métodos de contratación previstos en la presente norma, pese a que la contratación se encuentra bajo su ámbito de aplicación; o cuando se empleó un método de contratación distinto del que corresponde.

e) Cuando por sentencia consentida, ejecutoriada o reconocimiento del contratista ante la autoridad competente nacional o extranjera se evidencie que durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, éste, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio indebido, dádiva o comisión. Esta nulidad es sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiere lugar.

f) Cuando se acredite que el contratista, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio indebido, dádiva o comisión en relación con ese contrato o su procedimiento de selección conforme establece el reglamento. Esta nulidad es sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiere lugar.

g) En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo procedimiento de selección que correspondiera.

44.3 La nulidad del procedimiento y del contrato ocasiona la obligación de la Entidad de efectuar el deslinde de responsabilidades a que hubiere lugar.

44.4 El Titular de la Entidad puede autorizar la continuación de la ejecución del contrato, previo informes técnico y legal favorables que sustenten tal necesidad. Esta facultad es indelegable.

44.5 Cuando corresponda al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la nulidad del contrato, se considera en primer lugar las causales previstas en la presente norma y su reglamento, y luego las causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional.

44.6 Cuando la nulidad sea solicitada por alguno de los participantes o postores, bajo cualquier mecanismo distinto al recurso de apelación, ésta debe tramitarse conforme a lo establecido en el artículo 41 de la Ley. ^(a)

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 004-2017-OSCE/CD, "Acciones de supervisión a pedido de parte" (EP, 02-04-2017) [D-019].

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§667. **Pedido de suspensión del procedimiento administrativo sancionador por haberse instalado un Tribunal Arbitral en un proceso en el que se cuestiona la declaración de nulidad del contrato.** Véase la jurisprudencia del artículo 50º de la Ley [§ 791]. (Acuerdo N.º 8-2014-TCE, de 22-08-2014. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación [EP, 21-01-2015, p. 545106]. Texto completo: <bit.ly/2OY7cdA>).

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES, PRONUNCIAMIENTOS Y OPINIONES DEL OSCE

NUMERAL 44.1

§ 668. **La nulidad, en el ámbito de la contratación pública, es una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contratación (art. 44.1).** 16. [Es] necesario precisar que la nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades, en el ámbito de la contratación pública, una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones. Eso implica que la anulación del acto administrativo puede encontrarse motivada en la propia acción, positiva u omisiva, de la administración o en la de otros participantes del procedimiento, siempre que

dicha actuación afecte la decisión final tomada por la administración. En ese sentido que el legislador establece los supuestos de *“gravedad máxima a los que no alcanza la cobertura de interés público y a los que, en consecuencia, aplica la sanción máxima de nulidad absoluta que, de este modo, queda convertida en algo excepcional”*. Ello obedece a que en principio, todos los actos administrativos se presumen válidos y por tanto, para declarar su nulidad, es necesario que concurran las causales expresamente previstas por el legislador y al declarar dicha nulidad, se apliquen ciertas garantías tanto para el procedimiento en el que se declara la nulidad como para el administrado afectado con el acto. (Resolución N.º 2330-2016-TCE-S3, de 03-10-2016, f. 16. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2BbaSEy>).

§ 669. Nulidad por vicio insubsanable. El monto fijado en las Bases equivalente a una suma inferior del valor referencial, en ningún caso puede ser tenido por válido, ya que se trata de una norma de carácter imperativo (art. 44.1). 1. [...] [La] materia controvertida que debe ser resuelta en la presente Resolución, consiste en determinar si las Bases consignaron de manera correcta el valor mínimo (70%) del valor referencial, de acuerdo al Reglamento. [...] De acuerdo a lo previsto en el artículo 33 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado [cfr. art. 28.2 de la Ley vigente], [...] en adelante la Ley, en el caso de bienes y servicios, las propuestas económicas inferiores al setenta por cien (70%) [en la actualidad 90%] del valor referencial serán devueltas por el Comité Especial. [...] A pesar que las Bases Integradas han cumplido formalmente con fijar el setenta por cien (70%) del valor referencial, esto ha implicado inducir a error tanto a los postores participantes como a los miembros del Comité Especial, al momento de formular las propuestas económicas y de someterlas a evaluación y calificación, respectivamente, [...] por lo que el monto fijado en las Bases equivalente al 69.9999948...% del valor referencial, en ningún caso puede ser tenido por válido a la luz de la disposición legal antes citada, ya que se trata de una norma de carácter imperativo. [...] **2.** [D]ebe tenerse en cuenta que el vicio incurrido por la Entidad no resulta conservable, por cuanto existe una evidente trasgresión a la normativa de la materia, que constituye causal de nulidad de pleno derecho, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 10 de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. (Resolución N.º 1433-2007-TC-S1, de 20-09-2007, ff. 1 y 2. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2lJJPgp>).

§ 670. La nulidad como herramienta para sanear el proceso de selección (art. 44.1). 16. [L]a nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades una herramienta lícita para sanear el proceso de selección de cualquier irregularidad que pudiera dificultar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones. Para estos efectos, la causal que origine la nulidad debe implicar una afectación al procedimiento de contratación, de tal manera que el acto afectado con dicho vicio, no sea susceptible de conservación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Sobre el particular, es preciso señalar que el análisis que efectúa este Tribunal, tiene como premisa que la finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra que las Entidades adquieran bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles, dentro de un escenario que garantice la satisfacción de la necesidad que motivó el requerimiento, la concurrencia de potenciales proveedores y la debida transparencia en el uso de los recursos públicos. (Resolución N.º 2980-2015-TCE-S2, de 31-12-2015, f. 16. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2RnNZTy>).

§ 671. Al aplicar la nulidad se deben aplicar ciertas garantías tanto para el procedimiento en el que se declara la nulidad como para el ministrado afectado con el acto (art. 44.1). 37. Sobre el particular, es necesario señalar que la nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera dificultar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones. Eso implica que la anulación del acto administrativo puede encontrarse motivada en la propia acción, positiva u omisiva, de la administración o en la de otros participantes del procedimiento, siempre que dicha actuación afecte la decisión final tomada

por la administración, ese sentido. El legislador establece los supuestos de “*gravedad máxima a los que no alcanza la cobertura de interés público y a los que, en consecuencia, aplica la sanción máxima de nulidad absoluta que, de este modo, queda convertida en algo excepcional*” (subrayado agregado). Ello obedece a que en principio, todos los actos administrativos se presumen válidos y por tanto, para declarar su nulidad, es necesario que concurren las causales expresamente previstas por el legislador y al declarar dicha nulidad; se apliquen ciertas garantías tanto para el procedimiento en el que se declara la nulidad como para el administrado afectado con el acto. (Resolución N.º 2954-2016-TCE-S3, de 15-12-2016, f. 37. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2FhyfAL>).

§ 672. El Titular de la Entidad tiene la facultad de declarar la nulidad de oficio del proceso de selección, cuando, los actos expedidos durante su realización contravengan las normas legales (art. 44.1). 25. [Este] Colegiado considera cuestionable lo informado por la Entidad, en el sentido de pretender trasladar toda la responsabilidad por la elección de los productos, a la nutricionista y al representante de la DIRESA [...] que participaron en dicha determinación, además de inferir una aparente legalidad de la elección de los productos, por el hecho que los participantes del proceso de selección no hayan presentado observaciones al respecto; toda vez que, en virtud de lo previsto en el artículo 56 de la Ley [cfr. art. 44 de la Ley vigente], el Titular de la Entidad tiene la facultad de declarar la nulidad de oficio del proceso de selección, cuando, entre otros supuestos, los actos expedidos durante su realización contravengan las normas legales, tal como ha sucedido en el presente caso. **26.** Bajo ese contexto, cabe señalar que en el artículo 56 de la Ley, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 119 del Reglamento [cfr. art. 128.1.e del Nuevo Reglamento], se dispone que el Tribunal, en los casos que conozca, declarará nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección. Por lo tanto, considerando que se ha advertido que las bases integradas del proceso de selección contienen una contravención legal al haber incluido un insumo que se encuentra prohibido en alimentos destinados a programas sociales, conformaba lo previsto en el artículo 12 de la “Norma Sanitaria para la fabricación de alimentos a base de granos y otros, destinados a Programas Sociales”, aprobada por la Resolución Ministerial N.º 451-2006/MINSA y modificada por la Resolución Ministerial N.º 860-2007/MINSA, corresponde que este Tribunal declare la nulidad del proceso de selección, retrotrayéndose el mismo a la etapa de convocatoria, previa determinación de los insumos a adquirirse conforme al procedimiento aplicable, y reformulación de las Bases, a fin que éstas no incluyan insumos que se encuentran prohibidos por norma legal expresa. (Resolución N.º 0061-2016-TCE-S1, de 11-01-2016, ff. 25 y 26. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2FruF7n>).

§ 673. Nulidad de los actos expedidos cuando prescindan de las normas esenciales del procedimiento. Presentación de la oferta del impugnante y la evaluación de su admisión, no se encuentra acorde a lo establecido en las bases del procedimiento de selección (art. 44.1). 16. [Es] posible advertir que la presentación de la oferta del impugnante y la evaluación de su admisión, no se encuentra acorde a lo establecido en las bases del procedimiento de selección, toda vez que, por un lado, el impugnante presentó un catálogo donde se consignaban las medidas de las hornillas que diferían de lo requerido en las bases y, por otro lado, el comité de selección no solo no consignó en el acta respectiva el verdadero motivo de la no admisión de la oferta de dicho postor, sino que, además, en el desarrollo de la audiencia pública, indicó que el motivo de la descalificación provenía del hecho que en el catálogo de dicho postor se consignaron medidas de hornillas diferentes a las establecidas en las especificaciones técnicas, aun cuando en la misma acta de evaluación y calificación de ofertas se consignó que, de la evaluación de las muestras presentadas, se verificó que sí cumplían con las especificaciones técnicas requeridas. [...] **18.** Conforme se aprecia de lo [actuado], la ambigüedad e imprecisión de las bases, conllevaron a que los postores y el comité de selección cuenten con interpretaciones distintas respecto de la documentación que debía presentarse para la admisión de la oferta y de lo que dicha documentación debía acreditar; advirtiéndose una deficiencia en las bases del procedimiento de selección que

transgrede los principios de libre concurrencia, igualdad de trato, transparencia y eficiencia y eficacia. 19. Al respecto, el artículo 44 de la Ley concordado con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 106 del Reglamento [cfr. art. 128.1.e del Nuevo Reglamento], dispone que el Tribunal, en los casos que conozca, declarará nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento de selección [...]. (Resolución N.º 3000-2016-TCE-S3, de 22-12-2016, ff. 16, 18 y 19. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2B5txSG>).

§ 674. **En caso de declararse la nulidad del contrato, el contratista puede solicitar el reconocimiento de dicha prestación. En caso de no declararse la nulidad del contrato, este se mantiene vigente y, por ende, las prestaciones de ambas partes son de obligatorio cumplimiento. Enriquecimiento sin causa (art. 44.1).** CONSULTA: 2.1. “En caso de declararse la nulidad del contrato, ¿procede el pago por el servicio prestado?” [...] 2.2. “En caso de no declararse la nulidad del contrato, ¿procede el pago por el servicio prestado, pese a que el mismo ha sido realizado de mala fe?”. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Cuando se configure el enriquecimiento sin causa, el contratista podría solicitar el reconocimiento de dicha prestación, correspondiendo a la Entidad, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, decidir si reconocerá el precio de las prestaciones ejecutadas por el contratista de manera directa, o si esperará a que el proveedor perjudicado interponga la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente, siendo recomendable coordinar con su asesoría jurídica interna y su área de presupuesto, a fin de tomar una decisión de gestión concertada sobre el caso concreto. 3.2. Si durante la prestación del servicio el contrato no ha sido declarado nulo, este se mantiene vigente y, por ende, las prestaciones de ambas partes (Entidad y contratista) son de obligatorio cumplimiento. Por tanto, en caso que la Entidad determine que no se ha configurado el incumplimiento del contrato o alguna otra figura establecida en la normativa de contratación pública que imposibilite la culminación del mismo, las partes deberían continuar la ejecución contractual cumpliendo las prestaciones a las que están obligadas. (Opinión N.º 234-2017/DTN, de 27-10-2017, ff. 2.1, 2.2, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Bguel>).

§ 675. **Supuestos de nulidad de los actos administrativos. La falta de motivación del rechazo de la oferta constituye un supuesto de nulidad del procedimiento de selección retrotrayéndolo a la etapa de admisión de ofertas (art. 44.1).** 33. [...] [Según] lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley, conforme al cual, el Tribunal en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección. Al respecto, cabe precisar que la nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades, en el ámbito de la contratación pública, una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones. Eso implica que la anulación del acto administrativo puede encontrarse motivada en la propia acción, positiva u omisiva, de la Administración o en la de otros participantes del procedimiento, siempre que dicha actuación afecte la decisión final tomada por la administración. En ese sentido, el legislador establece los supuestos de “gravedad máxima a los que no alcanza la cobertura de interés público y a los que, en consecuencia, aplica la sanción máxima de nulidad absoluta que, de este modo, queda convertida en algo excepcional” [...]. Ello obedece a que en principio, todos los actos administrativos se presumen válidos y por tanto, para declarar su nulidad, es necesario que concurran las causales expresamente previstas por el legislador y al declarar dicha nulidad, se apliquen ciertas garantías tanto para el procedimiento en el que se declara la nulidad como para el administrado afectado con el acto. 34. [...] [Si] el vicio incurrido resulta trascendente, [...] no es posible conservar el acto viciado de nulidad, al haberse contravenido los mencionados dispositivos ello en vista que la actuación del Comité de Selección debe

enmarcarse en la normativa vigente y su contravención justifica plenamente a que la Administración disponga la nulidad del procedimiento de selección retrotrayéndolo a la etapa de admisión de ofertas, momento en el cual se advierte que el Comité de Selección no motivó adecuadamente la no admisión de la oferta presentada por el Impugnante. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del TUO de la LPAG, la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias son causales de nulidad de los actos administrativos, los mismos que no son conservables. (Resolución N.º 0517-2017-TCE-S4, de 06-04-2017, ff. 33 y 34. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Fllxjz>).

§ 676. Las Entidades podrán utilizar la figura jurídica de la nulidad para sanear el proceso de selección de cualquier irregularidad que pudiera dificultar la contratación (art. 44.1). 16. Previamente, debe indicarse que, el artículo 56 de la Ley [cfr. art. 44 de la Ley vigente] contempla la posibilidad que el Tribunal, en los casos que conozca, declare nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección. En tal sentido, la nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades una herramienta lícita para sanear el proceso de selección de cualquier irregularidad que pudiera dificultar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones. 17. Para estos efectos, la causal que origine la nulidad debe implicar una afectación al procedimiento de contratación, de tal manera que el acto afectado con dicho vicio, no sea susceptible de conservación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. (Resolución N.º 2980-2015-TCE-S2, de 31-12-2015, ff. 16 y 17. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2RnNZTy>).

§ 677. Cuando se declare la nulidad de solo determinados actos al interior del proceso de selección (posteriores a la convocatoria) convocado bajo el ámbito de una Ley anterior, este debe retrotraerse a la etapa en que se cometió el vicio de nulidad, correspondiendo continuar con el desarrollo del proceso conforme a las normas vigentes al momento de su convocatoria (art. 44.1). 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: “¿Cuál es la norma legal con la que debo convocar a licitación pública una obra en el presente año, siendo que la misma se inició el expediente de contratación desde el año 2013, se solicitó y otorgo buena pro en el 2014; y mediante resolución de alcaldía a propuesta de contraloría y OSCE se declaró la nulidad del proceso licitación en el 2015, lo que ha generado un replanteo, habiéndose modificado diseños y monto de obra?” (sic). [...] 2.3. Preciado lo anterior, debe indicarse que, cuando se declare la nulidad de solo determinados actos al interior del proceso de selección (posteriores a la convocatoria) convocado bajo el ámbito de la anterior Ley, toda vez que el proceso de selección mantiene su validez, este debe retrotraerse a la etapa en que se cometió el vicio de nulidad, correspondiendo continuar con el desarrollo del proceso conforme a las normas vigentes al momento de su convocatoria. Sin embargo, cuando el vicio de nulidad se verifica desde el inicio del proceso de selección, debiendo declararse la nulidad total del mismo, la nueva convocatoria que se realice con posterioridad al 9 de enero del año 2016 debe realizarse conforme a las disposiciones de la Ley N.º 30225 y empleando los métodos de contratación previstos en esta. (Opinión N.º 129-2016/DTN, de 12-08-2016, ff. 2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Cku57Z>).

§ 678. Si se declara la nulidad de sólo determinados actos al interior del proceso de selección, retrotrayéndose este a la etapa donde se cometió el vicio, el proceso mantiene su validez, debiendo continuar su desarrollo conforme a las normas vigentes al momento de su convocatoria (art. 44.1). CONSULTA: “¿Cuál es la norma legal aplicable para la continuación de un Proceso de Selección [...] que ha venido rigiéndose por el Decreto Legislativo N.º 1017 y su Reglamento el Decreto Supremo N.º 184-2008-EF, y que con fecha 15 de marzo de 2016 ha sido DECLARADO NULO de oficio y retrotraído a la etapa de convocatoria cuando ya se encuentra vigente una nueva ley, esto es, la Ley N.º 30225 - Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N.º 350-2015-EF?” (sic). [...] 3. CONCLUSIONES: 3.1. Cuando se declare la nulidad de solo determinados actos al interior del proceso de



selección convocado bajo el ámbito de la anterior Ley, toda vez que el proceso de selección mantiene su validez, este debe retrotraerse a la etapa en que se cometió el vicio de nulidad, correspondiendo continuar con el desarrollo del proceso conforme a las normas vigentes al momento de su convocatoria. **3.2.** Cuando el vicio de nulidad se verifica desde el inicio del proceso de selección, debiendo declararse la nulidad total del mismo, si la nueva convocatoria se realiza el 9 de enero del año 2016 o en fecha posterior, debe cumplir con las disposiciones de la Ley N.º 30225 y los métodos de contratación previstos en esta. (Opinión N.º 099-2016/DTN, de 08-07-2016, ff. 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PLxcjw>).

§ 679. Cuando un proceso de selección es declarado nulo, todos los actos dictados con posterioridad a la etapa a la cual es retrotraído son nulos y, por tanto, inexistentes (art. 44.1). CONSULTA: *Habiéndose declarado la nulidad de un procedimiento de selección que dispone que dicho procedimiento se retrotraiga a la etapa de convocatoria, previa reformulación de Bases ¿implica ello la inexistencia de todos los actos y actuaciones involucradas en el mismo, tales como registro de participantes, la presentación de propuestas, evaluación y calificación de las mismas, el otorgamiento de la buena pro, las actas del Comité Especial, la obligación de los proveedores de contar con la vigencia en el RNP, entre otras?* (sic). **2.3.** [...] [C]uando un proceso de selección es declarado nulo, todos los actos dictados con posterioridad a la etapa a la cual es retrotraído son nulos y, por tanto, inexistentes, entendiéndose a su vez que todas las actuaciones vinculadas al desarrollo del proceso de selección realizadas con posterioridad a dicha etapa también son nulas e inexistentes. Bajo estas consideraciones, la nulidad de un proceso de selección, retrotraído hasta la etapa de la convocatoria, implica la inexistencia de la convocatoria y de todo lo actuado con posterioridad a dicha etapa, ya sea que se trate de actuaciones implementadas por la Entidad (el registro de participantes, la recepción de propuestas, la calificación de las mismas, el otorgamiento de la buena pro, entre otras), actuaciones de los proveedores, participantes, postores o adjudicatarios de la buena pro (el haber formalizado la inscripción como participantes, haber formulado consultas u observaciones, haber presentado propuestas, entre otras) y de las obligaciones subordinadas a la realización de dichas actuaciones [...]. (Opinión N.º 110-2013/DTN, de 23-12-2013, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RX82IY>).

§ 680. El procedimiento de selección, en su sección específica, debe precisar la forma de acreditar la seguridad y confiabilidad del bien a adquirir; de lo contrario será nulo (art. 44.1). **20.** [El] artículo 44 de la Ley concordado con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 106 del Reglamento [cfr. art. 128.1.e del Nuevo Reglamento], dispone que el Tribunal, en los casos que conozca, declarará nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. **21.** Teniendo en cuenta lo expuesto, corresponde que este Tribunal declare la nulidad del procedimiento de selección, debiéndose retrotraer a la etapa de convocatoria, previa reformulación de las Bases, a fin que éstas en su sección específica, de ser el caso, precise o determine la forma de acreditar la seguridad y confiabilidad del tanque criogénico, con la finalidad de contratar la prestación bajo condiciones de calidad y moderna tecnología, evitando incurrir en imprecisiones u omisiones que puedan restringir dicha finalidad y la participación de los proveedores y, efectuando la adecuada coordinación con el área usuaria a fin que, la documentación sustentaría requerida, las especificaciones técnicas mínimas, los factores de evaluación y los criterios de calificación, guarden relación con lo requerido por el área usuaria y cuenten con su respectiva aprobación. (Resolución N.º 3035-2016-TCE-S3, de 26-12-2016, ff. 20 y 21. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2PrTnt5>).

§ 681. Nulidad del procedimiento de selección por imprecisiones y deficiencias que vician la legalidad de las bases (art. 44.1). **17.** [...] [C]onsiderando que las Bases materia del procedimiento de selección impugnado, transgreden lo dispuesto por el artículo 26 y numeral 1 del artículo 27 del Reglamento [cfr. arts. 47 y 48.1, respectivamente, del Nuevo Reglamento], debido a que no se ha establecido

cuáles son las especificaciones técnicas con que debía contar el producto convocado [...], corresponde que este tribunal declare la nulidad del procedimiento de selección debiéndose retrotraer a la etapa de convocatoria, previa reformulación de las Bases, a fin que éstas, en su sección específica, contemplen de manera clara y precisa las especificaciones técnicas de los bienes convocados [...]. Sobre el particular, cabe precisar que las Bases no contienen las especificaciones técnicas del referido sub ítem, tales como el nivel o grado de resistencia química y que el producto no deba ser descartable, requerimientos que de acuerdo a lo indicado por el área usuaria debería poseer el producto convocado [...], incurriéndose de este modo en imprecisiones y deficiencias que vician la legalidad de las Bases, las cuales han derivado en la sustanciación de un procedimiento de selección que deviene en irregular, propiamente en lo que se refiere a la admisión de las ofertas. [...] 22. Conforme a ello, considerando que en el presente caso se advierte la contravención de los artículos 16 de la Ley y 8 del Reglamento [cfr. art. 29 del Nuevo Reglamento], así como se ha vulnerado de los Principios de Transparencia, Competencia y Libre Concurencia atendiendo a las facultades conferidas por imperio de la ley, este Tribunal debe declarar la nulidad del procedimiento de selección. (Resolución N.º 2940-2016-TCE-S3, de 13-12-2016, ff. 17 y 22. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2OLQHkC>).

§ 682. Si en las bases no se ha previsto una característica necesaria del bien a adquirir, será nulo el procedimiento de selección retrotrayéndose hasta la convocatoria previa reformulación del requerimiento (art. 44.1). 18. [...] [Se] aprecia que en las bases integradas no se ha previsto de manera expresa que las máquinas deban contar con una memoria interna; siendo ello así, considerando que para cautelar la eficacia del proceso de contratación es necesario que el bien a adquirir satisfaga plenamente todas las características requeridas por el área usuaria, siempre y cuando dichas características hayan sido consignadas en el requerimiento formulado por dicha área; se deja a salvo la facultad de la Entidad para declarar la nulidad del procedimiento de selección retrotrayéndolo hasta la convocatoria, previa reformulación del requerimiento y consecuente reelaboración de las bases, solo si ello resulta estrictamente necesario para salvaguardar la finalidad pública perseguida con la contratación, en caso de comprobar que las bases no recogen íntegramente los requerimientos técnicos del área usuaria. (Resolución N.º 1597-2017-TCE-S3, de 25-07-2017, f. 18. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2PWqqF2>).

§ 683. La sanción máxima de nulidad absoluta tiene carácter excepcional (art. 44.1). 20. [...] [La] nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades, en el ámbito de la contratación pública, una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones. Eso implica que la anulación del acto administrativo puede encontrarse motivada en la propia acción, positiva u omisiva, de la Administración o en la de otros participantes del procedimiento, siempre que dicha actuación afecte la decisión final tomada por la administración. En ese sentido que el legislador establece los supuestos de “gravedad máxima a los que no alcanza la cobertura de interés público y a los que, en consecuencia, aplica la sanción máxima de nulidad absoluta que, de este modo, queda convertida en algo excepcional” (subrayado agregado). Ello obedece a que en principio, todos los actos administrativos se presumen válidos y por tanto, para declarar su nulidad, es necesario que concurran las causales expresamente previstas por el legislador y al declarar dicha nulidad, se apliquen ciertas garantías tanto para el procedimiento en el que se declara la nulidad como para el administrado afectado con el acto. (Resolución N.º 0058-2017-TCE-S4, de 09-01-2017, f. 20. Cuarta Sala. Tribunal Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2SCXoYM>).

§ 684. El Tribunal puede declarar la nulidad del procedimiento de selección, en la medida que los vicios advertidos tuvieron lugar en la elaboración de las bases, debiendo retrotraerse el mismo a su etapa de convocatoria, previa reformulación de las bases (art. 44.1). 29. [Este] Colegiado considera que la Entidad no ha sustentado técnicamente las razones por las que es imprescindible que el bien ofertado, cuente con una silla cuyas ruedas tengan un diámetro exacto de 127 mm. (no siendo útil un diámetro de 125 mm), situación que este Colegiado considera contraria a los principios de *competencia* y *transparencia*, conforme a los cuales *los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten es-*

tablecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación, encontrándose prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia, toda vez que como ha quedado evidenciado en el presente caso, dicho requerimiento ha impedido el acceso a la participación de proveedores que presentan sillas con ruedas de diámetros que varían en dos milímetros respecto de la medida establecida en las bases. En ese contexto, este Colegiado considera que el establecimiento de una medida exacta del diámetro de las ruedas de la “silla de ruedas” y la no admisión de ofertas que presenten diámetros que varían en más o menos dos milímetros, más aún sin sustentar el necesario cumplimiento de la medida requerida, constituye una situación que, además de contravenir a los principios referidos de manera precedente, evidenciaría el direccionamiento de la contratación a un determinado proveedor o grupo de proveedores (solamente aquellos cuyas sillas de ruedas cuenten con un diámetro de ruedas de 127 mm.), lo que se encuentra proscrito en el sistema de compras públicas. Por cierto, lo expuesto no excluye la posibilidad de que la Entidad cuente con el sustento técnico suficiente para requerir que las ruedas tengan un diámetro preciso de 127 mm; sin embargo, dicho sustento no ha sido expuesto ante este Colegiado y, por lo tanto, ha evidenciado que esa medida, que puede restringir la competencia efectiva en el procedimiento de selección, tenga adecuado sustento. [...] **31.** Bajo ese contexto, debe declararse la nulidad del procedimiento de selección, en la medida que los vicios advertidos, consistentes en la contravención de los principios de transparencia y de eficacia y eficiencia, tuvieron lugar en la elaboración de las bases, debiendo retrotraerse el mismo a su etapa de convocatoria, previa reformulación de las citadas bases. (Resolución N.º 2977-2016-TCE-S4, de 19-12-2016, ff. 29 y 31. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2zauCY5>).

§ 685. La nulidad se las bases contraviene el principio de eficacia, debido a que las contrataciones deben efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio, plazos de ejecución, entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles (art. 44.1). **28.** [Esta] Sala advierte que las bases adolecen de un vicio de nulidad, pues su contenido contraviene lo establecido en los artículos 13, 27 de la Ley [cfr. arts. 16 y 18 de la Ley vigente] y 12 del Reglamento [cfr. art. 32 del Nuevo Reglamento], y el Principio de Eficacia, el cual exige que las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia [...]. (Resolución N.º 0119-2016-TCE-S4, de 19-01-2016, f. 28. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2IhyEg>).

§ 686. No constituye un vicio conservable, si hay incongruencia en la ficha técnica respecto al insumo objeto de convocatoria, por lo que se impide la continuación del procedimiento de selección (art. 44.1). **13.** [En] el presente procedimiento la Entidad requirió dos cantidades diferentes del producto objeto de la convocatoria, señalando una de ellas como parte de la ficha técnica del procedimiento de selección [...]. Nótese que lo expuesto evidencia una incongruencia entre el contenido de las bases y la información registrada y publicada en la ficha electrónica, precisamente en cuanto a la magnitud del requerimiento de la Entidad. [...] **15.** En consecuencia [y sin perjuicio del vicio advertido correspondiente al horario de atención de la Entidad] debe tenerse en cuenta que el vicio relacionado a la incongruencia e indeterminación de la cantidad de Kg del insumo objeto de convocatoria, por su naturaleza vinculada a la satisfacción de las necesidades de la Entidad y a la evaluación de las ofertas de los postores, no constituye un vicio conservable, por lo que impide la continuación del procedimiento de selección. (Resolución N.º 0350-2017-TCE-S1, de 20-03-2017, ff. 13 y 15. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Pv9RjP>).

§ 687. Para declarar la nulidad de los actos administrativos emitidos por las Entidades, deben concurrir las causales expresamente previstas en la ley (art. 44.1). **28.** [...] [En] principio, todos los actos administrativos se presumen válidos y, por tanto, para declarar su nulidad es necesario que concurren las causales expresamente previstas por el legislador, a efectos que se apliquen ciertas garantías, tanto para el procedimiento en el que se declara la nulidad como para los administrados afectados con el acto. **29.** En ese contexto, debe advertirse que el artículo 44 de la Ley, establece que en los casos que

conozca, el Tribunal declarará nulos los actos administrativos emitidos por las Entidades, cuando hayan sido expedidos por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico, o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicables debiéndose expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento. (Resolución N.º 3079-2016-TCE-S2, de 29-12-2016, ff. 28 y 29. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2QLs5KG>).

§ 688. No puede declararse la nulidad del proceso de selección derivada del incumplimiento de las disposiciones que regulan las etapas del proceso de selección, si ya se ha llegado a suscribir el contrato (art. 44.1). CONSULTA: 2.1. “(...) la nulidad del proceso de selección derivada de una incorrecta integración de bases, alcanza también al contrato suscrito?” (sic). [...] 2.1.2. Adicionalmente a lo indicado, el artículo 56 de la Ley [cfr. art. 44.2 de la Ley vigente] [...] establece determinados supuestos en los que, pese a haberse celebrado el contrato e iniciado su ejecución, el Titular de la Entidad puede declarar la nulidad de oficio a efectos de salvaguardar la legalidad de la contratación y los fines que esta persigue [...]. Ahora bien, como se indicó anteriormente, la consecuencia de la declaración de nulidad, es la invalidez de los actos celebrados incumpliendo los requisitos y/o formalidades impuestos por la normativa de contrataciones del Estado, siendo considerados actos inexistentes e incapaces de producir efectos; en esa medida, la declaración de nulidad de un contrato determina su inexistencia y, por tanto, la inexigibilidad de las obligaciones previstas en éste. [...] 2.1.3. Preciado lo anterior, debe indicarse que el [...] Reglamento determina las etapas del proceso de selección, entre las cuales se encuentra la etapa de integración de Bases. [...] [La] normativa de contrataciones del Estado dispone claramente que las Bases integradas deben incorporar el íntegro de las aclaraciones, precisiones o modificaciones producto de la absolución de consultas y observaciones, así como aquellas dispuestas en el pronunciamiento, debiendo ser observadas tanto por los postores como por el Comité Especial. En cuanto al incumplimiento de la obligación de integrar las Bases [...] debe tenerse en consideración que, como se ha señalado previamente, el tercer párrafo del artículo 22 del Reglamento [cfr. art. 44 de la Ley vigente] sanciona con nulidad el incumplimiento de las disposiciones que regulan las etapas del proceso de selección. [...] [Si] el Comité Especial advierte alguna deficiencia en las Bases integradas, que signifique una vulneración de la normativa de contrataciones del Estado, o de los principios que la rigen, corresponde poner tal situación en conocimiento del Titular de la Entidad, a efectos que este evalúe la necesidad de declarar la nulidad de oficio y retrotraer el proceso de selección hasta el momento o instante previo al acto, etapa o fase en la que se produjo el incumplimiento. 2.1.4. En atención a la consulta formulada, debe señalarse que la declaratoria de nulidad de un proceso de selección debido a la incorrecta integración de Bases, supone que el Titular de la Entidad retrotraiga el proceso de selección hasta el momento o instante previo al acto, etapa o fase en la que se produjo el incumplimiento, a efectos de subsanar y continuar válidamente con la tramitación del proceso de selección, conforme a lo establecido en el artículo 56 de la Ley [cfr. art. 44.1 de la Ley vigente]. No obstante, si a pesar de existir una incorrecta integración de Bases se llega a suscribir el contrato sin advertirse tal vicio, ello no cambia el hecho que el procedimiento de celebración del contrato, así como el proceso de selección, hayan concluido, y, por tanto, que ya no sea posible la declaración de nulidad del proceso de selección, ni tampoco del contrato, salvo que, en este último caso, se presentara alguna de las causales señaladas taxativamente en el tercer párrafo del artículo 56 de la Ley. [...] (Opinión N.º 114-2012/DTN, de 03-12-2012, ff. 2.1, 2.1.2, 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MgFVTH>).

§ 689. El Tribunal podrá declarar nulos los actos administrativos si advierte que han sido expedidos por órgano incompetente (art. 44.1). [SUMILLA] El Tribunal, podrá declarar nulos los actos administrativos si advierte que los mismos han sido expedidos por un órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso. (Resolución N.º 3754-2008-TC-S2, de 31-12-2008, sumilla. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2CanMnf>).



§ 690. Es nulo el proceso de selección, debido a que ni las bases ni el estudio de posibilidades que ofrece el mercado tomaron en cuenta el mecanismo de seguridad que había sido requerido por el área usuaria (art. 44.1). 14. [Este] Colegiado no puede soslayar el hecho que, de la revisión de las Bases Integradas del proceso de selección [...], se aprecia que se consignaron las aclaraciones y precisiones derivadas de la absolución de las consultas y observaciones, en la parte final del capítulo III de la Sección Específica; sin embargo, se mantuvo las especificaciones originales, por lo que las Bases contienen información incongruente que puede conllevar a la confusión entre los postores por no tener certeza y claridad de cuál es el real requerimiento de la Entidad [...]. 15. [...] [Se] advierte que, en el presente caso, se incurrió en una contravención de la normativa de contratación pública, toda vez que tanto el estudio de posibilidades que ofrece el mercado como las Bases no contemplaron el detalle del mecanismo de seguridad que había sido requerido por el área usuaria y, que al momento de integrar las Bases se mantuvo [...] las especificaciones originales pese a que, con ocasión de la absolución de consultas y observaciones, éstas habían sido modificadas. (Resolución N.º 0238-2016-TCE-S3, de 22-02-2016, ff. 14 y 15. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2QWbZOe>).

§ 691. La anulación del acto administrativo puede encontrarse motivada en la propia acción, positiva u omisiva, de la Administración o en la de otros participantes del procedimiento (art. 44.1). 19. [...] [E]l Tribunal en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección. [...] [C]abe precisar que la nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades, en el ámbito de la contratación pública, una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones. Eso implica que la anulación del acto administrativo puede encontrarse motivada en la propia acción, positiva u omisiva, de la Administración o en la de otros participantes del procedimiento, siempre que dicha actuación afecte la decisión final tomada por la administración. En ese sentido que el legislador establece los supuestos de “gravedad máxima a los que no alcanza la cobertura de interés público y a los que, en consecuencia, aplica la sanción máxima de nulidad absoluta que, de este modo, queda convertida en algo excepcional” [...]. Ello obedece a que en principio, todos los actos administrativos se presumen válidos y por tanto, para declarar su nulidad, es necesario que concurren las causales expresamente previstas por el legislador y al declarar dicha nulidad, se apliquen ciertas garantías tanto para el procedimiento en el que se declara la nulidad como para el administrado afectado con el acto. (Resolución N.º 0077-2017-TCE-S4, de 19-01-2017, f. 19. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2BWLUBM>).

§ 692. En caso se determine que adicionalmente a la declaración jurada de cumplimiento de especificaciones técnicas, el postor deba presentar algún otro documento complementario, este será requerido como documentación de presentación obligatoria para la admisión de la oferta. Se incurre en un vicio de nulidad si se solicita como documentación de presentación obligatoria un documento que debió ser requerido como requisito de calificación (art. 44.1). Véase la jurisprudencia del artículo 52º del Nuevo Reglamento [§ 1354]. (Resolución N.º 2929-2016-TCE-S1, de 12-12-2016, ff. 25, 26, 28 y 29. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2DHMF5w>).

§ 693. La convocatoria de un proceso de selección en una fecha diferente a la fecha prevista en el Plan Anual de Contrataciones no es causal de nulidad (art. 44.1). Véase la jurisprudencia del artículo 6º del Nuevo Reglamento [§ 978]. (Opinión N.º 172-2016/DTN, de 18-10-2016, f. 2.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TdWsdE>).

§ 694. No existe legalmente previsto en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad que uno de los administrados, destinatario de la decisión del Tribunal en un procedimiento sancionador,

pueda plantear, fuera de un recurso de reconsideración, una solicitud de nulidad contra una resolución del OSCE (art. 44.1). Véase la jurisprudencia del artículo 46° de la Ley [§ 776]. (Resolución N.º 049-2017-TCE-S2, de 06-01-2017, f. 2. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2sgNsIZ>).

§ 695. Constituye causal de nulidad el incluir un factor de evaluación diferente a los señalados en las bases estándar de licitación pública para la adquisición de bienes (art. 441.1). Véase la jurisprudencia del artículo 51° del Nuevo Reglamento [§ 1331]. (Resolución N.º 2868-2016-TCE-S2, de 07-12-2016, ff. 12, 14 y 16. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2K8htD5>).

NUMERAL 44.2

§ 696. La nulidad tiene por objeto proporcionar a las Entidades una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contratación (art. 44.2). 11. [D]ebe señalarse que la potestad de declarar la nulidad de los actos del procedimiento de selección, reside en la necesidad de que las Entidades cuenten con una herramienta para sanear el procedimiento cuando éste se encuentre viciado, correspondiendo que la nulidad de oficio sea declarada por el Titular de la Entidad cuando advierta la existencia de causales de nulidad, ya sea en virtud del recurso de apelación interpuesto ante la Entidad o de oficio, siendo que dicha potestad representa una función indelegable del propio Titular de la Entidad. [...]. 21. Sobre el particular, es necesario precisar que la nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades, en el ámbito de la contratación pública, una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones. Eso implica que la anulación del acto administrativo puede encontrarse motivada en la propia acción, positiva u omisiva, de la Administración o en la de otros participantes del procedimiento, siempre que dicha actuación afecte la decisión final tomada por la administración. En ese sentido que el legislador establece los supuestos de “graveidad máxima a los que no alcanza la cobertura de interés público y a los que, en consecuencia, aplica la sanción máxima de nulidad absoluta que, de este modo, queda convertida en algo excepcional [...]”. Ello obedece a que en principio, todos los actos administrativos se presumen válidos y por tanto, para declarar su nulidad, es necesario que concurren las causales expresamente previstas por el legislador y al declarar dicha nulidad, se apliquen ciertas garantías tanto para el procedimiento en el que se declara la nulidad como para el administrado afectado con el acto. (Resolución N.º 2349-2016-TCE-S1, de 04-10-2016, ff. 11 y 21. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2tqDYvt>).

§ 697. Si se declara nulo de oficio un contrato de ejecución de obra, el contratista no puede pretender que se le abone una suma por concepto de pago de las prestaciones ya ejecutadas, pero puede pretender que se le reconozca una suma a modo de indemnización en caso se haya configurado un supuesto de enriquecimiento sin causa (art. 44.2). CONSULTA: 2.1. “Si de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado- Ley N.º 30225 y su Reglamento es posible para una Entidad Pública reconocer, ya sea mediante conciliación o arbitraje, en beneficio de un contratista una suma determinada por las prestaciones que realizaron con anterioridad a la emisión de la resolución administrativa con la que se declara nulo de oficio su contrato de ejecución de obra al haberse determinado en fiscalización posterior que transgredieron el principio de presunción de veracidad y principio de moralidad”. 2.1.1. [...] [El] contrato en ejecución que ha sido declarado nulo por la Entidad será ineficaz desde el momento de su formación y no solo desde que se dictó el acto que declara la nulidad. Por tanto, respecto de dicho contrato, no solo devienen en inexigibles las obligaciones pendientes de ejecución, sino que también deben considerarse como inexistentes- desde el punto de vista jurídico -las prestaciones ya ejecutadas entre las partes. Bajo esta consideración, cuando un contrato ha sido declarado nulo, la Entidad no tiene la obligación de reconocer una suma determinada en concepto de pago por las prestaciones ejecutadas, pues se debe entender que dicha obligación, al haber nacido de un contrato formado en transgresión de normas superiores, no tiene eficacia jurídica. 2.1.2. Ahora, si bien la Entidad no puede reconocerle al contratista una suma de dinero

en concepto de pago por las prestaciones ejecutadas antes de la declaratoria de nulidad de un contrato, es necesario anotar también que sí podría reconocer una suma a modo de indemnización en caso se haya configurado un enriquecimiento sin causa. [...] 2.1.4. [...] Siendo así, le corresponde al proveedor empobrecido exigir el reconocimiento de una indemnización cuando considere que se ha configurado un enriquecimiento sin causa en favor de la Entidad. Dicha pretensión debería reclamarla en principio directamente a la Entidad y, de no satisfacerla, ante el Poder Judicial. Ante ello, cada Entidad deberá decidir si reconocerá las prestaciones ejecutadas por el proveedor en forma directa, o si esperará a que este interponga la acción por enriquecimiento sin causa ante el Poder Judicial, siendo recomendable que para adoptar cualquier decisión sobre el particular la Entidad coordine, cuando menos, con su área legal y su área de presupuesto. En virtud de ello, se concluye que únicamente habría dos posibilidades en las que se le podría reconocer al proveedor una suma determinada en concepto de indemnización por la configuración de un enriquecimiento sin causa: i) cuando la Entidad lo haya decidido así, tras una evaluación de las particularidades del caso y sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan; o ii) cuando el Juez competente lo haya decidido, como resultado de un proceso judicial. (Opinión N.º 164-2018/DTN, de 03-10-2018, ff. 2.1, 2.1.1, 2.1.2 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RhFHgW>).

§ 698. **Declaración de nulidad de oficio del procedimiento de selección. Cuando la Entidad advierta la existencia de posibles vicios del procedimiento de selección debe correr traslado al o los favorecidos con el acto administrativo emitido, para que estos puedan pronunciarse en un plazo máximo de cinco (5) días (art. 44.2).** CONSULTA: 2.1. *“La facultad de declarar la nulidad de oficio del procedimiento de selección contenida en el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, exige cumplir con el trámite previsto en el artículo 202 de la Ley N.º 27444 [cfr. art. 213.2 del TUO vigente de la Ley N.º 27444] y sus modificatorias; sobre correr traslado al administrado otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para ejercer su derecho de defensa o formulación de descargos, previamente al pronunciamiento?”* [...] 2.2. *“De ser positiva la consulta anterior, ¿En qué casos previstos en la normativa de contratación pública corresponderá correr traslado al administrado (participante, postor, adjudicatario) para que ejerza su derecho de defensa?”* [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Considerando que la normativa de contrataciones del Estado (artículo 44 de la Ley) regula la declaración de nulidad de oficio del procedimiento de selección, sin establecer disposiciones contradictorias o alternativas a la prevista en el último párrafo del numeral [213.2] del artículo [213] de la LPAG [vigente], esta condición resulta aplicable de manera supletoria; en consecuencia, cuando la Entidad advierta la existencia de posibles vicios del procedimiento de selección debe correr traslado al o los favorecidos con el acto administrativo emitido, para que estos puedan pronunciarse en un plazo máximo de cinco (5) días, de forma previa a la decisión que adopte el Titular de la Entidad respecto de la declaración de nulidad. 3.2. Cuando -luego de otorgada la Buena Pro- la Entidad pretenda declarar la nulidad del procedimiento de selección a raíz de posibles vicios, se debe correr traslado al o los postores ganadores a efectos que estos puedan manifestar lo que estimen pertinente, de forma previa a la decisión que adopte el Titular de la Entidad respecto de la declaración de nulidad, en consideración a que, en un procedimiento de selección, el otorgamiento de la Buena Pro es el acto que produce efectos jurídicos favorables, sobre el postor ganador de la misma. (Opinión N.º 246-2017/DTN, de 23-11-2017, ff. 2.1, 2.2, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EBg7Rs>).

§ 699. **Procedimiento administrativo a seguir para la convocatoria del ítem declarado desierto y del ítem declarado nulo de oficio: el ítem declarado nulo en un procedimiento de licitación pública sin modalidad y retrotraído a la etapa de convocatoria debe convocarse de manera independiente a través del procedimiento de selección que corresponda en función al valor estimado o referencial del ítem previa inclusión en el PAC (art. 44.2).** 2. CONSULTA Y ANALISIS: *“De tener un procedimiento de selección de licitación pública, en el cual se tiene 4 ítems adjudicados, un ítem declarado desierto y un ítem declarado nulo de oficio y teniendo en cuenta que el valor estimado del ítem declarado nulo de oficio es menor de S/. 400,000.00 soles, sírvase indicarnos los procedimientos administrativos a seguir para la convocatoria del ítem declarado desierto y del ítem declarado nulo de oficio, en vista de existir un vacío*

legal respecto a la convocatoria de los mismos ". (sic). CONCLUSIÓN: 3. En un procedimiento de licitación pública sin modalidad convocado según relación de ítems en donde uno de los ítems es declarado desierto y otro nulo y retrotraído a la etapa de convocatoria, corresponde que la siguiente convocatoria del ítem declarado desierto se realice mediante un procedimiento de adjudicación simplificada, no siendo necesario modificar el PAC; mientras que, por su parte, el ítem declarado nulo y retrotraído a la etapa de convocatoria debe convocarse de manera independiente a través del procedimiento de selección que corresponda en función al valor estimado o referencial del ítem previa inclusión en el PAC. (Opinión N.º 182-2016/DTN, de 23-11-2016, ff. 2 y 3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2U7axtC>).

§ 700. Acciones a adoptar por parte de la Entidad ante la presentación de solicitudes de nulidad por parte de los participantes y/o postores, bajo argumentos que deberían ser objeto de un recurso de apelación (art. 44.2). CONSULTA: 2. *“¿Cuáles deberían ser las acciones a adoptar por parte de la Entidad ante la presentación de solicitudes de nulidad por parte de los participantes y/o postores, bajo argumentos que deberían ser objeto de un recurso de apelación?”*. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Ante un vicio generado durante el desarrollo del procedimiento de selección la normativa de contrataciones del Estado permite presentar un recurso de apelación o solicitar la nulidad del mismo; para ello, dicha normativa establece los actores legitimados en plantearla, así como la oportunidad, requisitos y procedimientos para cada una de estas figuras. 3.2. Dentro de los requisitos para presentar una solicitud de nulidad se encuentra la presentación de una garantía, bajo las mismas condiciones que la presentada en un recurso de apelación, la misma que es emitida a favor de la Entidad a la cual se solicita la nulidad. 3.3. Corresponde a la Entidad encauzar los procedimientos administrativos conforme a los mecanismos que la normativa especial de la materia contempla y el cumplimiento de los requisitos establecidos. (Opinión N.º 039-2018/DTN, de 23-03-2018, ff. 2, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AJ2gnV>).

§ 701. De declararse la nulidad de la buena pro, el proceso se retrotrae a la etapa de verificar los requisitos de calificación respecto del postor cuya oferta quedó en segundo lugar (art. 44.2). CONSULTA: 2.1. *“De verificarse y/o comprobarse la falsedad o inexactitud de un documento presentado como parte de una oferta en un procedimiento de selección ¿A qué etapa del procedimiento debería retrotraerse si dicha verificación y/o comprobación ha sido determinada con posterioridad al otorgamiento de la Buena Pro, encontrándose el procedimiento en la etapa para el perfeccionamiento del Contrato?”*. [...] 2.1.2. [...] [La] presentación de un documento falso o inexacto trae como consecuencia la declaratoria de nulidad de la buena pro, en caso dicha documentación haya sido otorgada por el ganador de la buena pro. En este supuesto, corresponde verificar los requisitos de calificación respecto del postor cuya oferta quedó en segundo lugar, y así sucesivamente en el orden de relación de ofertas, de acuerdo a lo señalado en el artículo 55 del Reglamento [cfr. art. 75 del Nuevo Reglamento]. (Opinión N.º 034-2017/DTN, de 03-02-2017, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2E1d9oO>).

§ 702. La nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contratación. Falta de claridad de las bases (art. 44.2). 21. [E]s necesario precisar que la nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades, en el ámbito de la contratación pública, una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones. Eso implica que la anulación del acto administrativo puede encontrarse motivada en la propia acción, positiva u omisiva, de la Administración o en la de otros participantes del procedimiento, siempre que dicha actuación afecte la decisión final tomada por la administración. En ese sentido, el legislador establece los supuestos de “gravedad máxima a los que no alcanza la cobertura de interés público y a los que, en consecuencia, aplica la sanción máxima de nulidad absoluta que, de este modo, queda convertida en algo excepcional”. Ello obedece a que en principio, todos los actos administrativos se presumen válidos y por tanto, para declarar su nulidad, es necesario que concurren las causales expresamente previstas por el legislador y al declarar

dicha nulidad, se apliquen ciertas garantías tanto para el procedimiento en el que se declara la nulidad como para el administrado afectado con el acto. **22.** Adicionalmente, debe indicarse que, en el presente caso, el vicio incurrido resulta trascendente; ello, en la medida que, el hecho de no haberse especificado en las bases cuál es la documentación que debían presentar los postores, ni cuál es la información que la misma debía contener, generó confusión en los postores ocasionando que presenten en su oferta documentación que no correspondía a lo realmente requerido por la Entidad; por tanto, advirtiéndose la referida imprecisión y deficiencia en las bases no es posible conservar el acto viciado de nulidad, al haberse contravenido los principios de libre concurrencia, igualdad de trato, transparencia y eficiencia y eficacia que rigen las contrataciones públicas; ello en vista que las bases del procedimiento de selección constituyen sus reglas, bajo las cuales se evaluará a todos los postores, por lo que un vicio en su elaboración justifica plenamente que la Administración disponga la nulidad íntegra del procedimiento de selección y lo retrotraiga a la etapa de convocatoria, previa reformulación de las citadas bases. (Resolución N.º 3000-2016-TCE-S3, de 22-12-2016, ff. 21 y 22. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2B5txSG>).

§ 703. La declaración de desierto no da por culminado el procedimiento de selección. Puede declararse la nulidad de oficio de un procedimiento de selección declarado desierto, por cuanto esta declaración no supone la conclusión del referido proceso de selección (art. 44.2). CONSULTA: “¿Es posible declarar la nulidad de oficio de un proceso de selección en el cual se ha verificado el incumplimiento de la normativa de contrataciones [...] aun cuando dicho proceso de selección se encuentre declarado desierto-pero no consentido?”. [...] **2.3.** Ahora bien, de acuerdo con el artículo 22 del Reglamento [cfr. art. 69 del Nuevo Reglamento], los procesos de selección culminan cuando se produce alguno de los siguientes eventos: (i) Se suscribe el contrato respectivo o se perfecciona éste. (ii) Se cancela el proceso. (iii) Se deja sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro por causa imputable a la Entidad. (iv) No se suscriba el contrato por las causales establecidas en el artículo 137 [cfr. art. 136 del Nuevo Reglamento]. Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado regula los supuestos de conclusión del proceso de selección: suscripción del contrato, cancelación del proceso, dejar sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro; y por los causales establecidos en el artículo 137 del Reglamento [cfr. art. 136 del Nuevo Reglamento], supuestos que no comprenden la declaratoria de desierto de un proceso de selección. En esta medida, de acuerdo con lo señalado en los párrafos precedentes, la declaración de desierto no concluye el proceso de selección, el cual, se entiende, continúa en curso, correspondiendo efectuar una nueva convocatoria del mismo. **2.4.** Por lo tanto, en la medida que el proceso de selección no ha concluido, el Titular de la Entidad podrá declarar la nulidad de oficio del mismo aun cuando dicho proceso haya sido declarado desierto, por advertir un incumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado que configure causal de nulidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56 de la Ley [cfr. art. 44 de la Ley vigente]. (Opinión N.º 010-2016/DTN, de 22-01-2016, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2L91K7l>).

§ 704. Nulidad de oficio. En el caso de las resoluciones o acuerdos emitidos por este Tribunal, la nulidad de oficio puede ser ejercida con el acuerdo unánime de sus miembros (art. 44.2). **14.** [...] [El] Colegiado considera necesario precisar que la nulidad de oficio de los actos administrativos prevista en el artículo 211 de la LPAG, está referida a la potestad que tiene la Administración de declarar, por iniciativa propia, la nulidad de sus propios actos y con la única finalidad de salvaguardar el interés público, ya sea cuando se trate de actos radicalmente nulos o cuando, aún sin tener tal carácter, infrinjan manifiestamente la ley, debiendo para tal efecto configurarse de los supuestos establecidos en el artículo 10 de la LPAG. En torno a ello, es pertinente señalar que en el caso de las resoluciones o acuerdos emitidos por este Tribunal, la nulidad de oficio puede ser ejercida con el acuerdo; unánime de sus miembros, tal como lo establece el artículo 211.5 de la LPAG, según el cual, “Los actos administrativos emitidos por consejos o leyes especiales, competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, sólo pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio en sede administrativa por el propio consejo o tribunal con el acuerdo unánime de sus miembros. Esta atribución sólo podrá ejercerse dentro del plazo de un año contado desde la fecha en que el acto es notificado al interesado. También procede

que el titular de la Entidad demande su nulidad en la vía de proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes de notificada la resolución emitida por el consejo o tribunal”. (Resolución N.º 1618-2017-TCE-S1, de 31-07-2017, f. 14. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2FqikjN>).

§ 705. La normativa de contrataciones del Estado contempla la declaración de nulidad como una potestad y no como una obligación (art. 44.2). CONSULTA: 2.3. “Se debe interpretar que hay un imperativo de declarar la nulidad del contrato en todos los supuestos previstos, o se puede interpretar que habrá casos en los cuales la Entidad opte por decidir no declarar la nulidad del contrato”. 2.3.1. [...] [La] normativa de contrataciones del Estado contempla la declaración de nulidad de contrato como una potestad y no como una obligación del Titular de la Entidad; por tanto, cuando se verifique la configuración de alguno de los supuestos regulados en el tercer párrafo del artículo 44 de la Ley, el Titular de la Entidad debe realizar una evaluación del caso en concreto y -en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad- determinar si ejerce, o no, la facultad de declarar nulo el contrato. (Opinión N.º 136-2017/DTN, de 21-06-2017, ff. 2.3 y 2.3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2P2q1fL>).

§ 706. Una vez declarada la nulidad de oficio de un contrato puede proceder el pago al contratista por los servicios prestados, al existir contrato u orden de servicio recepcionada por el proveedor y conformidad de servicio otorgada por el área usuaria (art. 44.2). 2.1. “Salvo las responsabilidades que se fueran a determinar respecto de los funcionarios y servidores que intervinieron en la tramitación de la contratación realizada [y posteriormente declarada nula], es procedente el pago al contratista por los servicios prestados, al existir contrato u orden de servicio recepcionada por el proveedor, y conformidad de servicio otorgada por el área usuaria? [...] 2.1.6. [...] [Sin] perjuicio de las responsabilidades de los funcionarios involucrados en el procedimiento de contratación irregular, de ser el caso, corresponde a la Entidad, en cada situación concreta, decidir si reconocerá el precio de las prestaciones ejecutadas por el contratista de manera directa, o si esperará a que el proveedor perjudicado interponga la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente, siendo recomendable que para adoptar una decisión sobre el particular coordine con su asesoría jurídica interna, así como con su área de presupuesto. (Opinión N.º 042-2010/DTN, de 30-06-2010, ff. 2.1 y 2.1.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2D3qbAD>).

§ 707. La declaración de nulidad de un contrato es una potestad y no una obligación del Titular de la Entidad. Tratándose de una nulidad de oficio, el Titular de la Entidad debe realizar una evaluación del caso en concreto y determinar si ejerce, o no, la facultad de declarar nulo el contrato (art. 44.2). CONSULTA: 2.1. “La Entidad debe declarar de oficio la nulidad de contrato de manera facultativa o seguir previamente otro procedimiento?” [...] 2.2. “De resultar factible otro procedimiento para que la Entidad declare de oficio la nulidad de contrato, indicar el procedimiento que deberá seguir?” [...]. 3. CONCLUSIONES. 3.1. La normativa de contrataciones del Estado contempla la declaración de nulidad de contrato como una potestad y no como una obligación del Titular de la Entidad; por tanto, cuando se verifique la configuración de alguno de los supuestos regulados en el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley, el Titular de la Entidad debe realizar una evaluación del caso en concreto y -en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad- determinar si ejerce, o no, la facultad de declarar nulo el contrato. 3.2. A efectos de proceder con la nulidad de un contrato, la Entidad deberá emitir un documento en el que se declare la nulidad; adicionalmente, dicho documento deberá ser notificado al domicilio del contratista -según lo señalado en el contrato- mediante una carta notarial diligenciada de conformidad con lo dispuesto, entre otras normas que resulten aplicables, en el Decreto Legislativo N.º 1049 “Decreto Legislativo del Notariado”. (Opinión N.º 048-2018/DTN, de 17-04-2018, ff. 2.1, 2.2, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Pi2jTd>).

§ 708. Es nulo, por contravención de normas legales, el requerimiento que no cuente con la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para

cumplir la finalidad pública de la contratación, o no describa las condiciones en las que debe ejecutarse la contratación, en la medida que dicha información forma parte de las exigencias establecidas para el requerimiento (art. 44.2). CONSULTA: 2. “(...) en la Etapa de Absolución de Consultas (...) el error en el planteamiento de un Requerimiento, advertido por el área usuaria, ¿es causal de Nulidad de Oficio contemplada en el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, puesto que dicho Requerimiento no contiene la descripción objetiva y precisa de las condiciones relevantes en las que se debe ejecutar la contratación?”. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Puede ocurrir que en las Bases -incluyendo el requerimiento- se contemple información técnica imprecisa, incongruente o defectuosa; ante ello los participantes pueden solicitar su aclaración mediante consultas o, incluso, cuestionarlas mediante observaciones; de conformidad con el artículo 51 del Reglamento [cfr. art. 72 del Nuevo Reglamento]. 3.2. Las precisiones o modificaciones que puedan efectuarse al requerimiento con ocasión de la absolución de consultas u observaciones a las Bases, serán autorizadas por el área usuaria de la Entidad y no deben variar de forma sustancial el requerimiento original, de forma tal que se desnaturalice el objeto de contratación, el mismo que está contenido en el expediente de contratación aprobado por la Entidad. 3.3. Cuando el requerimiento no cuente con la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, o no describa las condiciones en las que debe ejecutarse la contratación, en la medida que dicha información forma parte de las exigencias establecidas para el requerimiento -de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8.1 del artículo 8 del Reglamento [cfr. art. 29.1 del Nuevo Reglamento]-, se advertiría la configuración de una de las causales de nulidad del procedimiento de selección, por actos expedidos que “contravengan las normas legales”, según lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley; por lo que es el Titular de la Entidad, en estos casos, quien podrá declarar la nulidad de oficio del procedimiento de selección hasta antes del perfeccionamiento del contrato. (Opinión N.º 018-2018/DTN, de 08-02-2018, ff. 2, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r8bQfv>).

§ 709. **Delegación de la potestad para declarar nulidad (art. 44.2).** CONSULTA: “La delegación de la facultad para resolver el recurso de apelación, ¿incluye la potestad de declarar la nulidad a solicitud de parte?” (sic). 3.1. La declaración de nulidad de oficio de los actos del procedimiento de selección puede ser realizada en el marco de un recurso de apelación seguido ante la Entidad, cuando se advierta la existencia de alguna de las causales detalladas en el artículo 44 de la Ley. 3.2. El funcionario a quien se le delegó la facultad de resolver el recurso de apelación interpuesto ante la Entidad, quien será responsable por la emisión del acto que resuelve el recurso, no podrá declarar la nulidad de oficio aun cuando haya advertido la existencia de alguna causal de nulidad o esta fue invocada por el impugnante, puesto que dicha facultad le compete únicamente al Titular de la Entidad. En dicho supuesto, corresponderá que el funcionario a quien se le hubiera delegado la facultad de resolver el recurso de apelación remita el expediente al Titular de la Entidad para que este, de estimarlo conveniente, declare la nulidad de oficio. (Opinión N.º 110-2016/DTN, de 18-07-2016, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CioUoV>).

§ 710. **La falta de firma y sello en los documentos que forman parte de un expediente técnico que han sido presentados en un proceso de selección público, puede constituir una causal de nulidad de oficio del respectivo proceso (art. 44.2).** CONSULTA: *La falta de firma y sello en los documentos que forman parte de un expediente técnico que han sido presentados en un proceso de selección público, ¿puede constituir una causal de nulidad del respectivo proceso? ¿Es posible que el comité al ver esa omisión, solicite al Notario subsane haciendo firmar los documentos que no tienen su firma y sello?* 2.3. [...] Como se advierte, la normativa de contrataciones del Estado otorga al Titular de la Entidad la potestad de declarar la nulidad de oficio de un proceso de selección, cuando, debido al incumplimiento de dicha normativa, se configure alguna de las causales antes detalladas; siendo necesario retrotraer el proceso de selección hasta el momento o instante previo al acto, etapa o fase en la que se produjo el incumplimiento. Por tanto, si en el marco de un proceso de selección una Entidad determina que los documentos que forman parte de la propuesta técnica presentada en acto público, no cuentan con la firma y sello del notario público

en cada una de sus hojas, el Titular de la Entidad tiene la potestad de declarar la nulidad del proceso de selección, dado que se configuraría un vicio en el procedimiento prescrito para la realización del acto de presentación de propuestas. (Opinión N.º 043-2013/DTN, de 30-05-2013, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FEVBPk>).

§ 711. La declaración de nulidad de oficio puede ser realizada en el trámite de un recurso de apelación interpuesto ante la Entidad (art. 44.2). 2.3. [...] Nada obsta que, en virtud del recurso de apelación formulado ante la Entidad, se advierta la necesidad de declarar la nulidad de los actos desarrollados en el procedimiento de selección, al verificarse alguno de los supuestos previstos en el artículo 44 de la Ley, conforme lo dispone el numeral 5 del artículo 106 del Reglamento [cfr. art. 128.1.e del Nuevo Reglamento]. Al respecto, debe señalarse que la normativa de contrataciones del Estado, ha dispuesto la figura de la **nulidad de oficio** declarada exclusivamente por el Titular de la Entidad, la que, para el supuesto indicado en el párrafo anterior, se aplica cuando las causales hayan sido advertidas en el marco del procedimiento de impugnación o hayan sido invocadas por el impugnante. En ese sentido, la nulidad de oficio de los actos del procedimiento de selección solo podrá ser declarada por el Titular de la Entidad, ante la existencia de las causales de nulidad establecidas en el artículo 44 de la Ley, independiente si esta fue invocada por el impugnante o advertida en el desarrollo de un recurso de apelación. [...] (Opinión N.º 110-2016/DTN, de 18-07-2016, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CioUoV>).

§ 712. La declaratoria de nulidad en el marco de un proceso de selección no sólo determina la inexistencia del acto realizado en contravención a la normativa de contrataciones del Estado sino también la inexistencia de los actos y etapas posteriores a este (art. 44.2). CONSULTA: 2.1. *“(...) la nulidad del proceso de selección derivada de una incorrecta integración de bases, alcanza también al contrato suscrito?”* **2.1.1.** [...] Como se advierte, la normativa de contrataciones del Estado otorga al Titular de la Entidad la potestad de declarar la nulidad de oficio de un proceso de selección, cuando, debido al incumplimiento de dicha normativa, se configure alguna de las causales antes detalladas; siendo necesario retrotraer el proceso de selección hasta el momento o instante previo al acto, etapa o fase en la que se produjo el incumplimiento. Ahora bien, la consecuencia de la declaración de nulidad es la invalidez de los actos dictados incumpliendo los requisitos y/o formalidades previstos por la normativa de contrataciones del Estado; por lo que, los actos declarados nulos son considerados actos inexistentes y, como tal, incapaces de producir efectos. En esa medida, la declaración de nulidad en el marco de un proceso de selección no solo determina la inexistencia del acto realizado incumpliendo los requisitos y/o formalidades previstos por la normativa de contrataciones del Estado, sino también la inexistencia de los actos y etapas posteriores a éste. De esta manera, la nulidad constituye una herramienta que permite al Titular de la Entidad sanear el proceso de selección cuando, durante su tramitación, se ha verificado algún incumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado que determina la invalidez del acto realizado y de los actos y/o etapas posteriores a éste, permitiéndole revertir el incumplimiento y continuar válidamente con la tramitación del proceso de selección. (Opinión N.º 114-2012/DTN, de 03-12-2012, ff. 2.1 y 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MgFVTH>).

§ 713. A diferencia de la declaración de nulidad en el marco de un proceso de selección, cuando la Entidad declara la nulidad del contrato no se ha previsto la obligación de retrotraer el proceso a una etapa o fase anterior (art. 44.2). 2.2. [...] Es importante resaltar que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto que, al declarar la nulidad de un contrato, el Titular de la Entidad deba indicar el acto, etapa o fase a la que se retrotraerá la contratación, a diferencia de lo que ocurre con la declaración de nulidad en el marco de un proceso de selección, que obliga a retrotraer dicho proceso hasta el momento o etapa en el que se configuró la causal de nulidad, a efectos de revertir el incumplimiento y continuar válidamente con la tramitación del proceso de selección. Al respecto, cabe señalar que el [...] Reglamento se limita a establecer la formalidad mediante la cual la Entidad debe comunicar al contratista la declaración de nulidad del contrato; esto es, cursándole una carta notarial adjuntando copia fechada del documento que declara la nulidad. En tal sentido, la declaración de nulidad de un contrato determina su inexistencia y, por tanto, la inexigibilidad de las obligaciones con-

tenidas en éste, pero no obliga a retrotraer la contratación a un acto, etapa o fase previa a la celebración del contrato. (Opinión N.º 114-2012/DTN, de 03-12-2012, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MgFVTH>).

§ 714. Si se convoca un concurso público cuando lo que correspondía era convocar a licitación pública, se incurre en vicio que acarrea la nulidad del proceso de selección. Si la ejecución contractual corresponde a una ejecución de obras, tal será el objeto del contrato a pesar de que involucre otro tipo de prestaciones (art. 44.2). 2. [...] De conformidad con el numeral 1.3 del Capítulo I de las Bases, el presente proceso de selección tiene por objeto la contratación del servicio de reformatación de la capa de rodadura y colocación de la carpeta asfáltica de [una] vía [...]. Se aprecia también que, ante la definición del objeto, las reglas contempladas en las Bases corresponden a la contratación de un servicio en general. Ahora bien, de los términos de referencia se aprecia que la obligación del contratista consistirá en rehabilitar la capa de rodadura y colocar la carpeta asfáltica de una carretera, aun cuando se advierte también que no se ha precisado la forma en la que dicho contratista deberá ejecutar las prestaciones a su cargo, lo cual originó varios cuestionamientos por parte de los participantes al considerar insuficiente la información proporcionada. De esto último, se evidenciaría que para cumplir con sus obligaciones, el contratista requeriría que el detalle de estas sea mayor o se encuentre contenido en un expediente técnico. Asimismo, se aprecia que para la ejecución de la prestación, la Entidad requiere equipos y maquinaria, tales como tractores sobre orugas, excavadora sobre orugas, planta de producción de agregado, planta de asfalto en frío, laboratorio de análisis de suelos y asfalto, entre otros. A su vez, se solicita que el postor cuente con disponibilidad de canteras, un polvorín, personal autorizado para manipular explosivos y personal con experiencia en obras. Finalmente, ante el cuestionamiento relacionado con el objeto de la convocatoria, la Entidad ha manifestado que pese a la naturaleza de los trabajos a realizar, el proceso no fue convocado para contratar la ejecución de una obra porque el costo de las actividades relacionadas con un servicio es mayor que el costo de las actividades relacionadas con la ejecución de una obra. Ahora bien, a fin de determinar el objeto de la contratación, este Organismo Supervisor ha señalado en anteriores oportunidades que la incidencia porcentual en el costo resulta relevante, únicamente, cuando concurren en un mismo proceso la adquisición de bienes y la contratación de un servicio, ya que cuando, por su naturaleza, las prestaciones a ejecutarse correspondan a la ejecución de una obra, tal será el objeto del contrato, independientemente que su ejecución involucre otro tipo de prestaciones. Como puede apreciarse de lo anterior, a efectos de determinar el objeto de la contratación, resulta relevante determinar en primer lugar la naturaleza de las prestaciones involucradas. Así, en el ámbito de las contrataciones públicas, el Reglamento define como servicios en general a aquella actividad o labor que realiza una persona natural o jurídica para atender una necesidad de la Entidad, pudiendo estar sujeta a resultados para considerar terminadas las prestaciones del contratista. De otro lado, el Reglamento define como “obra” a la construcción, reconstrucción, remodelación, demolición, renovación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos. De las definiciones citadas, se aprecia que, en tanto los “servicios” son definidos de forma amplia, se considerarán como tales a todas las actividades que realice un tercero para atender una necesidad de la Entidad, excluyéndose a todas aquellas que, en los términos referidos en el Reglamento, puedan catalogarse como “obras”. En el presente caso, de los antecedentes remitidos se aprecia que el objeto de convocatoria es la reconstrucción, remodelación y/o renovación de una carretera, para lo que se requiere la participación de dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos, por lo que califica como obra y no como servicio; afirmación que se ve reforzada por lo señalado por la Entidad respecto de la concurrencia de obras y servicios en una sola prestación. En tal sentido, toda vez que se habría convocado un concurso público para realizar un servicio cuando lo que corresponde es convocar a licitación pública para ejecutar una obra, se ha incurrido en un vicio que acarrea la nulidad del proceso de selección, que deberá ser declarada por el Titular de la Entidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley [cfr. art. 44 de la Ley vigente]. (Pronunciamiento N.º 046-2011/DSU, de 10-02-2011, f. 2. Dirección de Supervisión. Texto completo: <bit.ly/2VL75qk>).

§ 715. **La nulidad tiene por objeto proporcionar a las Entidades una herramienta lícita para sanear el proceso de selección de cualquier irregularidad que pudiera dificultar la contratación (art. 44.2).** 22. [...] [Es] necesario establecer que la nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades una herramienta lícita para sanear el proceso de selección de cualquier irregularidad que pudiera dificultar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones. Eso implica que la anulación del acto administrativo puede encontrarse motivada en la propia acción, positiva u omisiva, de la administración o en la de otros participantes del procedimiento, siempre que dicha actuación afecte la decisión final tomada por la administración. (Resolución N.º 2724-2016-TCE-S4, de 16-11-2016, f. 22. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2DiVZly>).

§ 716. **Es nulo el procedimiento de selección si la entidad no puede acreditar la entrega del expediente técnico (art. 44.2).** 33. [En] el presente caso, la Entidad no puede acreditar la entrega del expediente técnico al Impugnante, contraviene lo dispuesto en [...] las bases integradas, referido a que debe contar con la constancia o formulario de cargos en donde conste que el participante recibió el expediente técnico completo, en atención a lo cual esta Sala considera que no atendió al derecho del Impugnante de recabar dicho documento, que deriva del segundo párrafo del artículo 34 del Reglamento [cfr. art. 55 del Nuevo Reglamento], por lo que también ha incumplido esta norma. Cabe precisar que dicha irregularidad no puede ser objeto de conservación dado que la no entrega oportuna a un portor de los documentos, del procedimiento, a efectos de que pudiera presentar una oferta válida que lo habilite para competir en el procedimiento de selección, puede haber incidido en los resultados del mismo. Por lo tanto, resultan necesario, bajo responsabilidad de la Entidad, declarar la nulidad del presente procedimiento. (Resolución N.º 0232-2017-TCE-S1, de 22-02-2017, f. 33. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2qN3Wif>).

§ 717. **Es facultad exclusiva del Titular de la Entidad declarar la nulidad de oficio de un procedimiento de selección cuando advierta algún incumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado que configure causal de nulidad (art. 44.2).** 2.1.3. [El] [...] artículo 44 de la Ley faculta al Titular de la Entidad a declarar la nulidad de oficio de los actos expedidos en un procedimiento de selección, hasta antes de la celebración del contrato, siempre que: (i) hayan sido dictados por órgano incompetente; (ii) contravengan las normas legales; (iii) contengan un imposible jurídico; o (iv) prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable. Para todos los casos, en la Resolución que se expida debe expresarse la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección o el procedimiento para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. Como se advierte, la normativa de contrataciones del Estado otorga al Titular de la Entidad la facultad de declarar la nulidad de oficio de un procedimiento de selección hasta antes de la celebración del contrato, cuando se configure alguna de las causales antes detalladas, debiendo indicarse la etapa hasta la cual se retrotraerá el proceso. Es preciso señalar, además, que conforme al artículo 8 de la Ley, la referida potestad es indelegable. En tal sentido, es facultad únicamente del Titular de la Entidad declarar la nulidad de oficio de un procedimiento de selección cuando advierta algún incumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado que configure causal de nulidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la Ley. (Opinión N.º 152-2017/DTN, de 07-07-2017, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PrmW9f>).

§ 718. **No corresponde declarar la nulidad de oficio si el comité de selección califica todas las ofertas admitidas de manera conjunta, siempre y cuando no afecte el orden de prelación (art. 44.2).** 16. [En] el presente caso, al haberse descalificado la oferta del Adjudicatario, postor que ocupó el primer lugar en el orden de prelación, correspondería recién calificar la oferta del Impugnante, postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación. No obstante lo señalado, de la revisión del “Cuadro de admisión, evaluación y calificación” publicado en el SEACE se aprecia que el comité de selección calificó todas las ofertas presentadas en el marco del procedimiento de selección, incluyendo la del Impugnante, habiendo precisado que éste cumple con los requisitos de calificación previstos en las bases. 17. En torno a lo anterior, es preciso señalar que si bien dicha situación, en relación a la opor-

tunidad y postores a los que se aplicaron los requisitos de calificación, no es acorde a lo dispuesto por el aludido artículo 55 del Reglamento [cfr. art. 49 del Nuevo Reglamento], en aplicación de lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N.º 27444, este Colegiado considera que, en el presente caso, no corresponde declarar la nulidad de dicho acto, en la medida que posee un vicio que no resulta trascendente, sino, por el contrario, que tiene carácter convalidable, al no afectar el resultado del procedimiento, el alcance de las ofertas y por ser razonable estimar que no causó perjuicios a derechos y/o intereses de los postores. (Resolución N.º 2839-2016-TCE-S2, de 02-12-2016, ff. 16 y 17. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2OTa8bp>).

§ 719. Puede declararse la nulidad de oficio de un proceso de selección para consultoría de obra en la cual no se haya previsto que el supervisor de obra no contemple como mínimo, las mismas calificaciones y experiencia que el residente de obra (art. 44.2). Véase la jurisprudencia del artículo 186º del Nuevo Reglamento [§ 1939]. (Opinión N.º 172-2018/DTN, de 17-10-2018, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Quy9u0>).

§ 720. No puede declararse la nulidad del proceso de selección derivada del incumplimiento de las disposiciones que regulan las etapas del proceso de selección, si ya se ha llegado a suscribir el contrato (art. 44.2). Véase la jurisprudencia del artículo 44.1 de la Ley [§ 720]. (Opinión N.º 114-2012/DTN, de 03-12-2012, ff. 2.1, 2.1.2, 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MgFVTH>).

NUMERAL 44.2.A

§ 721. En las contrataciones perfeccionadas bajo cualquier forma, cuyo monto sea igual o inferior a 8 UIT, resultaría factible declarar la nulidad de oficio por parte de la Entidad, en caso el contratista se encuentre inmerso en una de las causales de impedimento que prevé la normativa de contrataciones del Estado (art. 44.2.a). CONSULTA: **2.1.** *“En una contratación cuyo monto es igual o inferior a 8 UIT, la cual se perfeccionó con orden de servicio, en caso se detecte que el contratista se encontraba impedido para contratar con el Estado ¿es posible que la Entidad declare la nulidad de oficio de la orden de servicio?”* **2.1.1** [...] [Las] contrataciones que se enmarquen dentro de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado previstos en la Ley u otra ley, así como aquellas actuaciones que no reúnan las características de una contratación con el Estado, podrán realizarse sin observar las disposiciones de dicha normativa, lo cual no enerva la obligación de observar los principios que rigen toda Contratación Pública, cuando corresponda. [...] CONCLUSIONES: **3.1.** En las contrataciones perfeccionadas bajo cualquier forma (con documento contractual, orden de servicio o compra), cuyos montos sean iguales o inferiores a las 8 UIT resultaría factible declarar nulidad de oficio por parte de la Entidad, dado que éstas se encuentran sujetas a los impedimentos para ser postores, participantes y/o contratistas. **3.2.** En las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a las (8) UIT resulta factible declarar nulidad de oficio, en esa medida, también es aplicable lo señalado en el literal a) del artículo 44 de la Ley, el cual dispone que los contratos que se declaren nulos por haberse perfeccionado en contravención al artículo 11 no tienen derecho a retribución alguna. **3.3.** De acuerdo a lo señalado en los artículos 9 y 10 de la Ley es responsabilidad de la Entidad contratar según las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado, por lo que en caso de verificarse que se ha suscrito un contrato con una persona natural o jurídica impedida, de acuerdo a lo señalado en el artículo 11 de la Ley, la entidad tiene la facultad de declarar su nulidad de conformidad con el artículo 44 de la Ley. (Opinión N.º 075-2017/DTN, de 09-03-2017, ff. 2.1, 2.1.1, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QhWZhp>).

§ 722. Postor que, para acreditar experiencia, presenta contratos de trabajos que no fueron realizados de forma completa (art. 44.2.a). **2.2.** *Si bien los contratos que presentó para acreditar experiencia no son falsos, fueron usados para acreditar experiencia pese a que los trabajos no fueron realizados de forma completa conforme se corroboró con posterioridad a la firma y ejecución del contrato. En este sentido, ¿resultará viable volver a declarar la nulidad de oficio del contrato invocando la causal a) del artículo 56 de*

la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 44.2.a de la Ley vigente], toda vez que el postor ganador no cumplió con acreditar su experiencia con los contratos presentados en su propuesta técnica y teniendo en consideración que lo reconoce en la medida que está solicitando el reemplazo de dichos contratos por otros? (sic). [...] [C]orresponde al Titular de la Entidad, en coordinación con su área de asesoría jurídica interna, determinar si resulta posible dejar sin efecto la nulidad de un contrato previamente declarada, teniendo en consideración para tal efecto las disposiciones de la normativa que regula las potestades y actuación de la administración pública. Sin perjuicio de lo anterior, debe precisarse que la normativa de contrataciones del Estado ha establecido la forma en que debe acreditarse la experiencia de los postores para la contratación de bienes, servicios y obras. En ese sentido, el puntaje correspondiente a la experiencia solo puede otorgarse a los postores que cumplan con acreditar este factor conforme a lo previsto en dicha normativa. Asimismo, debe precisarse que el literal a) del artículo 56 de la Ley [cfr. art. 44.2.a de la Ley vigente] permite declarar la nulidad de oficio del contrato debido a la contravención del artículo 10 de la Ley [cfr. art. 11 de la Ley vigente], el que se encuentra referido a los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista. (Opinión N.º 051-2012/DTN, de 27-03-2012, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SfWwIE>).

NUMERAL 44.2.B

§ 723. Si el contratista presenta documentación falsa en su propuesta técnica con la cual se le otorga la buena pro y se suscribe el contrato, es posible declarar la nulidad. Ello no impide efectuar el pago al contratista si es que la entidad se ha beneficiado con las actividades ejecutadas. Dicho reconocimiento de pago no requiere el previo pronunciamiento del Tribunal de Contrataciones (art. 44.2.b). CONSULTA: *El contrato crea obligaciones entre las partes, entre las cuales se encuentra por parte del contratista entregar los bienes y por parte de la Entidad pagar por las prestaciones siendo ello así, si la Entidad otorgó la conformidad ¿Puede no pagar al contratista, ya que éste presentó documentación falsa en su propuesta técnica con la cual se le otorgó la Buena Pro y se suscribió el contrato respectivo? o ¿Debe esperar el pronunciamiento de la autoridad administrativa correspondiente al haberse sometido dicha documentación falsa a su fuero en aplicación de lo dispuesto en el artículo 237º del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado? [...]* **2.1.2.** [La] Entidad consulta si resulta procedente el pago de prestaciones realizadas por el contratista cuando la Entidad ha verificado la trasgresión al Principio de Presunción de Veracidad. Al respecto, debe recordarse que, de acuerdo con lo dispuesto en el literal b) del artículo 56º de la Ley [cfr. art. 44.2.b de la Ley vigente], después de celebrados los contratos es posible declarar su nulidad, entre otras causales, cuando se verifique la trasgresión del Principio de Presunción de Veracidad. La consecuencia de esta declaración de nulidad es la invalidez de los actos celebrados con violación o defecto de los requisitos y formalidades impuestas por el ordenamiento jurídico, por lo que los actos nulos son considerados actos inexistentes y, como tal, incapaces de producir efectos. **2.1.3.** Sin embargo, si bien la existencia de una causal de nulidad del contrato implica su inexistencia y la consiguiente inexigibilidad de las obligaciones contenidas en éste, podría darse el caso de que se haya ejecutado determinadas actividades a favor de alguna o ambas partes, dado que, hasta antes de la verificación posterior, el contrato gozaba de una apariencia de validez. Así, en el supuesto que el contratista haya ejecutado actividades a favor de la Entidad, sin que éstas hayan sido retribuidas económicamente, podría configurarse un enriquecimiento sin causa. [...]. **2.1.4.** En el orden de ideas expuesto, la Entidad podría haberse beneficiado con las actividades ejecutadas a su favor por el contratista; por lo que, en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento sin causa, corresponderá al contratista perjudicado ejercitar las acciones que correspondan para reclamar el reconocimiento de los costos de la ejecución de dichas actividades. Asimismo, [...] es derecho del contratista recibir el pago por parte de la Entidad, una vez que se haya cumplido con ejecutar todas las prestaciones a su cargo y se haya otorgado la respectiva conformidad, corresponde que la Entidad cumpla con realizar el referido pago. **2.1.5.** [...] [Cabe] precisar que, [...] cuando la Entidad detecte que el postor ha presentado documentos falsos o inexactos, deberá ponerlo en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, a efectos que, previo procedimiento administrativo sancionador, se le apliquen las sanciones que correspondan. Sin embargo, para declarar la nulidad del contrato o para reconocer el pago del contratista como con-

secuencia de un procedimiento de enriquecimiento sin causa, no es requisito previo que el Tribunal de Contrataciones del Estado se pronuncie, pues la normativa no ha estipulado esta exigencia. (Opinión N.º 081-2010/DTN, de 29-12-2010, ff. 2.1.2 al 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AcFHHL>).

§ 724. Nulidad por presentación de documentos falsos. La declaración de nulidad no solo determina la inexistencia del acto realizado incumpliendo los requisitos y/o formalidades previstos por la normativa de contrataciones, sino también la inexistencia de los actos y etapas posteriores a éste (art. 44.2.b). Efectos. 2.1.1. [...] [La] consecuencia de la declaración de nulidad es la invalidez de los actos dictados incumpliendo los requisitos y/o formalidades previstos por la normativa de contrataciones del Estado; por lo que, los actos declarados nulos son considerados actos inexistentes y, como tal, incapaces de producir efectos. En esa medida, la declaración de nulidad en el marco de un proceso de selección no solo determina la inexistencia del acto realizado incumpliendo los requisitos y/o formalidades previstos por la normativa de contrataciones del Estado, sino también la inexistencia de los actos y etapas posteriores a éste. De esta manera, la nulidad constituye una herramienta que permite al Titular de la Entidad sanear el proceso de selección cuando, durante su tramitación, se ha verificado algún incumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado que determina la invalidez del acto realizado y de los actos y/o etapas posteriores a éste, permitiéndole revertir el incumplimiento y continuar válidamente con la tramitación del proceso de selección. **2.1.2.** Es importante resaltar que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto que, al declarar la nulidad de un contrato, el Titular de la Entidad deba indicar el acto, etapa o fase a la que se retrotraerá la contratación, a diferencia de lo que ocurre con la declaración de nulidad en el marco de un proceso de selección, que obliga a retrotraer dicho proceso hasta el momento o etapa en el que se configuró la causal de nulidad, a efectos de revertir el incumplimiento y continuar válidamente con la tramitación del proceso de selección. [...] En tal sentido, la declaración de nulidad de un contrato determina su inexistencia y, por tanto, la inexistencia de las obligaciones contenidas en éste, pero no obliga a retrotraer la contratación a un acto, etapa o fase previa a la celebración del contrato. **2.2.** [...] El efecto material de la declaración de nulidad de un contrato es que su ejecución se paraliza, dado que ya no existiría una causa jurídica que la justifique; sin embargo, la declaración de nulidad no enerva la necesidad de la Entidad de obtener la parte del requerimiento pendiente de ejecución. Dado que la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido disposiciones especiales para que la Entidad atienda la necesidad subsistente a la declaración de nulidad, para ello será necesario observar los requisitos, procedimientos y demás formalidades previstos en dicha normativa, que resulten aplicables según el monto y urgencia de la contratación, tal como se ha indicado al absolver la consulta anterior. [...] Ante el vacío o ausencia de una regulación similar cuando se declara la nulidad de un contrato de obra, resulta necesario integrar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, a efectos de brindar una solución que permita a las Entidades ejecutar el saldo de obra de forma celeré, máxime si se tiene en consideración la especial complejidad que reviste la ejecución del saldo de obra, así como su importancia para la satisfacción del interés general. Por tanto, teniendo en consideración que el efecto material sobre la ejecución de una obra pública cuando se declara la nulidad del contrato que sustenta tal ejecución, es el mismo que el de la resolución del contrato de obra, pueden aplicarse las mismas consecuencias jurídicas de este segundo supuesto, es decir, la posibilidad de la Entidad opte por ejecutar el saldo de obra mediante administración directa, por convenio con otra Entidad o por invitación a los postores que participaron en el proceso de selección [...]. (Opinión N.º 093-2012/DTN, de 10-09-2012, ff. 2.1.1, 2.1.2 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2lailEz>).

§ 725. Nulidad de oficio del contrato en la medida en que ésta se sustentó en la transgresión del principio de veracidad (art. 44.2.b). 2.1. *Conforme al resultado del procedimiento sancionador ¿Corresponderá dejar sin efecto la nulidad de oficio del contrato en la medida en que ésta se sustentó en la transgresión del principio de veracidad?* [...] [La] consecuencia de la declaración de nulidad es la invalidez de los actos celebrados con violación o defecto de los requisitos y/o formalidades impuestas por el ordenamiento jurídico, por lo que los actos nulos son considerados actos inexistentes y, como tales, incapaces de producir efectos. De esta manera, la declaración de nulidad de un contrato implica la inexistencia del

contrato y la consiguiente inexigibilidad de las obligaciones contenidas en éste. No obstante, el artículo 56 de la Ley [cfr. art. 44 de la Ley vigente] no regula los mecanismos para dejar sin efecto la nulidad de oficio de un contrato previamente declarada, pues este es un aspecto propiamente de las potestades que corresponden a la administración pública, que se encuentran reguladas en la normativa sobre esta materia, como la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Por tanto, corresponde al Titular de la Entidad, en coordinación con su área de asesoría jurídica interna, determinar si resulta posible dejar sin efecto la nulidad de un contrato previamente declarada, teniendo en consideración para tal efecto las disposiciones de la normativa que regula las potestades y actuación de la administración pública. (Opinión N.º 051-2012/DTN, de 27-03-2012, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SfWwIE>).

§ 726. Es decisión de exclusiva responsabilidad del titular de la Entidad el declarar la nulidad del contrato cuando se advierta la transgresión del principio de presunción de veracidad. Cuando el titular de la Entidad opte por declarar nulo el contrato debe cursar carta notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad (art. 44.2.b). CONSULTA: 2.1. *“Debido a transgresión del principio de presunción de veracidad durante el perfeccionamiento del contrato de obra, ¿La Entidad contratante estaría obligada indefectiblemente a declarar la nulidad del contrato suscrito conforme a los alcances del tercer párrafo del artículo 44º ‘Declaratoria de nulidad’ de la Ley de Contrataciones del Estado Ley N.º 30225?” [...] 2.1.2. [...] Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado contempla la declaración de nulidad de contrato como una potestad y no como una obligación del Titular de la Entidad; por tanto, cuando se verifique la configuración de alguno de los supuestos regulados en el tercer párrafo del artículo 44 de la Ley, el Titular de la Entidad debe realizar una evaluación del caso en concreto y -en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad- determinar si ejerce, o no, la facultad de declarar nulo el contrato. No obstante ello, con independencia de si el Titular de la Entidad decide declarar la nulidad de contrato, o no, cuando se advierta la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, corresponde -de conformidad con el artículo 221 del Reglamento [cfr. art. 259 del Nuevo Reglamento]- comunicar tal hecho al Tribunal de Contrataciones del Estado a efectos que evalúe la aplicación de una sanción por haberse cometido una infracción a la normativa de contrataciones del Estado. 2.2. “De ser afirmativa la respuesta a la consulta precedente, en ese contexto y bajo el supuesto señalado (presentación de documentos falsos), ¿en qué casos la entidad podría optar por no declarar la nulidad del contrato y a través de qué acto administrativo se debería materializar dicha decisión y cuáles serían las razones o circunstancias que justifiquen o motiven a la Entidad no declarar la nulidad del contrato? 2.2.1. [...] Sin perjuicio de lo anterior, debe reiterarse que cuando se verifique la configuración de alguno de los supuestos regulados en el tercer párrafo del artículo 44 de la Ley, el Titular de la Entidad debe realizar una evaluación del caso en concreto y -en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad- determinar si ejerce, o no, la facultad de declarar nulo el contrato, atendiendo a criterios de eficacia y eficiencia. En esa línea, el primer párrafo del artículo 122 del Reglamento [cfr. art. 145 del Nuevo Reglamento] establece que cuando el Titular de la Entidad opte por declarar nulo el contrato debe cursar carta notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad. (sic). (Opinión N.º 136-2017/DTN, de 21-06-2017, ff. 2.1. 2.1.2, 2.2 y 2.2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2P2q1fL>).*

§ 727. Nulidad de oficio de contrato al haberse presentado documentación falsa o inexacta (art. 44.2.b). 3. El Titular de la Entidad puede declarar la nulidad de oficio de un contrato cuando se verifique la transgresión del Principio de Presunción de Veracidad, al haberse presentado documentación falsa o inexacta para la suscripción del contrato, pero no cuando esta es presentada con posterioridad a la misma; sin perjuicio de la obligación de la Entidad de comunicar tal hecho al Tribunal de Contrataciones del Estado para que este inicie el respectivo Procedimiento Administrativo Sancionador e imponga la respectiva sanción, de ser el caso. (Opinión N.º 017-2013/DTN, de 08-02-2013, f. 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SiMTji>).

§ 728. **Efectos de la declaración de nulidad de un contrato celebrado con un consorcio, en este caso, cuando uno de los integrantes del mismo presentó documentación falsa en su propuesta técnica (art. 44.2.b).** “De acuerdo a lo establecido en el artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 44 de la Ley vigente], si la Entidad declara la Nulidad de Oficio de un contrato celebrado con un consorcio, y uno de los integrantes del mismo presentó documentación falsa en su propuesta técnica, ¿la Entidad podrá solicitar a uno de los integrantes del consorcio, el que no presentó documentación falsa, que siga prestando el servicio contratado, en aplicación a lo establecido en el artículo 239° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 258 del Nuevo Reglamento]” (sic). **3.1.** La declaración de nulidad de un contrato, determina su inexistencia y, por consiguiente, este no surte efectos. Así, las obligaciones se hacen inexigibles para las partes; por tanto, aun tratándose de un contrato suscrito con un consorcio, al declararse la nulidad del contrato, no podrá exigirse la continuidad de las prestaciones a uno de los integrantes del consorcio. **3.2.** Corresponde a la Entidad comunicar al Tribunal de Contrataciones del Estado la infracción de presentación de documentación falsa o información inexacta cometida por un Consorcio, para que este, previo procedimiento administrativo sancionador, determine las responsabilidades e imponga la sanción correspondiente, evaluando si la infracción fue cometida durante el proceso de selección o la ejecución contractual. **3.3.** Al declararse la nulidad de un contrato y determinarse su inexistencia, no resulta procedente la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento. (Opinión N.º 030-2015/DTN, de 13-02-2015, ff. 3.1 al 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2S0FAWt>).

§ 729. **La presentación de un documento falso o adulterado e información inexacta, supone el quebrantamiento del principio de presunción de veracidad (art. 44.2.b).** 3. [...] [P]ara la configuración de los supuestos de hecho de falsedad o adulteración del documento cuestionado, se requiere acreditar que éste no haya sido expedido por órgano emisor correspondiente o que siendo válidamente expedido, haya sido adulterado en contenido. Por su parte, la información inexacta supone un contenido que no es concordante o congruente con la realidad, lo que constituye una forma de falseamiento de esta. Además, para la configuración del tipo infractor, es decir aquel referido a la presentación de información inexacta, deberá acreditarse, que la inexactitud esté relacionada con el cumplimiento de un requisito o con la obtención de un beneficio o ventaja para sí o para terceros. 4. En cualquier caso, la presentación de un documento falso o adulterado e información inexacta, supone el quebrantamiento del principio de presunción de veracidad, de conformidad con lo establecido en el numeral 1.7 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General [...]. (Resolución N.º 034-2017-TCE-S3, de 05-01-2017, ff. 3 y 4. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2SrucUD>).

§ 730. **La presunción de veracidad permite la creencia inicial de la validez de la documentación presentada por los postores, salvo prueba en contrario (art. 44.2.b).** 29. [En] virtud del artículo 3 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, son aplicables a los procedimientos de selección los principios del procedimiento administrativo, dentro de los cuales figura el de Presunción de Veracidad, reconocido en el numeral 42.1 del artículo 42 de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, según el cual todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de los procedimientos administrativos, se presumen verificados por quien hace uso de ellos, así como de contenido veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario. (Resolución N.º 1309-2009-TC-S4, de 15-05-2009, f. j. 29. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2W5TeFg>)

§ 731. **Procede la restitución del enriquecimiento sin causa incluso cuando el contrato que existía ha sido declarado nulo por la entidad invocando la causal de presentación de documentación falsa. Transgresión del principio de presunción de veracidad (art. 44.2.b).** Véase la jurisprudencia del artículo 45.4 de la Ley [§ 757]. (Opinión N.º 081-2010/DTN, de 29-12-2010, ff. 2.1, 2.1.2, 2.1.3, 2.1.4, 2.1.5, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AcFHHL>).

§ 732. Cuando una entidad pública verifica, durante la ejecución del contrato, que el contratista ha transgredido el principio de presunción de veracidad, le corresponderá evaluar si la declaratoria de nulidad de oficio afecta el principio de eficiencia y el interés público o social involucrado en la contratación para que se determine si corresponde o no declarar la nulidad de oficio (art. 44.2.b). Véase la jurisprudencia del numeral 44.4 del artículo 44° de la Ley [§ 736]. (Opinión N.º 021-2010/DTN, de 15-02-2010, ff. 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FkWU6J>).

REMISIÓN

§ 733. Sobre el principio de veracidad. Véase también la jurisprudencia sobre el principio de integridad, en el literal j) del artículo 2° de la Ley [§ 182 ss.].

NUMERAL 44.2.C

§ 734. Si se interpone una denuncia de “nulidad de procedimiento de selección” y no se cumple con adjuntar la garantía, se deben aplicar las reglas previstas para el trámite del recurso de apelación (art. 44.2.c). Véase la jurisprudencia del artículo 122° del Nuevo Reglamento [§ 1585]. (Opinión N.º 142-2018/DTN, de 11-09-2018, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Sb1h6W>).

NUMERAL 44.4

§ 735. Nulidad de un contrato cuya ejecución tiene un significativo avance (90%) de la obra. Principio de eficiencia (art. 44.4). CONSULTA: 2.2. Si resulta pertinente y acorde con el principio de eficiencia declarar la nulidad [de] un contrato cuyo grado de ejecución se acerca, alcanza o supera el 90% valorizado o, en todo caso, del grado de avance de la obra. [...] [Como] se refirió en la Opinión N.º 021-2010/DTN [§ 736], deberá tenerse en cuenta que aun cuando en un supuesto específico el contrato puede adolecer de un vicio que acarrea su nulidad, por circunstancias excepcionales, su declaratoria podría resultar perjudicial para el Estado, contraria al Principio de Eficiencia y al interés público o social involucrado en la contratación. En virtud de lo expuesto, compete exclusivamente a cada Entidad evaluar cada situación concreta y tomar la decisión más conveniente para el Estado y el interés público involucrado, previa evaluación de los costos que cada supuesto podría acarrear. (Opinión N.º 043-2011/DTN, de 04-05-2011, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CanKL0>).

§ 736. Cuando una entidad pública verifica, durante la ejecución del contrato, que el contratista ha transgredido el principio de presunción de veracidad, le corresponderá evaluar si la declaratoria de nulidad de oficio afecta el principio de eficiencia y el interés público o social involucrado en la contratación para que se determine si corresponde o no declarar la nulidad de oficio (art. 44.4). “¿Debe declararse nulo un contrato que se encuentra en un 90% de avance en su ejecución debido a que la Entidad ha sido notificada de una pericia grafotécnica practicada por la Dirección Contra la Corrupción de la Policía Nacional del Perú, en donde se determinó que los documentos presentados por el contratista contienen firmas falsificadas de uno de los profesionales presentado como parte de su propuesta técnica?” 3. CONCLUSIONES. 3.1. Si luego de efectuada la fiscalización posterior se determina que el contratista presentó documentación falsa durante el trámite del proceso de selección, se transgrede el principio de presunción de veracidad, lo que acarrea la nulidad de oficio del contrato, correspondiendo a la Entidad adoptar dicha decisión. 3.2. [...] [Aun] cuando en un supuesto específico el contrato puede adolecer de un vicio que acarrea su nulidad, por circunstancias excepcionales, su declaratoria podría resultar perjudicial para el Estado, contrario al principio de eficiencia y al interés público o social involucrado en la contratación. (Opinión N.º 021-2010/DTN, de 15-02-2010, ff. 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FkWU6J>).

§ 737. La normativa de contrataciones del Estado no indica un porcentaje mínimo o máximo en la ejecución o avance del contrato para que sea factible la declaración de su nulidad (art. 44.4). CONSULTA: 2.2. “¿Es posible declarar la nulidad [...] en un contrato de suministro de combustible que se encuentra con avance considerable o superior al 80% (ochenta por ciento), cuando esto puede perjudicar los

servicios públicos que se brindan a la comunidad?” [...] [Es] posible que una Entidad declare la nulidad de oficio de un contrato, siempre que se verifique alguna de las causales antes detalladas; es decir, cuando exista en el contrato un vicio que determine su ilegalidad. Al respecto, cabe señalar que la normativa de contrataciones del Estado no indica un porcentaje mínimo o máximo en la ejecución o avance del contrato para que sea factible la declaración de su nulidad. No obstante, debe tenerse presente que aun cuando un contrato pueda adolecer de un vicio que acarree su nulidad, por circunstancias excepcionales su declaratoria podría resultar perjudicial para el Estado, contraria al Principio de Eficiencia y al interés público o social involucrado en la contratación. En dicho supuesto, compete a cada Entidad evaluar la situación concreta y, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, tomar la decisión más conveniente para el Estado y el interés público involucrado, previa evaluación de los costos que su decisión podría acarrear. (Opinión N.º 003-2012/DTN, de 09-01-2012, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RF0HSL>).

NUMERAL 44.5

§ 738. Plazo de caducidad para someter a conciliación y/o arbitraje las controversias surgidas durante la ejecución del contrato. CONSULTA: 2.1. “¿Cuál es el plazo de caducidad para someter a conciliación y/o arbitraje las controversias generadas por la resolución del contrato? [...]”. CONCLUSIÓN: 3.1. El plazo de caducidad para someter a conciliación y/o arbitraje las controversias sobre la resolución de un contrato de obra suscrito bajo la modalidad de concurso oferta dependerá de la naturaleza de la prestación cuyo incumplimiento origina la resolución contractual. Así, cuando la resolución del contrato se derive del incumplimiento en la elaboración del expediente técnico, el plazo de caducidad aplicable será el establecido para servicios, de conformidad con el artículo 170 del Reglamento [cfr. art. 166.3 del Nuevo Reglamento]. Por otro lado, cuando la resolución de contrato se origine por el incumplimiento de obligaciones derivadas de la ejecución de obra, el plazo de caducidad aplicable será el establecido para obras, de conformidad con el artículo 209 del Reglamento [Decreto Supremo N.º 184-2008-EF] [cfr. art. 207.8 del Nuevo Reglamento]. (Opinión N.º 061-2012/DTN, de 24-04-2012, ff. 2.1 y 3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EFB8dM>).

NUMERAL 44.6

§ 739. Cualquier participante o proveedor puede solicitar ante la Entidad la nulidad del procedimiento de selección, al advertir la existencia de hechos que configuren una causal de nulidad. Tanto el pedido de nulidad del proceso de selección como la solicitud de acción de supervisión no suspenden el procedimiento de selección, pudiendo la Entidad proceder con la suscripción del contrato correspondiente (art. 44.6). 2.3. [...] De lo señalado, puede concluirse que dentro de un procedimiento de selección, solo pueden interponer recurso de apelación aquellos participantes o postores contra algún acto emitido por el Comité de Selección o por el órgano encargado de las contrataciones, así como por el Titular de la Entidad, cuando corresponda. 2.4. Ahora bien, en el supuesto que un participante o proveedor advierta la existencia de inconsistencias o transgresiones a la normativa de contrataciones del Estado, dentro del desarrollo del procedimiento de selección, existen otros mecanismos a través de los cuales se pueden denunciar estos hechos. Así, en el marco de los artículos 10 y 11 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N.º 27444, concordados con el artículo 44 de la Ley, cualquier participante o proveedor puede solicitar ante la Entidad la nulidad del procedimiento de selección, al advertir la existencia de hechos que configuren una causal de nulidad. Dicha solicitud de nulidad es conocida por el Titular de la Entidad y puede ser declarada hasta antes del perfeccionamiento del contrato. Asimismo, la Directiva N.º 009-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 004-2017-OSCE/CD (D-019)] “Acciones de Supervisión a pedido de parte” que regula las acciones de supervisión efectuadas por el OSCE a pedido de cualquier proveedor, contempla dentro de sus procedimientos, uno denominado “Dictamen sobre cuestionamientos”, el mismo que se encuentra incluido en el numeral 8.8 de dicha Directiva. A través de la solicitud de este Dictamen, cualquier tercero recurrente, tales como organizaciones, asociaciones y la ciudadanía en general, - está - en la posibilidad de formular cuestionamientos sobre transgresiones a la normativa de contrataciones del Estado en las que pudiera

haber incurrido la Entidad. Cabe precisar que ambos mecanismos, tanto la nulidad como la solicitud de acción de supervisión, no suspenden el procedimiento de selección, pudiendo proceder la Entidad con la suscripción del contrato correspondiente, bajo responsabilidad en caso de advertirse la existencia de una causal de nulidad. Luego de suscrito el contrato, este solo puede declararse nulo por aquellas causales previstas en el tercer párrafo del artículo 44 de la Ley. (Opinión N.º 047-2017/DTN, de 16-02-2017, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RwEBOu>).

§ 740. **Legitimidad activa para impugnar un proceso de selección (art. 44.6).** Véase la jurisprudencia del artículo 41º de la Ley [§ 662]. (Opinión N.º 047-2017/DTN, de 16-02-2017, ff. 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RwEBOu>).

Artículo 45: Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

45.2 El inicio del procedimiento de solución de controversias no suspende o paraliza las obligaciones contractuales de las partes, salvo que la entidad disponga lo contrario, de acuerdo al plazo y condiciones establecidos en el reglamento.

45.3 Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias.

45.4 La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente norma o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo.

45.5 Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

45.6 En supuestos diferentes a los mencionados en el párrafo anterior, los medios de solución de controversias previstos en este artículo deben ser iniciados por la parte interesada en cualquier momento anterior a la fecha del pago final.

45.7 Luego del pago final, las controversias solo pueden estar referidas a vicios ocultos en bienes, servicios u obras y a las obligaciones previstas en el contrato que deban cumplirse con posterioridad al pago final. En estos casos, el medio de solución de controversias se debe iniciar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

45.8 En los casos en que resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a esta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. Las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas solo pueden ser sometidas a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra. Las controversias que surjan con posterioridad a dicha recepción pueden ser sometidas directamente a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

45.9 Todos los plazos señalados en los numerales precedentes son de caducidad.

45.10 Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente norma 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.

45.11 Los medios de solución de controversias previstos en este artículo se rigen especialmente por lo establecido en la presente norma y su reglamento, sujetándose supletoriamente a lo dispuesto en las leyes de la materia.

45.12 La conciliación se realiza en un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Durante la conciliación o ante la propuesta de acuerdo conciliatorio, el titular de la Entidad, con el apoyo de sus dependencias técnicas y legales, realiza el análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible. En ambos casos, se puede solicitar opinión de la procuraduría pública correspondiente o la que haga sus veces.

45.13 Constituye responsabilidad funcional impulsar o proseguir la vía arbitral cuando el análisis costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no será acogida en dicha sede. El reglamento establece otros criterios, parámetros y procedimientos para la toma de decisión de conciliar.

45.14 El arbitraje es de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral integrado por tres (3) miembros.

45.15 El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado. Los demás integrantes del tribunal arbitral pueden ser expertos o profesionales en otras materias, debiendo necesariamente tener conocimiento en contrataciones con el Estado.

45.16 Para desempeñarse como árbitro designado por el Estado en una institución arbitral o ad hoc, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o el que haga sus veces. Asimismo, para la designación residual del presidente del Tribunal Arbitral en una institución arbitral o ad hoc, el árbitro a designarse debe estar inscrito en el referido Registro Nacional de Árbitros.

45.17 El árbitro único o tribunal arbitral constituido para resolver una controversia derivada de un contrato regido por esta Ley resulta competente, salvo el supuesto de excepción previsto en el numeral 45.19, para conocer las demás controversias, susceptibles de ser sometidas a arbitraje, que surjan de la ejecución del mismo contrato.

45.18 En ese sentido, cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia derivada del mismo contrato, cualquiera de las partes debe solicitar a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje, dentro del plazo de caducidad previsto en el numeral 45.5.

45.19 El árbitro único o el tribunal arbitral acumula las nuevas pretensiones que se sometan a su conocimiento, siempre que estas sean solicitadas antes de la conclusión de la etapa probatoria. Excepcionalmente, el árbitro único o el tribunal arbitral, mediante resolución fundamentada, puede denegar la acumulación solicitada tomando en cuenta la naturaleza de las nuevas pretensiones, el estado del proceso arbitral y demás circunstancias que estime pertinentes.

45.20 En los casos en que se haya denegado la acumulación de pretensiones, la parte interesada puede iniciar otro arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de notificada la denegatoria de la acumulación, siendo éste también un plazo de caducidad.

45.21 El laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiéndose notificar a las partes a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) para efecto de su eficacia. Contra dicho laudo solo cabe interponer recurso de anulación de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje o norma que lo sustituya.

45.22 La interposición del recurso de anulación del laudo por el contratista requiere presentar fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la Entidad, conforme al porcen-

taje que se establece en el reglamento, con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso.

45.23 Las entidades solo pueden iniciar la acción judicial de anulación de Laudo previa autorización del Titular de la Entidad, mediante resolución debidamente motivada, bajo responsabilidad, siendo esta facultad indelegable. Para tal efecto, se realiza el análisis costo-beneficio, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso judicial, la expectativa de éxito de seguir la anulación. Constituye responsabilidad funcional impulsar la anulación del laudo arbitral cuando el análisis costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no puede ser acogida.

45.24 Los procuradores públicos que no interpongan estas acciones no incurren en responsabilidad.

45.25 Adicionalmente, sin perjuicio de lo señalado, el laudo puede ser anulado a solicitud de parte si la composición del árbitro único o del tribunal arbitral o si las actuaciones arbitrales no se han ajustado a lo establecido en la presente norma y en su reglamento; siempre que tal circunstancia haya sido objeto de reclamo expreso en su momento ante el árbitro único o tribunal arbitral por la parte afectada y fue desestimado. En caso de que dicha circunstancia haya constituido causal de recusación, la anulación solo resulta procedente si la parte afectada formuló, oportunamente, la recusación respectiva y esta fue desestimada.

45.26 El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) aprueba el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, el cual resulta de aplicación a los arbitrajes que administra, a los arbitrajes ad hoc y, de manera supletoria, a los arbitrajes administrados por una institución arbitral que no tenga aprobado un Código de Ética o, que teniéndolo no establezca la infracción cometida por el árbitro o no establezca la sanción aplicable.

45.27 Los árbitros deben ser y permanecer independientes e imparciales durante el desarrollo del arbitraje. Asimismo, deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía; actuar con transparencia y observar la debida conducta procedimental. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje.

45.28 El incumplimiento de las obligaciones señaladas en el párrafo precedente constituye infracción a los principios de independencia, imparcialidad, transparencia y debida conducta procedimental previstos en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, siendo pasible de las siguientes sanciones éticas según su gravedad:

- a) Amonestación.
- b) Suspensión temporal de hasta cinco (5) años.
- c) Inhabilitación permanente.

45.29 Las infracciones señaladas son desarrolladas en el reglamento y recogidas en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado.

45.30 La autoridad competente para aplicar el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado es el Consejo de Ética, el cual se encarga de determinar la comisión de infracciones y de imponer las sanciones respectivas. El Consejo de Ética se encuentra integrado por tres (3) miembros independientes de reconocida solvencia ética y profesional, los cuales son elegidos por la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Economía y Finanzas, y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, respectivamente. El cargo de miembro del Consejo puede ser remunerado. La organización, estructura, atribuciones, mecanismos de designación, funcionamiento y los demás aspectos concernientes al Consejo de Ética son establecidos en el reglamento.

45.31 El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) organiza y administra un régimen institucional de arbitraje especializado y subsidiario para la resolución de controversias en las contrataciones con el Estado, de acuerdo a lo previsto en el reglamento.

45.32 Este régimen se rige por su propio reglamento arbitral que es aprobado mediante directiva por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y supletoriamente por el Decreto Legislativo que norma el Arbitraje o norma que lo sustituya.

45.33 Los árbitros y las instituciones encargadas de la administración de los medios de solución de controversias deben cumplir con registrar en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) la información que establezca el reglamento y aquella que requiera el OSCE.

45.34 En el caso de los arbitrajes institucionales, la respectiva institución arbitral es responsable de la custodia del expediente por el plazo de diez (10) años desde su terminación. Tratándose de arbitrajes ad hoc, el presidente del tribunal arbitral o el árbitro único son responsables de la custodia de las actuaciones arbitrales por el plazo señalado.

45.35 Las resoluciones sobre devolución de honorarios de árbitros emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) constituyen título ejecutivo.

45.36 Si como resultado de un proceso arbitral se reconoce algún monto a pagar al proveedor o contratista, el pago por parte de la Entidad debe efectuarse junto con la liquidación o conclusión del contrato. ^{(a) (b) (c) (d) (e) (f) (g)}

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

- (a) Véase la Directiva N.º 018-2017-OSCE/CD, "Procedimiento de designación residual de árbitros a cargo del OSCE" (EP, 28-09-2017) [D-026].
- (b) Véase la Directiva N.º 017-2017-OSCE/CD, "Procedimientos de inscripción y renovación en la nómina de profesionales aptos para designación residual del OSCE, así como supuestos de suspensión y exclusión" (EP, 28-09-2017) [D-027].
- (c) Véase la Directiva N.º 016-2017-OSCE/CD, "Procedimiento para la instalación de árbitro único o tribunal arbitral ad hoc" (EP, 08-09-2017) [D-028].
- (d) Véase la Directiva N.º 014-2017-OSCE/CD, "Procedimiento de recusación de árbitros para arbitrajes ad hoc y arbitrajes administrados por el SNA-OSCE" (EP, 19-07-2017) [D-029].
- (e) Véase la Directiva N.º 025-2016-OSCE/CD, "Reglamento del régimen institucional de arbitraje subsidiario de cuantía menor en contrataciones del Estado a cargo del OSCE" (EP, 22-07-2016) [D-030].
- (f) Véase la Directiva N.º 021-2016-OSCE/CD, "Tabla de gastos arbitrales aplicables a los arbitrajes organizados y administrados por el OSCE y los arbitrajes ad hoc" (EP, 29-06-2016) [D-032].
- (g) Véase la Directiva N.º 017-2016-OSCE/CD, "Registro Nacional de Árbitros y Registro Nacional de Secretarios Arbitrales administrados por el OSCE" (EP, 11-01-2016) [D-034].

PRECEDENTES VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§ 741. **Reglas de procedencia e improcedencia del amparo arbitral. Objeto del ejercicio del control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral.** Véase la jurisprudencia del artículo 139.1 de la Constitución [§ 42]. (Exp. N.º 00142-2011-PA/TC, del 21-09-2011 [Web: 26-09-2011 / EP: 05-10-2011], que declara que los criterios previstos en los ff. jj. 20, 21 y 26, constituyen precedente vinculante inmediato). Texto completo: <bit.ly/2LUOV3d>).

PLENOS JURISDICCIONALES DE LAS CORTES SUPERIORES

§ 742. **En la contratación pública, no es arbitrable el enriquecimiento sin causa en caso de adicionales de obra que excede el 15% del valor de la obra.** ¿Es arbitrable el enriquecimiento sin causa; sólo en caso de adicionales de obra que excede el 15% del valor de la obra? El Pleno acordó POR MAYORÍA: No. ¿Forma parte del contrato o causal arbitral? El Pleno acordó POR MAYORÍA: No. (Primer Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Comercial con sede en la ciudad de Lima, realizado los días 03 y 04-07-2014. Tema N.º III. Texto completo: <bit.ly/2EZb5yu>).

§ 743. **En los procesos derivados de contrataciones con el Estado, el órgano jurisdiccional debe rechazar la demanda en los casos que taxativamente enuncia la ley y declarar la improcedencia de la misma (art. 45.1).** En el marco del mandato contenido en el artículo 45 de la Ley N.º 30225, es procedente la intervención del Poder Judicial para conocer una demanda referida a contrataciones con el Estado? Presentada una demanda conteniendo una pretensión derivada de dichos

contratos, ¿el órgano jurisdiccional resultaría incompetente o se trataría de un supuesto de falta de interés para obrar? El Pleno adoptó por UNANIMIDAD: “En los procesos derivados de contrataciones con el Estado, el órgano jurisdiccional debe rechazar la demanda en los casos que taxativamente enuncia la ley y declarar la improcedencia de la misma”. (Pleno Jurisdiccional Distrital Civil y Procesal Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, realizado en Trujillo el 10-09-2016. Tema N.º 1. Texto completo: <bit.ly/2V2LgCh>).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE SUPREMA, RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES, PRONUNCIAMIENTOS Y OPINIONES DEL OSCE

NUMERAL 45.1

§ 744. Cuando un contratista considera que el incumplimiento de sus obligaciones se encuentra justificado debido a que respondería a causas ajenas a su voluntad, debe impulsar y agotar los mecanismos de solución de controversias que la normativa prevé para resolver el contrato (art. 45.1). 13. [Es] pertinente reiterar que cuando un contratista considera que el incumplimiento de sus obligaciones se encuentra justificado debido a que respondería a causas ajenas a su voluntad (como lo alegado por el Impugnante en su escrito de reconsideración), debe impulsar y agotar los mecanismos de solución de controversias que la normativa prevé para resolver las desavenencias que se generaron con la Entidad, dado que un actuar contrario a lo indicado (no iniciar un procedimiento arbitral), evidencia un consentimiento y conformidad con la decisión adoptada por la Entidad de resolver el contrato por incumplimiento de obligaciones. 14. Respecto a este punto, debe precisarse que en su escrito de reconsideración, el Impugnante solo se ha limitado a señalar que invitó a la Entidad a conciliar (no arribando a ningún acuerdo), mas no ha alegado y/o acreditado haber iniciado, dentro del plazo de caducidad, proceso arbitral alguno en torno a la resolución del Contrato. 15. Por consiguiente, evidenciándose que el Impugnante no agotó los mecanismos de solución de controversias que la Ley le otorgaba para impugnar la decisión de resolver el Contrato; consecuentemente, la conclusión arribada en la resolución recurrida, respecto a que la resolución del Contrato se encuentra consentida, sigue estando vigente, hecho que no ha sido desvirtuado por el Impugnante a través de su recurso. (Resolución N.º 1577-2017-TCE-S3, de 24-07-2017, ff. 13 al 15. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2zbJhIN>).

§ 745. Dentro del proceso arbitral, el acuerdo mediante el que se podía poner fin a la controversia fue denominado “conciliación dentro del arbitraje”, siendo esta figura distinta de la conciliación prevista en el artículo 52 de la anterior Ley pues esta última era un mecanismo de solución previo al arbitraje (art. 45.1). CONSULTA: 2.1. “En el marco de un arbitraje administrado bajo las disposiciones del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE que se encuentra en curso ¿las partes pueden conciliar en cualquier etapa del proceso, independientemente de que cualquiera de ellas hubiera planteado algún mecanismo de defensa?”. [...] 2.2. “En caso sea positiva la respuesta a la consulta anterior, precisar los alcances de la Opinión N.º 232-2017/DTN”. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. La anterior normativa de contrataciones del Estado había previsto una forma mediante la cual se podía concluir un arbitraje (durante el desarrollo del mismo) organizado por el Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, que consistía en el común acuerdo al que podían llegar las partes, no habiéndose considerado este acuerdo como un mecanismo de solución de controversias en sí mismo e independiente del arbitraje, sino una posibilidad por medio del cual el arbitraje podía concluir. 3.2. Dentro del proceso arbitral, el acuerdo mediante el que se podía poner fin a la controversia fue denominado “conciliación dentro del arbitraje”, siendo esta figura distinta de la conciliación prevista en el numeral 52.1 del artículo 52 de la anterior Ley [cfr. art. 45.1 de la Ley vigente] pues esta última era un mecanismo de solución previo al arbitraje. 3.3. Los alcances de la Opinión N.º 232-2017/DTN [§ 2068] se enmarcan en el procedimiento establecido para la conciliación como un mecanismo de solución de controversias previo al arbitraje -y no como una forma de concluir un arbitraje ya iniciado-, por lo que en la citada opinión se concluyó que el derecho a solicitar la conciliación previa al arbitraje debía realizarse dentro del plazo

de caducidad previsto en el anterior Reglamento. (Opinión N.º 040-2018/DTN, de 06-04-2018, ff. 2.1, 2.2, 3, 3.1, 3.2 y 3.3 Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FPPdvo>).

§ 746. **El Tribunal de Contrataciones del Estado no puede discutir la culpabilidad de la Contratista en la comisión de la infracción que ocasionó la resolución contractual. La vía pertinente es la conciliación o el arbitraje (art. 45.1).** 20. En tal sentido, la discusión para analizar la culpabilidad de la Contratista en la comisión de la infracción bajo análisis (ocasionar que la Entidad resuelva el contrato); es decir, si, efectivamente, fue aquélla quien ocasionó la resolución contractual debido a incumplimientos ocasionados por conductas dolosas o negligentes, corresponde se efectúe en la vía pertinente; esto es, la conciliación o el arbitraje. 21. En consecuencia, no corresponde a este Colegiado analizar la culpabilidad de aquélla en la resolución contractual para imputarle responsabilidad, toda vez que ello significaría emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto, lo cual vulneraría el principio de legalidad establecido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, el cual establece que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo para los fines para los que les fueron conferidas (subrayado agregado). (Resolución N.º 1632-2017-TCE-S4, de 02-08-2017, ff. 20 y 21. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2TbUXNK>).

§ 747. **El Árbitro Único o al Tribunal Arbitral deberá ceñirse a lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado, en particular la primera Disposición Complementaria Final de la Ley (art. 45.1).** Véase la jurisprudencia de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley [§ 948]. (Opinión N.º 152-2016/DTN, de 12-09-2016, f. 2.1.1. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Lv06x3>).

NUMERAL 45.3

§ 748. **La decisión de la Entidad o de la Contraloría de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, debido a errores en los metrados del expediente adicional, no puede ser sometida a conciliación ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas (art. 45.3)** CONSULTA: 2.3. *“¿Cuáles son los mecanismos de solución de controversias aplicables para resolver los errores en los metrados del expediente adicional no elaborado por el Contratista, sino por la propia Entidad o por un tercero?”* [...] CONCLUSIÓN: 3.2. El tercer párrafo del numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley [cfr. art. 45.3 de la Ley vigente] dispone que la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas; indicando que, las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos por la normativa de contrataciones del Estado, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. (Opinión N.º 173-2018/DTN, de 17-10-2018, ff. 2.3 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Qs4O3l>).

NUMERAL 45.4

§ 749. **Presupuestos para que se verifique un enriquecimiento sin causa (art. 45.4).** 2.1.3. [...] en el marco de las contrataciones del Estado se verifique un enriquecimiento sin causa es necesario que: (i) la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; y (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la ausencia de contrato. Por tanto, el proveedor que se encuentre en la situación descrita bien podría ejercer la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente a efectos que requiera el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas a favor de la Entidad mediante una indemnización. Situación en la cual, la autoridad que conozca y resuelva dicha

acción probablemente reconocería que, en los hechos, la Entidad se habría beneficiado (enriquecido a expensas del proveedor) con las prestaciones ejecutadas en su favor, y, en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento sin causa, ordenaría a la Entidad no solo reconocer el íntegro del precio de la prestación ejecutada y sus respectivos intereses, sino también las costas y costos derivados de la interposición de la acción. En este punto, es importante anotar que el monto reconocido no podría considerarse pago en términos contractuales, en la medida que el pago es la consecuencia directa de una obligación válidamente contraída, sino como una indemnización por el perjuicio que el desplazamiento patrimonial de la prestación ha generado al proveedor. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en materia presupuestal el pago constituye la etapa final de la ejecución de un gasto que ha sido válidamente devengado. (Opinión N.º 008-2011/DTN, de 03-01-2011, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LruoAE>).

§ 750. En casos de enriquecimiento sin causa por parte de la Entidad, esta puede optar por reconocer directamente al proveedor las prestaciones ejecutadas sin que medie contrato que las vincule (art. 45.4). CONSULTA: 2.1. “En caso que una Entidad del Estado se beneficie con prestaciones ejecutadas por un proveedor, sin que medie contrato alguno y se le reclama el pago correspondiente por enriquecimiento sin causa (conforme al artículo 1954º del Código Civil) entonces, ¿Es posible que, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan a los funcionarios que facilitaron y/o aceptaron dicha irregularidad, se suscriba un acuerdo conciliatorio ante un Centro de Conciliación Extrajudicial entre la Entidad y el proveedor a fin de indemnizar al proveedor por las prestaciones ejecutadas?” [...] 2.2. “En caso que una Entidad del Estado se beneficie con prestaciones ejecutadas por un proveedor, sin que medie contrato alguno y se le reclama el pago correspondiente por enriquecimiento sin causa (conforme al artículo 1954º del Código Civil) entonces, ¿Es posible que, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan a los funcionarios que facilitaron y/o aceptaron dicha irregularidad, que la Entidad emita una Resolución Administrativa en la que reconozca el valor de dicha prestación y disponga su cancelación?” [...] CONCLUSIONES: 3.1. Sin perjuicio de las responsabilidades de los funcionarios que incumplieron con los requisitos, formalidades y procedimientos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado para llevar a cabo sus contrataciones, la Entidad a favor de la cual un proveedor ejecuta determinadas prestaciones sin que medie un contrato que los vincule, podría estar obligada a reconocer al proveedor el precio de mercado de las prestaciones ejecutadas de buena fe; ello en observancia del principio que proscribe el enriquecimiento sin causa reconocido en el artículo 1954 del Código Civil. 3.2. A partir de la entrada en vigencia de la actual normativa de contrataciones del Estado, la pretensión referida al enriquecimiento sin causa no puede ser sometida a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la Ley o Reglamento; correspondiendo, en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial, de conformidad con señalado en el tercer párrafo del numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley. 3.3. En caso la Entidad opte por reconocer directamente al proveedor las prestaciones ejecutadas sin que medie un contrato que los vincule, debería suscribir los documentos legales y presupuestales que correspondan. (Opinión N.º 007-2017/DTN, de 11-01-2017, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EbQG8T>).

§ 751. Corresponde a la Entidad decidir si reconocerá el precio de las prestaciones ejecutadas por el contratista de manera directa, o si esperará a que el proveedor perjudicado interponga la acción por enriquecimiento sin causa (art. 45.4). ¿Resulta viable el pago por los servicios brindados por una empresa, pese a no contar con el expediente de contratación ni orden de compra que sustentó ello? [...] 2.1.4. [Sin] perjuicio de las responsabilidades de los funcionarios involucrados en el procedimiento de contratación irregular, de ser el caso, corresponde a la Entidad, en cada situación concreta, decidir si reconocerá el precio de las prestaciones ejecutadas por el contratista de manera directa, o si esperará a que el proveedor perjudicado interponga la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente, siendo recomendable que para adoptar una decisión sobre el particular coordine con su asesoría jurídica interna, así como con su área de presupuesto. (Opinión N.º 008-2011/DTN, de 03-01-2011, f. 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LruoAE>).

§ 752. **Un requisito adicional para que se configure un enriquecimiento sin causa en el marco de las contrataciones del Estado es que este no sea el resultado de actos de mala fe del empobrecido (art. 45.4).** CONSULTA: 2.1.4. Ahora bien, para que se configure un enriquecimiento sin causa y, por ende, pueda ejercitarse la respectiva acción, es necesario que se verifiquen las siguientes condiciones: “a) el enriquecimiento del sujeto demandado y el empobrecimiento del actor; b) la existencia de un nexo de conexión entre ambos eventos; y c) la falta de una causa que justifique el enriquecimiento.” En este punto, es importante precisar que un requisito adicional para que se configure un enriquecimiento sin causa en el marco de las contrataciones del Estado es que este no sea el resultado de actos de mala fe del empobrecido; es decir, el proveedor debe haber ejecutado las prestaciones de buena fe, lo que implica necesariamente que hayan sido válidamente requeridas o aceptadas por el funcionario o funcionarios competentes de la Entidad. [...] (Opinión N.º 007-2017/DTN, de 11-01-2017, f. 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EbQG8T>).

§ 753. **Procedencia del pago de prestaciones ejecutadas de forma irregular (art. 45.4).** **3.1.** Sin perjuicio de las responsabilidades de los funcionarios que incumplieran con los requisitos, formalidades y procedimientos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado para llevar a cabo sus contrataciones, es importante señalar que el proveedor que con buena fe ejecuta determinadas prestaciones a favor de una Entidad, sin que medie un contrato que los vincule o sin cumplir con algunas de las formalidades y procedimientos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado, podría requerir una indemnización por el precio de mercado de dichas prestaciones, en observancia del principio que proscribiera el enriquecimiento sin causa recogido en el artículo 1954 del Código Civil. **3.2.** En el marco de las Opiniones N.º 067-2012/DTN [§ 1890] y 083-2012/DTN, para que proceda el pago de la indemnización por las prestaciones ejecutadas sin vínculo contractual o sin cumplir las formalidades establecidas en la normativa de contrataciones del Estado, es necesario que el proveedor empobrecido haya ejecutado dichas prestaciones de buena fe. **3.3.** En el caso de la Opinión N.º 126-2012/DTN, corresponde precisar que para que proceda el pago de la indemnización por la ejecución de prestaciones adicionales sin contar previamente con la autorización del Titular de la Entidad, es necesario que el proveedor perjudicado haya ejecutado las referidas prestaciones adicionales de buena fe. En este caso, ello significaría que las referidas prestaciones hayan sido requeridas o aceptadas por el inspector o por el supervisor, en el caso de que se requiera la ejecución de prestaciones adicionales de emergencia. A partir de la entrada en vigencia de la actual normativa de contrataciones del Estado, la vía correspondiente para resolver las controversias referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales es el Poder Judicial. (Opinión N.º 116-2016/DTN, de 25-07-2016, ff. 3.1 al 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2X22rVl>).

§ 754. **Cuando un proveedor brinda servicios o bienes a una Entidad, de buena fe y sin haber mediado un contrato formal entre ellos, corresponde a la Entidad reconocer el valor de mercado de las prestaciones ejecutadas (art. 45.4).** CONSULTA: “¿Si la Entidad que se beneficia con prestaciones de bienes y/o servicios brindados por un proveedor, sin que haya mediado un contrato formal y sin cumplir con los presupuestos exigibles por la Ley de Contrataciones, tiene la obligación de pagar el precio correspondiente, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1954º del Código Civil?” [...] CONCLUSIONES: **3.1.** Sin perjuicio de las responsabilidades de los funcionarios que incumplieron con los requisitos, formalidades y procedimientos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado para llevar a cabo sus contrataciones, la Entidad a favor de la cual un proveedor ejecuta determinadas prestaciones sin que medie un contrato que los vincule, tiene la obligación de reconocer al proveedor el precio de mercado de las prestaciones ejecutadas de buena fe; ello en observancia del principio que proscribiera el enriquecimiento sin causa reconocido en el artículo 1954 del Código Civil. **3.2.** Corresponde a cada Entidad decidir si reconocerá el precio de las prestaciones ejecutadas por el proveedor en forma directa, o si esperará a que el proveedor perjudicado interponga la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente, siendo recomendable que para adoptar cualquier decisión sobre el particular coordine, cuando menos, con su área legal y su área de presupuesto. (Opinión

N.º 077-2016/DTN, de 26-05-2016, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PD2r9n>).

§ 755. Liquidación de los trabajos efectivamente ejecutados hasta antes de declararse la nulidad del contrato suscrito entre las partes deberá practicarse considerando los costos de la propuesta técnica presentada por el contratista ganador de la buena pro (art. 45.4). *La Entidad consulta si "una obra que ha sido adjudicada mediante proceso de selección y se ha suscrito contrato correspondiente, se ha declarado la nulidad de contrato en aplicación [...] de la Ley de Contrataciones [...], cuando se encontraba en proceso de ejecución, con adelantos otorgados y valorizaciones pagadas ¿la liquidación de los trabajos realizados hasta la fecha de nulidad de contrato debe realizarse con los costos referenciales o con los costos de la propuesta técnica?* **CONCLUSIONES:** **3.1.** Toda vez que en los hechos, la Entidad podría haberse beneficiado con las actividades ejecutadas en su favor por el contratista, y en aplicación de los principios generales que prohíben el enriquecimiento sin causa, corresponderá al contratista perjudicado ejercitar las acciones que correspondan para reclamar el reconocimiento de los costos de la ejecución de dichas actividades. **3.2.** La liquidación de los trabajos efectivamente ejecutados hasta antes de declararse la nulidad del contrato suscrito entre las partes deberá practicarse considerando los costos de la propuesta técnica presentada por el contratista ganador de la buena pro. (Opinión N.º 083-2009/DTN, de 31-08-2009, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SPjN8N>).

§ 756. Si una Entidad recibe bienes de un proveedor, sin mediar un contrato válido entre ambas partes, estamos ante un supuesto de enriquecimiento ilícito (art. 45.4). **19.** En cuanto a la entrega de hecho de los bienes que iban a ser objeto del contrato no suscrito, según consta en las Órdenes de Compra N.º C-2003-00370, C-2003-00371 y C-2003-00372 emitidas por la Entidad con fecha de 11 de diciembre de 2003, se ordenó la adquisición de una serie de insumos para la elaboración de las licencias de conducir, conforme a lo cual el CONSORCIO cumplió con efectuar entregas debidamente acreditadas en autos, tal como consta en las respectivas actas de recepción citadas en los antecedentes, suscritas por su parte y por representantes de la Entidad. **20.** Al respecto, queda claro que el CONSORCIO ha entregado mercadería a la Entidad, la que habría sido utilizada por la misma para cubrir sus requerimientos y necesidades, siendo que nos encontramos frente a una situación de hecho, en la que ha habido - aún sin contrato válido - un conjunto de prestaciones de una parte debidamente aceptadas - y utilizadas por la otra, hecho que no puede ser soslayado para efectos civiles. En este sentido, cabe señalar que, conforme al artículo 1954º del Código Civil, el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa. **21.** En efecto, no habiéndose suscrito el contrato correspondiente, no ha existido fundamento legal ni causa justa para dicha atribución patrimonial que sustente el enriquecimiento indebido en el que ha incurrido la Entidad, circunstancias que deberá ser ventilada por las partes en la vía correspondiente. (Resolución N.º 176-2004-TC-SU, de 29-04-2004, ff. 19 al 21. Sala Única. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2OZLMwK>).

§ 757. Procede la restitución del enriquecimiento sin causa incluso cuando el contrato que existía ha sido declarado nulo por la entidad invocando la causal de presentación de documentación falsa. Transgresión del principio de presunción de veracidad (art. 45.4). **2.1.** *El contrato crea obligaciones entre las partes, entre las cuales se encuentra por parte del contratista entregar los bienes y por parte de la Entidad pagar por las prestaciones siendo ello así, si la Entidad otorgó la conformidad ¿Puede no pagar al contratista, ya que éste presentó documentación falsa en su propuesta técnica con la cual se le otorgó la Buena Pro y se suscribió el contrato respectivo? o ¿Debe esperar el pronunciamiento de la autoridad administrativa correspondiente al haberse sometido dicha documentación falsa a su fuero [...]?* [...] **2.1.2.** [...] [Después] de celebrados los contratos es posible declarar su nulidad, entre otras causales, cuando se verifique la trasgresión del Principio de Presunción de Veracidad. La consecuencia de esta declaración de nulidad es la invalidez de los actos celebrados con violación o defecto de los requisitos y formalidades impuestas por el ordenamiento jurídico, por lo que los actos nulos son considerados actos inexistentes y, como tal, incapaces de producir efectos. **2.1.3.** Sin embargo, si bien la existencia de una causal de nulidad del contrato implica su inexistencia y la consiguiente inexigibilidad de las obligaciones contenidas en éste, podría darse el caso de que se haya ejecutado determinadas actividades a favor de alguna o ambas partes,



dado que, hasta antes de la verificación posterior, el contrato gozaba de una apariencia de validez. Así, en el supuesto que el contratista haya ejecutado actividades a favor de la Entidad, sin que éstas hayan sido retribuidas económicamente, podría configurarse un enriquecimiento sin causa. [...] **2.1.4.** En el orden de ideas expuesto, la Entidad podría haberse beneficiado con las actividades ejecutadas a su favor por el contratista; por lo que, en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento sin causa, corresponderá al contratista perjudicado ejercitar las acciones que correspondan para reclamar el reconocimiento de los costos de la ejecución de dichas actividades. Asimismo, [...] es derecho del contratista recibir el pago por parte de la Entidad, una vez que se haya cumplido con ejecutar todas las prestaciones a su cargo y se haya otorgado la respectiva conformidad, corresponde que la Entidad cumpla con realizar el referido pago. **2.1.5.** Respecto a la siguiente pregunta, cabe precisar que, sin perjuicio de lo anterior, [...] cuando la Entidad detecte que el postor ha presentado documentos falsos o inexactos, deberá ponerlo en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, a efectos que, previo procedimiento administrativo sancionador, se le apliquen las sanciones que correspondan. Sin embargo, para declarar la nulidad del contrato o para reconocer el pago del contratista como consecuencia de un procedimiento de enriquecimiento sin causa, no es requisito previo que el Tribunal de Contrataciones del Estado se pronuncie, pues la normativa no ha estipulado esta exigencia. [...] **3. CONCLUSIÓN. 3.1.** [Después] de celebrados los contratos es posible declarar su nulidad, cuando se verifique la trasgresión del Principio de Presunción de Veracidad. **3.2.** Corresponderá al contratista perjudicado, en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento sin causa, ejercitar las acciones que correspondan para reclamar el reconocimiento de los costos de la ejecución de las actividades realizadas a favor de la Entidad. **3.3.** El hecho que se esté tramitando una denuncia por documentación falsa ante el Tribunal de Contrataciones del Estado o frente al Ministerio Público no impide que, como consecuencia de un procedimiento de enriquecimiento sin causa, la Entidad le retribuya económicamente por las prestaciones ejecutadas. **3.4.** La declaratoria de nulidad no está sujeta al pronunciamiento que realice el Tribunal de Contrataciones del Estado por la sanción administrativa al contratista, referido a la presentación de documentación falsa. (Opinión N.º 081-2010/DTN, de 29-12-2010, ff. 2.1, 2.1.2, 2.1.3, 2.1.4, 2.1.5, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AcFHHL>).

§ 758. Incumplimiento de formalidades del procedimiento existente para contratar obras y/o servicios con el Estado resulta una infracción administrativa mas no la negación de la existencia de la obra ejecutada (art. 45.4). *Sexto.* [De] los documentos obrantes en autos es posible determinar que el actor [un proveedor] realizó la obra de trabajo que le fue solicitada y a la fecha, la demandada [hospital estatal] no ha cumplido con la retribución acordada, debiendo precisar que el incumplimiento de formalidades del procedimiento existente para contratar obras y/o servicios con el Estado resulta una infracción administrativa mas no la negación de la existencia de la obra ejecutada, en la medida que la norma especial no sanciona con nulidad su inobservancia (...) el presente proceso tiene como pretensión la obligación de pagar por concepto de trabajo de obra realizada y no la validez o exigibilidad de los procedimientos para contratar con el Estado, los que efectivamente son de estricto cumplimiento, sin embargo, la determinación de responsabilidad en el actuar de las autoridades administrativas con relación al incumplimiento de dichos procedimientos, no corresponde ser determinado en el presente proceso [...]. (Casación N.º 877-2012-Callao, de 18-05-2012, f. j. 6. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema [EP, 02-09-2013, Sentencias en Casación, Año XVII, N.º 682, p. 42849]. Texto completo: <bit.ly/2Sl5OmL>).

§ 759. Reconocimiento de las prestaciones ejecutadas por el proveedor a la Entidad debe considerar el íntegro del precio de mercado de tal servicio, el cual incluye la utilidad del proveedor (art. 45.4). **2.3.** [...] [El] monto reconocido [por enriquecimiento sin causa] no podría ser considerado como pago en términos contractuales, en la medida que el pago es la consecuencia directa de una obligación válidamente contraída; ni tampoco en términos presupuestales, pues en materia presupuestal el pago constituye la etapa final de la ejecución de un gasto que ha sido válidamente devengado. No obstante, ello no afecta que *el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas por el proveedor a la Entidad deba considerar el íntegro del precio de mercado de tal servicio, el cual incluye la*

utilidad del proveedor; es decir, que el monto a ser reconocido por la Entidad al proveedor sea aquel que de haberse observado las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, habría tenido el carácter de contraprestación. Esto debido a que los proveedores colaboran con las Entidades para satisfacer sus necesidades de aprovisionamiento de bienes, servicios u obras, a cambio del pago de una retribución -contraprestación- equivalente al precio de mercado de la prestación, el cual incluye la utilidad. (Opinión N.º 051-2012/DTN, de 27-03-2012, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SfWwIE>).

§ 760. En caso de enriquecimiento sin causa, el reconocimiento del servicio prestado por el proveedor a la Entidad debe considerar el íntegro del precio de mercado de tal servicio, el cual incluye la utilidad del proveedor (art. 45.4). 2.3. [...] [El] proveedor que se encuentre en [una] situación [de enriquecimiento de la Entidad y empobrecimiento del proveedor] bien podría ejercer la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente a efectos de requerir el reconocimiento del precio de las prestaciones ejecutadas a favor de la Entidad, mediante una indemnización. Situación en la cual la autoridad que conozca y resuelva dicha acción probablemente reconocería que, en los hechos, la Entidad se habría beneficiado - enriquecido a expensas del proveedor- con la prestación del servicio, y, en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento sin causa, ordenaría a la Entidad no sólo reconocer *el íntegro del precio de mercado del servicio prestado, y sus respectivos intereses*, sino también las costas y costos derivados de la interposición de la acción. Cabe precisar que el monto reconocido no podría ser considerado como pago en términos contractuales, en la medida que el pago es la consecuencia directa de una obligación válidamente contraída; ni tampoco en términos presupuestales, pues en materia presupuestal el pago constituye la etapa final de la ejecución de un gasto que ha sido válidamente devengado. No obstante, ello no afecta que *el reconocimiento del servicio prestado por el proveedor a la Entidad deba considerar el íntegro del precio de mercado de tal servicio, el cual incluye la utilidad del proveedor*; es decir, que el monto a ser reconocido por la Entidad al proveedor sea aquel que de haberse observado las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, habría tenido el carácter de contraprestación. Esto debido a que, como se ha señalado en el punto 2.1 de la presente opinión, los proveedores colaboran con las Entidades para satisfacer sus necesidades de aprovisionamiento de bienes, servicios u obras, a cambio del pago de una retribución -contraprestación- equivalente al precio de mercado de la prestación, el cual incluye la utilidad. Cabe precisar que al establecer el criterio antes indicado, este Organismo Supervisor se aparta de aquel que fue establecido en las Opiniones N.º 104-2009/DTN [§ 2053] y 008-2011/DTN [§ 1891]. (Opinión N.º 073-2011/DTN, de 05-08-2011, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DaDUpp>).

§ 761. El monto reconocido por enriquecimiento sin causa no puede considerarse pago en términos contractuales, sino como una indemnización por el perjuicio que el desplazamiento patrimonial de la prestación ha generado al proveedor (art. 45.4). *¿Resulta viable el pago por los servicios brindados por una empresa, pese a no contar con el expediente de contratación ni orden de compra que sustento ello?* 2.1.3. [El] proveedor que se encuentre en la situación descrita bien podría ejercer la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente a efectos que requerir el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas a favor de la Entidad mediante una indemnización. Situación en la cual, la autoridad que conozca y resuelva dicha acción probablemente reconocería que, en los hechos, la Entidad se habría beneficiado (enriquecido a expensas del proveedor) con las prestaciones ejecutadas en su favor, y, en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento sin causa, ordenaría a la Entidad no solo reconocer el íntegro del precio de la prestación ejecutada y sus respectivos intereses, sino también las costas y costos derivados de la interposición de la acción. En este punto, es importante anotar que el monto reconocido no podría considerarse pago en términos contractuales, en la medida que el pago es la consecuencia directa de una obligación válidamente contraída, sino como una indemnización por el perjuicio que el desplazamiento patrimonial de la prestación ha generado al proveedor. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en materia presupuestal el pago constituye la etapa final de la ejecución de un gasto que ha sido válidamente devengado. (Opinión N.º 008-2011/DTN, de 03-01-2011, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LruoAE>).

§ 762. **El enriquecimiento indebido es una fuente de obligaciones de origen legal. El enriquecimiento sin causa tiene una aplicación subsidiaria, no resultando procedente cuando el empobrecido puede ejercitar otra pretensión (art. 45.4).** *Quinto.* [...] [Si] bien es cierto que el enriquecimiento indebido exige para su configuración la ausencia de justa causa o falta de justificación, también lo es que en el caso en particular, la [empresa] demandante precisó que la falta de justificación se produce porque la parte demandada no convocó a ningún proceso de selección, sin que exista ningún contrato entre los meses de febrero y junio del año 2006 recepción la referida mercadería. En tal sentido, es del caso destacar que: “(...) el enriquecimiento de uno a expensas del otro sea sin causa que lo justifique. En rigor, todo hecho tiene una causa. De lo que se trata es de exigir a todo enriquecimiento, o, más ampliamente a toda atribución patrimonial, una causa jurídicamente justificante, que en derecho sea aceptable”. Por lo tanto, no se trata de establecer la existencia de un concierto de voluntades entre las partes en conflicto como erróneamente se sostiene en la recurrida, en atención a que tal como se ha anotado, el enriquecimiento indebido es una fuente de obligaciones de origen legal; por consiguiente, su causa eficiente no proviene de la voluntad de las partes, en tal sentido, el juicio de hecho debe discurrir por determinar si para efectuar la entrega de la mercadería existió una causa arreglada a derecho, sustentada en la existencia de algún proceso de selección o contrato entre ambas partes, si se tiene en cuenta que la demandada es una entidad sujeta a la normatividad legal relativa a la adquisición y contratación con el Estado en cuanto le fuere aplicable. *Sexto.* Adicionalmente a ello, debe tenerse en cuenta que el enriquecimiento sin causa tiene una aplicación subsidiaria, no resultando procedente cuando el empobrecido puede ejercitar otra pretensión, tal como lo dispone el artículo 1955 del Código Civil. En el caso de autos, la accionante [la empresa farmacéutica] ha explicado en la demanda que no le resulta viable ejercitar otro tipo de acción legal teniendo en cuenta para ello la Opinión N.º 048-2007/DOP emitida por el CONSUCODE [...], y que es de carácter ilustrativo, pues en definitiva el Juez de la causa es el que debe dilucidar la viabilidad de la demanda en los términos planteados y compulsando el material probatorio aportado al proceso. En consecuencia, la resolución impugnada infringe el citado principio de motivación de las resoluciones judiciales siendo así no es viable emitir un pronunciamiento sobre la infracción material denunciada en casación, correspondiendo excepcionalmente declararse la nulidad de la recurrida a fin que la Sala Civil Superior emita una nueva decisión con arreglo a las consideraciones precedentes. (Casación N.º 4358-2009-Lima, de 06-10-2010, ff. jj. 5 y 6. Sala Civil Transitoria [EP, 02-05-2011, Sentencias en Casación, Año XV, N.º 639, p. 29960]. Texto completo: <bit.ly/2Xn9xUz>).

§ 763. **El contrato se encuentra perfeccionado con la recepción del servicio. Empresa que siguió brindando servicio de alimentación a un hospital público luego de haber vencido un contrato de adjudicación de menor cuantía (art. 45.4).** Véase la jurisprudencia del artículo 137º del Nuevo Reglamento [§ 1622]. (Casación N.º 683-2009-Lima, de 17-09-2009, ff. jj. 1, 6, 7 y 8. Sala Civil Permanente [EP, 31-05-2010, Sentencias en Casación, Año XIV, N.º 626, p. 27713]. Texto completo: <bit.ly/2TwoIJ0>).

NUMERAL 45.5

§ 764. **Las partes cuentan con el plazo de treinta días hábiles, conforme a lo señalado en el Reglamento, para optar por la conciliación o por el arbitraje. De optar por la conciliación y concluida esta sin que se obtenga acuerdo o se cuente con uno parcial, las partes pueden someter a arbitraje las materias no conciliadas (art. 45.5).** CONSULTA: 2.1. *“¿Debe entenderse que los treinta (30) días hábiles señalados en el artículo 45.2 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N.º 30225) se computan desde emitida y/o suscrita el Acta de No Acuerdo Total o Parcial con el que concluye el procedimiento de conciliación?”.* [...] 2.2. *“Lo anterior supone que las partes cuentan con un plazo de treinta (30) días hábiles (PLAZO N.º 1) para iniciar un procedimiento de conciliación y, en caso así fuera, una vez concluido el procedimiento de conciliación con emitida y/o suscrita el Acta de No Acuerdo Total o Parcial las partes cuentan con treinta (30) días hábiles adicionales y distintos al PLAZO N.º 1 para iniciar el arbitraje?”.* [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Cuando las partes hayan optado por acudir a la conciliación sin que se obtenga acuerdo o se cuente con uno parcial, estas pueden someter a arbitraje las materias no concilia-

das, dentro del plazo de caducidad contemplado en el numeral 45.2 del artículo 45 de la Ley [cfr. art. 45.5 de la Ley vigente], computándose el plazo desde el día hábil siguiente de suscrita el acta. 3.2. Para los supuestos previstos en el numeral 45.2 del artículo 45 de la Ley, las partes cuentan con el plazo de treinta (30) días hábiles, conforme a lo señalado en el Reglamento, para optar por la conciliación o por el arbitraje. De optar por la conciliación y concluir esta sin que se obtenga acuerdo o se cuente con uno parcial, las partes pueden someter a arbitraje las materias no conciliadas, para lo cual cuentan con un nuevo plazo de treinta (30) días hábiles computado desde el día hábil siguiente de suscrita el acta de no acuerdo o de acuerdo parcial. (Opinión N.º 105-2017/DTN, de 19-04-2017, ff. 2.1, 2.2, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UIFlle>).

§ 765. Si bien la decisión de la Entidad de resolver el contrato es materia de discusión en la vía arbitral, ello no impide que el Tribunal de Contrataciones del Estado determine la configuración de la responsabilidad administrativa de los proveedores, postores y contratista (art. 45.5). Véase la jurisprudencia del artículo 50.8 de la Ley [§ 919]. (Resolución N.º 1618-2017-TCE-S1, de 31-07-2017, f. 16. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2FqikjN>).

NUMERAL 45.10

§ 766. Puede declararse nulo un laudo arbitral por inaplicación del orden de preferencia de norma para resolver el arbitraje contenida en el artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado (art. 45.10). CONSULTA: 2.1. “La Sala de la Corte Superior competente podría declarar nulo un Laudo Arbitral por inaplicación del orden de preferencia de normas para resolver el arbitraje que fuera establecida en el numeral 52.3 del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 45.10 de la Ley vigente]” 2.1.1. [...] En esa línea, si las partes hubieran recurrido al arbitraje, se debía considerar que el numeral 52.3 del artículo 52 de la anterior Ley disponía lo siguiente: “El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral 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. (...)” (El subrayado es agregado). De esta manera, la anterior Ley establecía la obligación que tenían los árbitros de observar una prelación en la aplicación de normas, según el siguiente detalle: en primer lugar, la Constitución Política del Perú; en segundo lugar, la anterior normativa de contrataciones del Estado; en tercer lugar, las normas de derecho público que resulten aplicables; y, finalmente, el derecho privado. 2.1.2. Dicho lo anterior, debe precisarse que si bien las causales de anulación de laudo se encuentran previstas taxativamente en el numeral 1) del artículo 63 del Decreto Legislativo N.º 1071 “Decreto Legislativo que norma el arbitraje”, la anterior Ley dispuso que el orden de preferencia contemplado [...] era de orden público y, por tanto, su incumplimiento constituía una causal de anulación de laudo. Como se advierte, la citada prelación tenía un matiz especial por contar con el carácter de norma de orden público, con lo cual se apartaba del carácter de norma dispositiva (sujeta a la voluntad de los árbitros) y se convertía en norma imperativa; así, el incumplimiento de dicha disposición conllevaba la configuración de una causal de anulación de laudo, la misma que podía ser declarada exclusivamente por la jurisdicción ordinaria. En tal sentido, la inobservancia del orden de preferencia establecido en el numeral 52.3 del artículo 52 de la anterior Ley constituía una causal para solicitar la anulación del laudo arbitral, por tanto, correspondía a los órganos judiciales evaluar la configuración de dicha causal y -de ser el caso- declarar la nulidad del laudo. (Opinión N.º 161-2016/DTN, de 10-10-2016, ff. 2.1, 2.1.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2V2e2CX>).

NUMERAL 45.12

§ 767. Resolución del contrato y conciliación extrajudicial (art. 45.12). 2.1.4. [...] [La] conciliación es uno de los mecanismos alternativos para la solución de controversias, por el cual las partes acuden ante un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia, a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual a la controversia. Al respecto, debe indicarse que la conciliación implica que, con asistencia especializada y neutral, las partes planteen sus posturas en conflicto hasta

alcanzar una solución consensual que sea beneficiosa para ambas; evitándose de esta manera incurrir en los costos que representaría para cada una de ellas la interposición de un arbitraje. De esta manera, en el marco de una conciliación, una Entidad podría, en una decisión de su exclusiva responsabilidad, modificar alguna de las disposiciones del contrato con la finalidad de alcanzar una solución consensual a la controversia surgida con el contratista; no obstante, para ello debe tener en consideración las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, así como los principios que la inspiran; entre estos, el Principio de Eficiencia y el de Moralidad. (Opinión N.º 046-2012/DTN, de 12-03-2012, f. 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Dy8pEE>).

§ 768. Para determinar si había operado la caducidad para someter determinada controversia a conciliación, debe verificarse si la parte interesada ha cumplido con iniciar el procedimiento conciliatorio dentro del plazo correspondiente. La solicitud de conciliación es el documento que inicia el procedimiento conciliatorio (art. 45.12). CONSULTA: 2.1. ‘A la luz de lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Legislativo N.º 1017 y su Reglamento, ¿El procedimiento de conciliación se debe entender iniciado cuando el centro de conciliación notifica la invitación para conciliar a la entidad o cuando cualquiera de las partes presenta la propuesta de conciliación al centro de conciliación autorizado?’. 2.1.1. [El] numeral 52.1 del artículo 52 de la anterior Ley [cfr. art. 45.12 de la Ley vigente] establecía que “Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. La conciliación debe realizarse en un centro de conciliación público o acreditado por el Ministerio de Justicia”. Como se aprecia, la anterior normativa de contrataciones del Estado establecía que la conciliación era uno de los mecanismos aplicables para la solución de controversias durante la ejecución del contrato, para lo cual las partes debían acudir ante un Centro de Conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia, a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual a su conflicto. Precizando este punto, el numeral 52.2 del artículo 52 de la anterior Ley disponía que “Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento. (...) Todos los plazos previstos son de caducidad”. De acuerdo con el artículo citado, por regla general, los procedimientos de conciliación y/o arbitraje debían ser iniciados antes de la culminación del contrato, salvo en aquellos casos en los que el anterior Reglamento hubiese establecido plazos de caducidad especiales aplicables a determinados tipos de controversias; de lo contrario, es decir, de no iniciar el procedimiento de conciliación y/o arbitraje dentro del plazo previsto, operaba la caducidad y, en consecuencia, se extinguía el derecho material y la acción correspondiente. 2.1.2. Como se advierte, para poder determinar si había operado la caducidad del plazo para someter a conciliación las controversias surgidas durante la ejecución del contrato, debía tomarse en consideración cuando se daba por iniciado el procedimiento conciliatorio. Sobre este punto, debe indicarse que la anterior normativa de contrataciones del Estado no había previsto con qué actuación se iniciaba el procedimiento conciliatorio, puesto que ello resultaba ajeno a sus competencias; no obstante, para definir dicho aspecto debía recurrirse a la normativa especial que regula la conciliación. Es así que el artículo 13 de la Ley N.º 26872, Ley de Conciliación, modificada mediante Decreto Legislativo N.º 1070, dispone lo siguiente “Las partes pueden solicitar la Conciliación Extrajudicial en forma conjunta o individual, con arreglo a las reglas generales de competencia establecidas en el artículo 14 del Código Procesal Civil”. A su vez, el artículo 6 del Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 014-2008-JUS, y modificado mediante Decreto Supremo N.º 006-2010-JUS, al referirse a la “Petición Conciliatoria” establece que “La Conciliación puede ser solicitada por cualquiera de las partes, o por ambas, a un Centro de Conciliación Extrajudicial con arreglo a las reglas generales de competencia legal y convencional establecidas en el Código Procesal Civil con el objeto de que un tercero llamado Conciliador, les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto”. Complementando lo señalado, el segundo párrafo del numeral 5.7 de la Directiva N.º 001-2013-JUS/DGDP-DCMA “Lineamien-

tos para un adecuado y uniforme desarrollo del procedimiento conciliatorio” (derogado a la fecha), señalaba que la Solicitud de Conciliación “Es el documento que inicia el trámite del procedimiento conciliatorio y debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 12º del Reglamento de la Ley de Conciliación”. Cabe precisar que este mismo criterio ha sido mantenido en el literal b) del numeral 5.8 de la Directiva N.º 001-2016-JUS/DGDP-DCMA “Lineamientos para la correcta prestación del servicio de conciliación extrajudicial” (vigente a la fecha). De este modo, para determinar si había operado la caducidad para someter determinada(s) controversia(s) a conciliación, debía verificarse si la parte interesada había cumplido con iniciar el procedimiento conciliatorio dentro del plazo perentorio correspondiente, conforme a lo señalado en la normativa especial que regula la conciliación. (Opinión N.º 214-2017/DTN, de 02-10-2017, ff. 2.1, 2.1.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KsYT8W>).

NUMERAL 45.14

§ 769. **La jurisdicción arbitral debe respetar los principios constitucionales (art. 45.14).** 11. [...] [La] jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura ius-publicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales. (Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC [Caso Fernando Cantuarias Salaverry], del 28-02-2006 [Web: 09-03-2006 / EP: 23-03-2006], f. j. 11]. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2pveUSC>).

NUMERAL 45.31

§ 770. **El rol subsidiario del OSCE en la organización y administración del arbitraje institucional sólo es aplicable a los contratos de bienes y servicios en general, mas no a las contrataciones de obra (art. 45.31).** Véase la jurisprudencia del artículo 236º del Nuevo Reglamento [§ 2082]. (Opinión N.º 028-2018/DTN, de 05-03-2018, ff. 3 al 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AtYlep>).

§ 771. **La validez del acuerdo conciliatorio para dotar de total vigencia el contrato de ejecución de obra, deja sin efecto la resolución contractual (art. 45.31).** Véase la jurisprudencia del artículo 166º del Nuevo Reglamento [§ 1851]. (Resolución N.º 1108-2011-TC-S4, de 27-06-2011, ff. 12, 13 y 14. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2QOAAAnv>).

REMISIÓN

§ 771a. **Sobre los medios de solución de controversias durante la ejecución contractual.** Véase también la jurisprudencia de los artículos 223º ss. del Nuevo Reglamento [§ 2064 ss.].

TÍTULO IV REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES

Artículo 46: Registro Nacional de Proveedores

46.1 El Registro Nacional de Proveedores (RNP) es el sistema de información oficial único de la Administración Pública que tiene por objeto registrar y mantener actualizada durante su permanencia en el registro, la información general y relevante de los proveedores interesados en participar en las contrataciones que realiza el Estado, así como implementar herramientas que permitan medir el desempeño de los

proveedores que contratan con el Estado. Los administrados están sujetos a los principios de presunción de veracidad, informalismo y privilegio de controles posteriores.

La inscripción en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) tiene vigencia indeterminada sujeta a la actualización de información de conformidad con lo que señala el reglamento.

En ningún caso el Registro Nacional de Proveedores (RNP) constituye una barrera de acceso para contratar con el Estado.

Para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista del Estado se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP). Únicamente en el Reglamento de la presente norma se establecen la organización, funciones y los requisitos para el acceso, permanencia y retiro del registro. En el caso de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley sujetos a supervisión, el Reglamento establecerá las condiciones para su inscripción ante dicho Registro así como sus excepciones.

La presentación de documentación falsa o información inexacta ante el Registro Nacional de Proveedores (RNP) habilita la declaración de nulidad del acto correspondiente.

46.2 Los proveedores del Estado inscritos como Ejecutores de Obra ante el Registro Nacional de Proveedores (RNP) cuentan con una capacidad de contratación conforme se establece en el reglamento.

46.3 Las empresas extranjeras reciben el mismo trato que las empresas peruanas reciben en su país de origen en materia de contrataciones del Estado.

46.4 Las Entidades están prohibidas de llevar registros de proveedores. Solo están facultadas para llevar y mantener un listado interno de proveedores, consistente en una base de datos que contenga la relación de aquellos. Bajo ninguna circunstancia, la incorporación en este listado es requisito para la participación en los procedimientos de selección que la Entidad realice. La incorporación de proveedores en este listado es discrecional y gratuita.

46.5 Bajo responsabilidad y de manera gratuita, en el marco de la legislación vigente sobre la materia, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), el Poder Judicial, la Policía Nacional del Perú (PNP) y otras Entidades de las que pueda requerirse información, deben proporcionar el acceso a la información pertinente, preferentemente mediante mecanismos de interoperabilidad, salvaguardando las reservas previstas por Ley con la finalidad de que el Registro Nacional de Proveedores (RNP) cuente con información oportuna, confiable y actualizada. La Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informática (ONGEI) de la Presidencia del Consejo de Ministros, cautela y apoya el debido cumplimiento de esta disposición.

Mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas puede disponerse el acceso a la información que posean otras Entidades y que sea relevante para el Registro Nacional de Proveedores (RNP).

46.6 En ningún caso, los documentos de los procedimientos de selección exigen a los proveedores la documentación que estos hubieran presentado para su inscripción ante el Registro Nacional de Proveedores (RNP). Los proveedores tienen derecho a no presentar ante las entidades la información que ya obra en el RNP, debiendo entregar una declaración jurada y las entidades verificar su contenido en el Registro Nacional de Proveedores (RNP).

46.7 La información del Registro Nacional de Proveedores (RNP) es de acceso público, salvo aquella información confidencial de índole tributaria, bancaria o comercial de las personas inscritas. (i) (ii) (a) (b) (c) (d) (e)

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341)

COMUNICADO DEL OSCE

(i) Comunicado N.º 005-2017-OSCE (03-2017): Eliminación de la constancia de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado. Texto completo: <bit.ly/2F00J4S>.

DESARROLLO NORMATIVO

- (ii) De conformidad con la Décima Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30556, Ley que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del Gobierno Nacional frente a desastres y que dispone la creación de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios (EP, 29-04-2017), se exonera del requisito de estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores previsto en el presente artículo, a los proveedores extranjeros no domiciliados para la presentación de propuestas. El Registro debe ser presentado para la suscripción del contrato. En caso de no presentación se otorga la buena pro al postor que quedó en segundo lugar. El Poder Ejecutivo emite las disposiciones simplificadas para la correspondiente inscripción. Las exoneraciones señaladas en la citada disposición no se encuentran exentas del control gubernamental que se encuentra legitimada a ejercer la Contraloría General de la República respecto del uso de los recursos públicos, de acuerdo con lo previsto en su Ley Orgánica.

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

- (a) Véase la Directiva N.º 016-2016-OSCE/CD, "Procedimiento para la inscripción, renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad y categorías e inscripción de subcontratos de ejecutores y consultores de obra en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)" (EP, 11-01-2016) [D-010].
- (b) Véase la Directiva N.º 015-2016-OSCE/CD, "Procedimiento para la inscripción y renovación de inscripción de proveedores de bienes y servicios en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)" (EP, 11-01-2016) [D-011].
- (c) Véase la Directiva N.º 014-2016-OSCE/CD, "Disposiciones aplicables al procedimiento de actualización de información en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)" (EP, 11-01-2016) [D-012].
- (d) Véase la Directiva N.º 012-2016-OSCE/CD, "Procedimiento de declaración del récord de ejecución y consultoría de obras en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)" (EP, 11-01-2016) [D-014].
- (e) Véase la Directiva N.º 009-2012-OSCE/CD, "Directiva para la fiscalización posterior aleatoria de los procedimientos administrativos seguidos ante el Registro Nacional de Proveedores" (EP, 18-09-2012) [D-015].

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 772. **Aplicación del principio de *non bis in idem*. Presentación de documentación falsa o información inexacta ante el Registro Nacional de Proveedores (art. 46.1).** [...] [El] Tribunal acuerda: En los casos que, como consecuencia de una fiscalización posterior, la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (DRNP/OSCE) declare la nulidad de un trámite por la presentación de un documento falso y/o información inexacta y aplique el impedimento previsto en el numeral 9.4 del artículo 9 de la Ley [cfr. art. 46.1 de la Ley vigente], en virtud del Principio de *Non Bis in Idem*, regulado en el numeral 10 del artículo 230 de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, no corresponderá iniciar el procedimiento administrativo sancionador sino el archivo del expediente respectivo. (Acuerdo N.º 1-2015-TCE, de 20-03-2015. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. [EP, 11-05-2015, p. 552362]. Texto completo: <bit.ly/2TypDJ8>).

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 773. **Obligación de contar con el Registro Nacional de Proveedores. 7.** Conforme es de verse, las normas de contratación pública exigen de modo imperativo la inscripción en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) de las personas naturales o jurídicas que van a participar en un proceso de selección, dado que sólo así pueden tener la condición de postores habilitados, cuya acreditación debe constar en la respectiva propuesta técnica, ya que ella debe contener necesariamente su Certificado de inscripción. En el supuesto de no encontrarse dicho documento en la propuesta técnica, al ser su presentación obligatoria, corresponde descalificar al postor. (Resolución N.º 1359-2007-TC-S1, de 12-09-2007, f. 7. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2GoiU1o>).

§ 774. **El postor diligente debe consultar la vigencia de su inscripción en el RNP antes de presentarse a un procedimiento de selección. 20.** [Se] espera de un "buen proveedor del Estado" que en los procesos de selección y/o contratos que celebre, obre con la diligencia debida, vale decir, cuidando que sus actuaciones se ciñan a los cánones legales que impone la normativa de contratación pública, cumpliendo honesta y puntualmente las obligaciones que le impone la ley, siendo eficiente en el cumplimiento de las prestaciones a su cargo. **21.** En ese sentido, en el caso de autos, un comportamiento



acorde a los estándares requeridos, implica esperar del postor que consulte permanentemente la información referida por el OSCE en el SEACE o aquella que se le comunique cuando realiza un trámite ante el RNP. Lo contrario, implica desidia y negligencia que, en el presente caso, se tradujo en temeridad al presentar ofertas en un proceso en el cual no podía vencer, considerando la falta de vigencia en su inscripción, y respecto del cual, con antelación, se conoce la existencia de una sanción. (Resolución N.º 494-2012-TC-S1, de 24-05-2012, ff. 20 y 21. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2DD7N0K>).

§ 775. **La inscripción en el RNP sólo es exigible a efectos de ser participante o postor en un proceso de selección y no así para otros momentos anteriores o posteriores.** 3. Respecto a la infracción denunciada, debemos tener presente como marco referencial que para la configuración de los supuestos de hecho establecidos en la norma que contiene la infracción imputada se requiere la *participación* en procesos de selección o la *suscripción* de un contrato sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores, es decir la infracción se configura *con la sola participación en el proceso o la suscripción de un contrato, sin contar con inscripción vigente en el citado Registro*, sin que la norma requiera condiciones adicionales. 4. En este punto, resulta importante tener en cuenta que el artículo 9 de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 46.1 de la Ley vigente] [...], señala que para ser participante, postor y/o contratista se necesita estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores. 5. Lo anterior debe entenderse en el marco de lo previsto por el [...] Anexo de definiciones del Reglamento que define al *participante* como “*el proveedor que puede intervenir en el proceso de selección, por haberse registrado conforme a las reglas establecidas en las Bases*” y [...] como *postor* a “*la persona natural o jurídica legalmente capacitada que participa en un proceso de selección desde el momento que presenta su propuesta o su sobre para la calificación previa*”. Lo anterior trae como consecuencia que la inscripción en el RNP sólo sea exigible a efectos de ser **participante o postor** en un proceso de selección y no así para otros momentos anteriores o posteriores, actuaciones en las que no debe exigirse que los proveedores se encuentren inscritos en el RNP. (Resolución N.º 1483-2011-TC-S2, de 12-09-2011, ff. 3 al 5. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2RaUmda>).

§ 776. **No existe legalmente previsto en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad que uno de los administrados, destinatario de la decisión del Tribunal en un procedimiento sancionador, pueda plantear, fuera de un recurso de reconsideración, una solicitud de nulidad contra una resolución del OSCE.** 2. [...] [L]os administrados pueden plantear la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos correspondientes, Recuérdese que, de conformidad con lo establecido en el artículo 231 del Reglamento, contra lo resuelto por el Tribunal en un procedimiento sancionador puede interponerse recurso de reconsideración. En consecuencia, no existe legalmente previsto en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad que uno de los administrados, destinatario de la decisión del Tribunal en un procedimiento sancionador, pueda plantear, fuera de un recurso de reconsideración, una solicitud de nulidad contra una resolución de este Tribunal, debiendo destacarse que nuestra normativa sólo ha previsto la posibilidad de interponer recurso de reconsideración en tal tipo de procedimiento. Por ende, la solicitud de nulidad de oficio formulada por la empresa, carece de asidero legal, debiendo ser declarada no ha lugar. (Resolución N.º 049-2017-TCE-S2, de 06-01-2017, f. 2. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2sgNsIZ>).

§ 777. **Para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista del Estado se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP).** 3. [...] [E]s necesario tener en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 46.1 del artículo 46 de la Ley, para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista se requiere estar inscrito en el RNP. 4. Asimismo, de conformidad con el artículo 238 de Reglamento [cfr. Anexo N.º 2 del Nuevo Reglamento] en el RNP debe inscribirse todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que deseen participar en procedimiento de selección y/o contratar con el Estado, sea que se presente de manera individual o en consorcio, para la provisión de bienes, servicios, consultoría de obras y ejecución de obras. 5. Dicha obligación se ve reforzada en el artículo 234 del Reglamento [cfr. art. 9 del Nuevo Reglamento], el cual prescribe, entre otros, que los proveedores serán responsables de que su inscripción en el Registro correspondiente del RNP se encuentre vigente al registrarse como participante, en la presentación de propuestas, en el otorgamiento

de la buena pro y el perfeccionamiento del contrato, siendo obligación de las Entidades verificar la vigencia de la inscripción en el RNP en dichos momentos. (Resolución N.º 2847-2016-TCE-S4, de 02-12-2016, ff. 3 al 5. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2BLEo4j>).

§ 778. Si el postor presenta una propuesta sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores, se configura infracción, sin necesidad de requisitos adicionales. El postor no puede presentar propuestas si su solicitud de registro aún se encuentra en trámite. Véase la jurisprudencia del artículo 50.1.k de la Ley [§ 893]. (Resolución N.º 2441-2016-TCE-S3, de 14-10-2016, ff. 6, 13, 20, 22 y 23. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2TlhCHk>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 779. La normativa de contrataciones del Estado vigente, al igual que la anterior, no contempla la posibilidad de regularizar el cumplimiento de la obligación de mantener vigente la inscripción en el RNP al momento de suscribir un contrato. CONSULTA: 2.3. “Si un contrato se celebró el 12 de enero del 2016, la pregunta es: ¿El RNP tiene que estar vigente a partir del 12 de enero del 2016 o antes? ¿Puede presentar el Locador de Servicios su RNP que lo obtuvo el 02 de febrero para el pago de sus haberes de enero del 2016 que se están tramitando?” [...] 2.3.2. Por su parte, cabe precisar que la normativa de contrataciones del Estado vigente, al igual que la anterior, no contempla la posibilidad de regularizar el cumplimiento de la obligación de mantener vigente la inscripción en el RNP al momento de suscribir un contrato. En la línea de lo señalado en el párrafo precedente, debe indicarse que el literal j) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley establece que el Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores que suscriban un contrato sin contar con inscripción vigente en el RNP; mientras que, el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 del Decreto Legislativo N.º 1017 contemplaba una disposición de carácter similar. (Opinión N.º 096-2016/DTN, de 06-07-2016, ff. 2.3 y 2.3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2NyJt4I>).

§ 780. Si al momento de otorgar la buena pro el Comité Especial advierte que el postor ganador perdió la vigencia de su inscripción en el RNP durante alguna etapa previa del proceso de selección, la propuesta de dicho postor debe ser descalificada, no pudiéndose otorgarle la buena pro. CONSULTA: 2.1. “La Inscripción en el Registro Nacional de Proveedores habilita a las personas naturales o jurídicas para ser participantes, postores y/o contratistas en los diversos procesos de selección que convoquen las Entidades del Estado. Siendo ello así, una vez convocado un Procesos de Selección, la Entidad ¿En qué etapas del proceso de selección está obligada a verificar la inscripción y vigencia del RNP?” [...] 2.2. “¿Qué sucede si la Entidad al momento de otorgar la buena pro y revisar la Inscripción del RNP de un participante, encuentra que el participante estuvo unos días sin inscripción vigente, pero al momento de otorgar la buena pro ya se encuentra vigente su RNP?” [...] 2.3. “¿Puede la Entidad otorgar la buena pro, declarar desierto el proceso de selección o declarar la nulidad del proceso de selección si el RNP del participante no se encuentra vigente al momento de otorgar la buena pro?” [...] 2.4. “Si se declarase desierto el proceso de selección por el hecho que el postor ganador no cuenta con RNP vigente, y existe un segundo postor ¿se le otorgaría a éste la buena pro?” [...] 2.5. ¿A qué se denomina estado suspendido de la vigencia de inscripción en el RNP? [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Es obligación de la Entidad verificar que la inscripción de los proveedores en el RNP se encuentre vigente durante todo el proceso de selección, hasta la suscripción del contrato. 3.2. Si al momento de otorgar la buena pro el Comité Especial advierte que el postor ganador perdió la vigencia de su inscripción en el RNP durante alguna etapa previa del proceso de selección, la propuesta de dicho postor debe ser descalificada, no pudiéndose otorgarle la buena pro. 3.3. Si al momento del otorgamiento de la buena pro el Comité Especial advierte que el postor que quedó en primer lugar no cuenta con el RNP vigente, debe descalificar dicha propuesta y otorgar la buena pro al postor que quedó en segundo lugar. No obstante, si sólo existía una oferta válida corresponde que el Comité Especial declare desierto el proceso de selección. 3.4. El Titular de la Entidad sólo puede declarar la nulidad de oficio del proceso de selección, cuando exista en su desarrollo un vicio que determine su ilegalidad, por lo que, si al momento de otorgar la buena pro, se advierte que el postor no cuenta con inscripción vigente en el RNP corresponde que el Comité Especial descalifique la propuesta. 3.5. De acuerdo a

lo indicado en la “Guía rápida de Inscripción de Proveedores de Bienes y Servicios” del portal del Registro Nacional de Proveedores, la vigencia de la inscripción de un proveedor en el RNP se encuentra en “estado suspendido”, cuando este no cumple con subsanar, dentro del plazo establecido, las observaciones formuladas a su trámite de inscripción en dicho Registro. (Opinión N.º 050-2012/DTN, de 23-03-2012, ff. 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 3, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4 y 3.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ByuuBW>).

§ 781. Si una Entidad requiere contratar con un proveedor no domiciliado en el país, pero a través de los métodos de contratación previstos en la Ley, si requerirá que dicho proveedor se encuentre inscrito en el RNP (art. 46.3). CONSULTA: 2.1. *“¿Es necesario que el proveedor no domiciliado en el País, cuente con el Registro Nacional de Proveedores, teniendo en cuenta que la Entidad ha acreditado mediante su Estudio de Mercado, que la compra del bien será atendida por proveedor no domiciliado en el País?”* [...] 2.1.3. [...] En esa línea, conforme al análisis realizado en el numeral anterior, en aquellas contrataciones realizadas con un proveedor no domiciliado en el país, donde no se van a utilizar los métodos de contratación previstos en la normativa de contrataciones del Estado por encontrarse incurso dentro del supuesto excluido del ámbito de aplicación sujeto a supervisión previsto en el literal f) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley, no resultarían aplicables las disposiciones previstas en ésta, *con lo cual se entiende que la obligación del proveedor de encontrarse inscrito en el RNP, no es exigible*. No obstante, cabe acotar que en caso una Entidad requiera contratar con un proveedor no domiciliado en el país, a través de los métodos de contratación previstos en la Ley, sí se requerirá que dicho proveedor se encuentre inscrito en el RNP, debiendo para ello cumplir con los requisitos previstos en el artículo 238 del Reglamento. (Opinión N.º 147-2018/DTN, de 13-09-2018, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TU4dqj>).

§ 782. Obligación de contar con inscripción vigente en el RNP para participar en procesos de selección y/o contratar con el Estado (art. 46.3). 3.1. Los proveedores extranjeros no domiciliados que se identifican en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) con “código de proveedor extranjero” deben suscribir el contrato consignando su identificación fiscal correspondiente - pudiendo ser el número de RUC en caso de contar con el -; sin perjuicio de la obligación de mantener vigente su inscripción en el RNP durante todas las etapas del proceso de contratación. 3.2. Las disposiciones de la Directiva N.º 015-2016-OSCE/CD [D-011] encuentran su justificación en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú (interpretado por el Tribunal Constitucional según sentencia contenida en el Expediente N.º 020-2003-AI/TC [§ 36]), y en la normativa de contrataciones del Estado, conformada por la Ley, el Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE, que en conjunto constituyen la normativa especial en materia de contratación pública. (Opinión N.º 149-2016/DTN, de 09-09-2016, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2GB6G6t>).

§ 783. Las contrataciones iguales o inferiores a 8 UIT pero mayores a 1 UIT requieren que el proveedor que realizará dicha contratación se encuentre inscrito en el Registro Nacional de Proveedores. Véase la jurisprudencia del artículo 5.1.a de la Ley [§ 270]. (Opinión N.º 046-2016/DTN, de 21-03-2016, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2GdWjW1>).

§ 784. La normativa de contrataciones del Estado no ha establecido que el solo hecho de no comunicar la actualización de información ante el RNP faculta a las Entidades a no contratar con dicho proveedor. Véase la jurisprudencia del artículo 11º del Nuevo Reglamento [§ 1000]. (Opinión N.º 045-2018/DTN, de 09-04-2018, ff. 2, 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SkMLJQ>).

REMISIÓN

§ 785. Sobre el Registro Nacional de Proveedores. Véase también la jurisprudencia del artículo 8º y ss. del Nuevo Reglamento [§ 982 ss.].

TÍTULO V

SISTEMA ELECTRÓNICO DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Artículo 47: Definición

47.1 El Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) es el sistema electrónico que permite el intercambio de información y difusión sobre las contrataciones del Estado, así como la realización de transacciones electrónicas.

47.2 En el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) se registran todos los documentos vinculados al proceso, incluyendo modificaciones contractuales, laudos, conciliaciones, entre otros.

47.3 Los funcionarios o servidores públicos que incumplan las disposiciones a que se refiere este artículo serán sancionados por la comisión de falta grave. ⁽ⁱ⁾

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341)

COMUNICADO DEL OSCE

(i) Comunicado N.º 001-2016-OSCE/DSEACE (24-08-2016): Responsabilidades de las entidades públicas sobre el registro de información en el SEACE. Texto completo: <bit.ly/2GxF6oM>.

DEFINICIONES

CERTIFICADO SEACE: Mecanismo de identificación y seguridad conformado por un código de usuario y una contraseña, que es otorgado por el OSCE a solicitud de una Entidad, proveedor, árbitro u otro usuario autorizado y que permite acceder e interactuar con el SEACE.

OPINIONES DEL OSCE

§ 786. Las notificaciones a través del SEACE prevalecen sobre cualquier medio adicional que se haya utilizado para notificar. 2.1. [...] En principio, todos los actos realizados durante los procesos de selección se entenderán notificados el mismo día de su publicación en el SEACE. Las notificaciones a través del SEACE prevalecen sobre cualquier medio que se haya utilizado adicionalmente, siendo responsabilidad del participante el permanente seguimiento del respectivo proceso a través del SEACE, ya que es el único medio de notificación que genera efectos legales. [...] Es necesario señalar que la notificación del consentimiento de la Buena Pro a través del SEACE tiene como fin que los postores tomen conocimiento que no se ha ejercido el derecho a interponer recurso de apelación, teniendo la Entidad, por tanto, la obligación de citar formalmente al postor ganador de la Buena Pro con el fin de que se presente dentro de determinado plazo con la documentación requerida a suscribir el contrato, de acuerdo al citado artículo 148 del Reglamento. (Opinión N.º 035-2012/DTN, de 29-02-2012, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DbWwFE>).

REMISIÓN

§ 786a. Sobre el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado. Véase también la jurisprudencia de los artículos 25º ss. del Nuevo Reglamento [§ 1013 ss.].

Artículo 48: Obligatoriedad

48.1 Las Entidades están obligadas a utilizar el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) en las contrataciones que realicen, independientemente que se sujeten al ámbito de aplicación de la presente norma, su cuantía o fuente de financiamiento.

48.2. Los procedimientos de subasta inversa y comparación de precios se realizan obligatoriamente en forma electrónica a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE). El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) establece las excepciones a dicha obligación, así como la forma en que se aplica progresiva y obligatoriamente las contrataciones electrónicas a los otros métodos de contratación.

48.3. Los criterios de incorporación gradual de las Entidades al Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), considerando la infraestructura y condiciones tecnológicas que estas posean o los medios disponibles para estos efectos, se establecen en la citada directiva. ⁽ⁱ⁾

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341)

COMUNICADO DEL OSCE

(i) Comunicado N.º 011-2017-OSCE (23-08-2017): El OSCE pone en conocimiento que ha cumplido con implementar lo establecido en las disposiciones normativas para que la subasta inversa para compras corporativas se realice de manera electrónica, aplicando para tal efecto la Directiva N.º 002-2017-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 006-2019-OSCE/CD (D-005)]. Texto completo: <bit.ly/2S4KXZ0>.

OPINIONES DEL OSCE

§ 787. Las Entidades se encuentran obligadas a utilizar el SEACE para publicar la información de sus contrataciones de bienes, servicios u obras, aun cuando estas no se encuentren bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. [...] 2.2.2. [P]uede señalarse que el primer párrafo del artículo 48 de la Ley establece lo siguiente: “Las Entidades están obligadas a utilizar el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) en las contrataciones que realicen, independientemente que se sujeten al ámbito de aplicación de la presente Ley, su cuantía o fuente de financiamiento, conforme a la directiva que dicte el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) para tal efecto”. Por su parte, el artículo 249 del Reglamento [cfr. art. 25 del Nuevo Reglamento], en su primer párrafo, señala que “Las entidades están obligadas a registrar, dentro de los plazos establecidos, información sobre su Plan Anual de Contrataciones, las actuaciones preparatorias, los procedimientos de selección, los contratos y su ejecución, así como todos los actos que requieran ser publicados, conforme se establece en la Ley, el Reglamento y en la Directiva que emita el OSCE. La Entidad debe registrar en el SEACE las contrataciones correspondientes a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley sujetos a supervisión del OSCE y las demás contrataciones que no se sujeten a su ámbito de aplicación conforme a la Directiva que emita OSCE”. Bajo estas consideraciones, las Entidades se encuentran obligadas a utilizar el SEACE para publicar la información de sus contrataciones de bienes, servicios u obras, cualquiera sea su cuantía o fuente de financiamiento y aun cuando estas no se encuentren bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, sino de regímenes legales de contratación. [...] 3. CONCLUSIONES: [...] 3.5. Las Entidades se encuentran obligadas a utilizar el SEACE para publicar la información de sus contrataciones de bienes, servicios u obras, aun cuando estas no se encuentren bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, sino de regímenes legales de contratación. En este último caso deberán realizar el registro de información conforme [...] la Directiva N.º 006-2016-OSCE/CD, “Disposiciones Aplicables al Registro de Información en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE [cfr. Directiva N.º 007-2019-OSCE/CD (D-007)]. (Opinión N.º 132-2016/DTN, de 17-08-2016, ff. 2.2.2, 3 y 3.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2S69mKo>).

§ 788. Aplicación supletoria de la Ley de Contrataciones del Estado. Véase la jurisprudencia del artículo 3.1.f de la Ley [§ 225]. (Opinión N.º 132-2016/DTN, de 17-08-2016, ff. 3.1 al 3.4. Texto completo: <bit.ly/2S69mKo>).

Artículo 49: Validez y eficacia de los actos

49.1 Las actuaciones y actos realizados por medio del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), incluidos los efectuados por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y la Central de Compras Públicas-Perú Compras, en el ejercicio de sus funciones tienen la misma validez y eficacia que las actuaciones y actos realizados por medios manuales, sustituyéndolos para todos los efectos legales. Dichos actos se entienden notificados el mismo día de su publicación.

49.2 Sin perjuicio de la obligación de utilizar el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) las entidades pueden utilizar medios de notificación tradicionales, así como medios electrónicos de comunicación para el cumplimiento de las distintas actuaciones y actos que se disponen en la presente norma y su reglamento, considerando los requisitos y parámetros establecidos en las leyes pertinentes. En todos los casos, deben utilizar las tecnologías necesarias que garanticen la identificación de los proveedores y la confidencialidad de las ofertas.

(Texto modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 789. Alcances sobre la notificación electrónica. 11. [L]as notificaciones electrónicas son comunicaciones que emite la administración pública utilizando medios electrónicos, tales como el correo electrónico y el Internet. Mediante este tipo de notificaciones, se busca dotar a los procesos de mayor celeridad, economía y seguridad procesal, propiciando que los administrados tengan conocimiento de los actos procesales que se realicen sin necesidad de establecer domicilios procesales o aguardar la demora en la notificación en virtud al término de la distancia. 12. La notificación realizada mediante correo electrónico, supone una comunicación dirigida a las cuentas electrónicas consignadas por los administrados, a efectos que se le considere como domicilio cierto para los efectos señalados expresamente, el cual puede ser modificado en cualquier etapa del proceso, como sucede con un domicilio físico o real. 13. En adición a ello, debe precisarse que la mera indicación de una cuenta de correo para notificaciones procesales, no es suficiente para cumplir con la diligencia de notificación, sino que adicionalmente a ello, a efectos de garantizar la eficacia de los actos administrativos, resulta indispensable que el medio utilizado para la notificación permita acreditar la debida recepción por parte del destinatario [...]. 14. En el presente caso debe indicarse que si bien el postor indicó una cuenta electrónica, mediante la cual se le comunicaría todos los actos derivados del proceso de selección, cualquier notificación que se realice vía este medio, debía cumplir con los requisitos esenciales previstos para esta diligencia, a efectos de dotar a dicha notificación de las garantías procesales a favor del administrado y de la Entidad. 15. De la revisión a la documentación brindada por la Entidad, es decir, el reporte del correo electrónico enviado, se advierte que no se puede acreditar su recepción por parte del postor, pues si bien es cierto, la dirección consignada puede ser la correcta, no se ha presentado un medio que genere certeza, en este Colegiado, del debido diligenciamiento de dicho acto; requisito necesario para determinar la fecha cierta en la que el Postor tomó conocimiento efectivo de la citación y en el plazo correspondiente. 16. Este elemento objetivo, ha sido instituido como requisito esencial para dotar de plena eficacia al acto notificado, de esta forma puede indicarse que: "... lo importante en cuanto a la forma de realizar las notificaciones es cumplir todas las formas necesarias para evitar la indefensión y garantizar el derecho al debido proceso, a la par que acreditar las mejores posibilidades para el destinatario del contenido del acto y de todas las exigencias para su imputación desde el momento de la notificación, como mecanismo para la protección de la propia buena fe y medio para impedir que el administrado pueda enervar la eficacia de los actos administrativos". 17. Es por ello, que en el acto de notificar: "La evidencia de la notificación resulta transcendente tratándose de un acto esencial del procedimiento ligado al debido procedimiento. Como tal es exigible a la autoridad que se documente lo más posible la diligencia de la notificación para evidenciar su escrupuloso respeto al derecho del administrado" [Juan Carlos Morón Urbina, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 9º Edición, Gaceta Jurídica S.A., 2011, Lima. Págs. 187, 197]. 18. En tal sentido, se advierte que en el presente caso, la modalidad de

notificación efectuada por la Entidad, destinada a citar al Postor para suscribir el contrato respectivo, no ha sido efectuada en estricta observancia de la normativa aplicable a cada circunstancia, por lo que, se infiere que la Entidad no cumplió con el procedimiento establecido legalmente para el inicio de la etapa contractual del proceso de selección bajo análisis. (Resolución N.º 518-2012-TC-S2, de 01-06-2012, ff. 11 al 18. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2VF4NJ6>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 790. **Las Entidades pueden utilizar medios electrónicos de comunicación para el cumplimiento sus fines.** CONSULTA: *“Teniendo en consideración que en los procesos de selección se pueden presentar postores de distintas jurisdicciones de todo el país, se consulta: Si en las convocatorias a procesos de selección resulta factible exigir que el contratista señale una dirección de correo electrónico para que se remitan las notificaciones formales en sustitución de la notificación domiciliaria que debe practicarse en localidades distintas de la Entidad convocante”.* **2.1.1.** Sobre el particular, debe indicarse que el artículo 49 de la Ley establece que, “Sin perjuicio de la obligación de utilizar el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), adicionalmente a los métodos de notificación tradicionales, las Entidades pueden utilizar medios electrónicos de comunicación para el cumplimiento de los distintos actos que se disponen en la presente Ley y su reglamento, considerando los requisitos y parámetros establecidos en las leyes pertinentes. En todos los casos, deben utilizar las tecnologías necesarias que garanticen la identificación de los proveedores y la confidencialidad de las ofertas.” (El resaltado es agregado). Así, del artículo citado apreciamos que la Ley otorga a las Entidades la posibilidad de notificar los actos que realizan en virtud de las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado, a través de los métodos tradicionales de notificación, pero también, a través de los medios electrónicos de comunicación, siempre que se consideren aquellos requisitos y parámetros previstos en las leyes pertinentes y se garantice la debida notificación del contratista. En esta medida, en concordancia con los criterios establecidos en las Opiniones N.º 191-2017/DTN y N.º 206-2017/DTN, cada Entidad puede decidir emplear métodos tradicionales o medios electrónicos de comunicación para realizar las notificaciones de los actos a su cargo previstos en la normativa de contrataciones del Estado, sin que esto afecte la validez del acto notificado, y siempre que ello haya sido previsto en los documentos del procedimiento de selección y posteriormente en el contrato. No obstante, cabe advertir que lo establecido en el artículo 49 de la Ley resulta ser una regla general, por lo que dicho dispositivo no resulta aplicable a aquellos actos para los cuales la normativa de contrataciones del Estado ha previsto una determinada formalidad. (Opinión N.º 106-2018/DTN, de 12-07-2018, f. 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FLThYC>).

TÍTULO VI RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES

Artículo 50: Infracciones y sanciones administrativas

50.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando corresponda, incluso en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5, cuando incurran en las siguientes infracciones:

- a) Desistirse o retirar injustificadamente su oferta.
- b) Incumplir injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato o de formalizar Acuerdos Marco.
- c) Contratar con el Estado estando impedido conforme a Ley.
- d) Subcontratar prestaciones sin autorización de la Entidad o en porcentaje mayor al permitido por el Reglamento o cuando el subcontratista no cuente con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), esté impedido o inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado.

e) Incumplir la obligación de prestar servicios a tiempo completo como residente o supervisor de obra, salvo en aquellos casos en que la normativa lo permita.

f) Ocasionar que la Entidad resuelva el contrato, incluido Acuerdos Marco, siempre que dicha resolución haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral.

g) No proceder al saneamiento de los vicios ocultos en la prestación a su cargo, según lo requerido por la Entidad, cuya existencia haya sido reconocida por el contratista o declarada en vía arbitral.

h) Negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato que deben ejecutarse con posterioridad al pago.

i) Presentar información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado, al Registro Nacional de Proveedores (RNP), al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y a la Central de Compras Públicas-Perú Compras. En el caso de las Entidades siempre que esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento, factor de evaluación o requisitos que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual. Tratándose de información presentada al Tribunal de Contrataciones del Estado, al Registro Nacional de Proveedores (RNP) o al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), el beneficio o ventaja debe estar relacionada con el procedimiento que se sigue ante estas instancias. ⁽ⁱⁱ⁾

j) Presentar documentos falsos o adulterados a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado, al Registro Nacional de Proveedores (RNP), al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), o a la Central de Compras Públicas-Perú Compras.

k) Suscribir contratos o Acuerdos Marco sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) o suscribir contratos por montos mayores a su capacidad libre de contratación, en especialidades o categorías distintas a las autorizadas por el Registro Nacional de Proveedores (RNP).

l) Perfeccionar el contrato, luego de notificada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) la suspensión, recomendación de nulidad o la nulidad del proceso de contratación dispuesta por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el ejercicio de sus funciones.

m) Formular fichas técnicas o estudios de pre inversión o expedientes técnicos con omisiones, deficiencias o información equivocada, o supervisar la ejecución de obras faltando al deber de velar por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la prestación, ocasionando perjuicio económico a las Entidades.

n) Presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolución de consultas y/u observaciones.

o) Presentar recursos maliciosos o manifiestamente infundados.

Para los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5, solo son aplicables las infracciones previstas en los literales c), h), i), j) y k) del presente numeral.

La responsabilidad derivada de las infracciones previstas en este artículo es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores que admitan la posibilidad de justificar la conducta.

50.2 Para los casos a que se refiere el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5, solo son aplicables las infracciones previstas en los literales c), i), j) y k) del numeral 50.1 del artículo 50.

50.3 La responsabilidad derivada de las infracciones previstas en este artículo es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores previsto en los literales a), b), h), y n) del numeral 50.1 del artículo 50.

50.4 Las sanciones que aplica el Tribunal de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales por la misma infracción, son:

a) **Multa:** Es la obligación pecuniaria generada para el infractor de pagar en favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), un monto económico no menor del cinco por ciento (5%) ni mayor al quince por ciento (15%) de la oferta económica o del contrato, según corresponda, el cual no puede ser inferior a una (1) UIT, por la comisión de las infracciones establecidas en los literales a), b), d), e), k), l), m) y n) Si no se puede determinar el monto de la oferta económica o del contrato se impone una multa entre cinco (05) y quince (15) UIT. La resolución que imponga la multa establece como medida cautelar la suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos

para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, en tanto no sea pagada por el infractor, por un plazo no menor a tres (3) meses ni mayor a dieciocho (18) meses. El periodo de suspensión dispuesto por la medida cautelar a que se hace referencia, no se considera para el cómputo de la inhabilitación definitiva. Esta sanción es también aplicable a las Entidades cuando actúen como proveedores conforme a Ley, por la comisión de cualquiera de las infracciones previstas en el presente artículo.

b) **Inhabilitación temporal:** Consiste en la privación, por un periodo determinado del ejercicio del derecho a participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado. Esta inhabilitación es no menor de tres (3) meses ni mayor de treinta y seis (36) meses ante la comisión de las infracciones establecidas en los literales c), f), g), h) e i) y en caso de reincidencia en la infracción prevista en los literales m) y n). En el caso de la infracción prevista en el literal j), esta inhabilitación es no menor de treinta y seis (36) meses ni mayor de sesenta (60) meses.

c) **Inhabilitación definitiva:** Consiste en la privación permanente del ejercicio del derecho a participar en cualquier procedimiento de selección y procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado. Esta sanción se aplica al proveedor que en los últimos cuatro (4) años ya se le hubiera impuesto más de dos (2) sanciones de inhabilitación temporal que, en conjunto, sumen más de treinta y seis (36) meses, o que reincida en la infracción prevista en el literal j), en cuyo caso la inhabilitación definitiva se aplica directamente.

50.5 La inhabilitación o multa que se imponga no exime de la obligación de cumplir con los contratos ya suscritos a la fecha en que la sanción queda firme.

50.6 El reglamento establece las reglas del procedimiento sancionador, los mecanismos de cobro de la multa impuesta, las formas de aplicar sanciones a consorcios, la gradualidad y proporcionalidad de la imposición de la sanción y demás reglas necesarias. En el caso de consorcio, la sanción recae sobre el integrante que haya incurrido en alguna o algunas de las infracciones tipificadas en el numeral 50.1 del artículo 50; tratándose de declaraciones juradas y toda información presentada en el procedimiento de selección, solo involucra a la propia situación de cada integrante.

50.7 Las infracciones establecidas en la presente norma para efectos de las sanciones prescriben a los tres (3) años conforme a lo señalado en el reglamento. Tratándose de documentación falsa la sanción prescribe a los siete (7) años de cometida.

50.8 Cuando para la determinación de responsabilidad, sea necesario contar, previamente, con decisión judicial o arbitral, el plazo de prescripción se suspende por el periodo que dure dicho proceso jurisdiccional. Asimismo, el plazo de prescripción se suspende cuando el Poder Judicial ordene la suspensión del procedimiento sancionador.

50.9 Las sanciones se publican en el Registro Nacional de Proveedores (RNP). La publicación de los sancionados incluye información de los socios o titulares y de los integrantes de los órganos de administración, así como el récord de sanciones de los últimos cuatro (4) años, de conformidad con el procedimiento previsto en el reglamento.

50.10 Son criterios de graduación de la sanción, aún por debajo del mínimo previsto, la ausencia de intencionalidad del infractor, la inexistencia o grado mínimo de daño a la entidad, el reconocimiento de la infracción antes que sea detectada, la ausencia de sanciones anteriores, la conducta correcta dentro del procedimiento sancionador, y la adopción e implementación, después de la comisión de la infracción y antes del inicio del procedimiento sancionador de un modelo de prevención debidamente certificado, adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características de la contratación estatal, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir actos indebidos y conflictos de interés o para reducir significativamente el riesgo de su comisión. El Tribunal debe motivar su decisión de graduar la sanción.

50.11 La graduación de la sanción por debajo del mínimo prevista en el numeral anterior no procede en el caso de los literales c), d), j), l) y n) del numeral 50.1 del artículo 50.

50.12 En caso de reorganización societaria el Tribunal inicia o prosigue el procedimiento administrativo sancionador contra la persona jurídica que haya surgido de dicha reorganización, la que debe asumir las consecuencias de la responsabilidad administrativa en caso el Tribunal determine su existencia.

50.13 Los profesionales sancionados por incurrir en la infracción establecida en el literal e) del numeral 50.1 del artículo 50, no pueden integrar el plantel de profesionales propuestos ni participar brindando servicios en un contrato con el Estado, mientras la sanción se encuentre pendiente de cumplimiento. En caso de advertirse el incumplimiento de esta disposición la propuesta debe ser descalificada. (i) (a) (b) (c)

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

COMUNICADO DEL OSCE

- (i) Comunicado N.º 002-2016-OSCE/PRE (03-2016): Relación de empresas del Sistema Financiero y de Seguros autorizadas a emitir documentos como garantías en los procesos de contratación pública. Texto completo: <bit.ly/2RIKfTf>.

DESARROLLO NORMATIVO

- (ii) De conformidad con la decimoprimer disposición complementaria final del Decreto Supremo N.º 344-2018-EF (EP, 31-12-2019), dentro del supuesto de hecho de la infracción establecida en el literal i) del numeral 50.1 del presente artículo 50, referida a la presentación de información inexacta, se encuentra comprendida la presentación de garantías que no hayan sido emitidas por las empresas indicadas en el numeral 33.2 del artículo 33 de la Ley.

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

- (a) Véase la Directiva N.º 009-2017-OSCE/CD, "Lineamientos para la ejecución de la sanción de multa impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado" (EP, 31-03-2017) [D-002].
- (b) Véase la Directiva N.º 002-2013-OSCE/CD, "Lineamientos para el procedimiento de asignación de expedientes en el Tribunal de Contrataciones del Estado" (EP, 15-03-2013) [D-003].
- (c) Véase la Directiva N.º 008-2012-OSCE/CD, "Disposiciones que regulan la emisión de decretos y resoluciones y/o acuerdos del Tribunal de Contrataciones del Estado y su notificación, así como la programación de audiencias y lectura de expedientes" (EP, 10-09-2012) [D-004].

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 790a. Alcance y configuración de la infracción referida a la presentación de información inexacta (art. 50.1.i). ACUERDO: [...] a. La infracción referida a la presentación de información inexacta, tipificada en el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley N.º 30225 modificada por el Decreto Legislativo N.º 1341, requiere para su configuración, que pueda representar potencialmente un beneficio o ventaja al administrado que la presenta, y no necesariamente un resultado efectivo favorable a sus intereses. b. La infracción referida a la presentación de información inexacta, tipificada en el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley N.º 30225 modificada por el Decreto Legislativo N.º 1341, comprende un conjunto de situaciones, las cuales han sido descritas en el numeral 6 del presente Acuerdo. [TEXTO DEL NUMERAL 6 DEL ACUERDO: 6. Por otro lado, cabe tener en cuenta que el tipo infractor comprende un conjunto de situaciones que es importante distinguir: • Que la información inexacta presentada ante la Entidad esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento o factor de evaluación que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección. Comprende aquellos casos en que los proveedores presentan ofertas conteniendo información inexacta para acreditar el cumplimiento de un requerimiento (especificaciones técnicas, términos de referencia, expediente técnico, o requisito de calificación) o para obtener puntaje en el factor de evaluación o documentos para suscribir el contrato. • Que la información inexacta presentada ante la Entidad le represente una ventaja o beneficio en la ejecución del contrato. En este supuesto, el tipo infractor comprende aquellos casos en que los contratistas presentan información inexacta a las Entidades con el fin de obtener un beneficio o ventaja durante la ejecución del contrato, como ocurre cuando efectúan pedidos o solicitudes (prestaciones adicionales, ampliaciones de plazo, mayores gastos generales, etc.), realizan anotaciones (por ejemplo, en el cuaderno de obra), renuevan garantías, tramitan pagos, entre otros supuestos, a fin

de cumplir los requisitos fijados para tal efecto (requerimiento). Para la configuración de este supuesto, el beneficio o ventaja que se quiere obtener está vinculada a los requisitos (requerimientos) que se presentan en la tramitación de sus pedidos o solicitudes. • Que la información inexacta presentada ante el Tribunal de Contrataciones del Estado le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de apelación o de sanción. Ello puede ocurrir cuando el proveedor con dicha información busca cumplir un requisito para impulsar su trámite (requisitos de admisibilidad de un recurso de apelación, o requisitos para presentar denuncias, por ejemplo) u obtener un resultado favorable a sus intereses en el marco de un recurso de apelación o procedimiento de sanción, o inclusive obtener la inhabilitación o suspensión de un potencial competidor (en el caso de denunciantes que presentan información inexacta). Para la configuración de este supuesto, el beneficio o ventaja que se quiere obtener está vinculada a los requisitos (requerimientos) que se presentan en la tramitación de sus pedidos o solicitudes. • Que la información inexacta presentada ante el RNP le represente una ventaja o beneficio. Ello puede ocurrir cuando el proveedor con dicha información busca cumplir con los requisitos que se presentan en los procedimientos seguidos ante el registro (inscripción, renovación, ampliación, entre otros). Para la configuración de este supuesto, el beneficio o ventaja que se quiere obtener está vinculada a los requisitos (requerimientos) que se presentan en los procedimientos ante el registro.] (Acuerdo N.º 02-2018-TCE, de 11-05-2018. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación [EP, 02-06-2018, p. 25]. Texto completo: <bit.ly/2FBzyee>).

§ 791. Pedido de suspensión del procedimiento administrativo sancionador por haberse instalado un Tribunal Arbitral en un proceso en el que se cuestiona la declaración de nulidad del contrato (art. 50.1.c). [...] [Este] Tribunal ha acordado lo siguiente: No corresponde suspender los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por las infracciones tipificadas en los literales d), e) y j) del numeral 51.1) del artículo 51 [cfr. literales c) y j) del art. 50.1 de la Ley vigente] de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N.º 1017, aun cuando se haya instalado el tribunal arbitral o árbitro único en un proceso arbitral cuya materia controvertida esté referida a la declaración de nulidad del contrato. En los casos distintos a los señalados, corresponde a las Salas del Tribunal evaluar cada solicitud de suspensión según sea imprescindible, para la determinación de la responsabilidad administrativa del proveedor, participante, postor; contratista y/o experto independiente, la definición previa de ciertos hechos, situaciones y/o condiciones (requeridas para la configuración del ilícito administrativo) en el correspondiente proceso arbitral. (Acuerdo N.º 8-2014-TCE, de 22-08-2014. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación [EP, 21-01-2015, p. 545106]. Texto completo: <bit.ly/2OY7cdA>).

§ 792. Aplicación del principio de *non bis in idem*. Presentación de documentación falsa o información inexacta ante el Registro Nacional de Proveedores (art. 50.1.i). [...] [El] Tribunal acuerda: En los casos que, como consecuencia de una fiscalización posterior, la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (DRNP/OSCE) declare la nulidad de un trámite por la presentación de un documento falso y/o información inexacta y aplique el impedimento previsto en el numeral 9.4 del artículo 9 de la Ley [cfr. art. 46.1 de la Ley vigente], en virtud del Principio de *Non Bis in Idem*, regulado en el numeral 10 del artículo 230 de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, no corresponderá iniciar el procedimiento administrativo sancionador sino el archivo del expediente respectivo. (Acuerdo N.º 1-2015-TCE, de 20-03-2015. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. [EP, 11-05-2015, p. 552362]. Texto completo: <bit.ly/2TypDJ8>).

§ 792a. En los casos en que se comunique la no suscripción injustificada de contrato, las Entidades están obligadas a cumplir y observar estrictamente los plazos y el procedimiento legal para llevar a cabo dicha suscripción, procedimiento cuya inobservancia acarrea la exención de responsabilidad del postor (art. 50.1.b). [...] a) Que en los casos en que se comunique la no suscripción injustificada de contrato, las Entidades están obligadas a cumplir y observar estrictamente los plazos y el procedimiento establecido en la normativa para llevar a cabo dicha suscripción, procedimiento cuya inobservancia acarrea la exención de responsabilidad del postor, debiendo declararse no ha lugar el inicio

de procedimiento administrativo sancionador, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios responsables. [...] (Acuerdo N.º 007-2009-TCE, de 25-06-2009. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. Texto completo: <bit.ly/2FxdWj0>).

§ 793. Procedimiento de resolución contractual por incumplimiento del contratista como condición necesaria para la imposición de sanción (art. 50.1.f). Véase la jurisprudencia del artículo 165º del Nuevo Reglamento [§ 1831]. (Acuerdo N.º 006-2012-TCE, de 20-09-2012. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. Texto completo: <bit.ly/2qXN6GI>).

§ 794. Supuestos en los que el Tribunal dispone declarar no ha lugar, inicio del procedimiento, o archivo del expediente los procedimientos administrativos sancionadores sometidos a opinión de las salas. Véase la jurisprudencia del artículo 260º del Nuevo Reglamento [§ 2131]. (Acuerdo N.º 017-2013-TCE, de 02-12-2013. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. [EP, 27-05-2014, p. 523943]. Texto completo: <bit.ly/2AdGet4>).

PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

§ 794a. En los casos de concurrencia de responsabilidad administrativa disciplinaria y de responsabilidad administrativa funcional con identidad en los sujetos y en los hechos, no opera el principio de non bis in ídem ya que no se presenta en estos supuestos la identidad de fundamento (art. 50.6). Véase la jurisprudencia del artículo 9º de la Ley [§ 914]. (Acuerdo Plenario N.º 01-2013-CG-TSRA, de 25-11-2013, que aprueba como precedente administrativo de observancia obligatoria el contenido del fundamento jurídico 5.28 de la Resolución N.º 013-2013-CG/TSRA del 25-11-2013; y que ha sido reiterado en el presente Acuerdo Plenario. Sala del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas [EP, 01-12-2013, p. 508076]. Texto completo: <bit.ly/2S5oITu>).

EJECUTORIA SUPREMA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

§ 795. Principio de lesividad y sanción administrativa. Cuarto. Que el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar sólo el funcionamiento correcto de la Administración Pública, las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen sólo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídicas penales; que las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el Derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que, en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa. (R. N. N.º 2090-2005-Lambayeque, del 07-06-2006, ff. jj. 4 y 5 constituidos precedentes vinculantes conforme al f. j. 10 del Acuerdo Plenario N.º 1-2007/ESV-22, del 16-11-2007. Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia [EP, 25-03-2008, Jurisprudencia, Año XVII, N.º 873, pp. 6398-6399], f. j. 4. Texto completo: <bit.ly/2HqExu7> [p. 6398]).

PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

§ 796. Elementos de la infracción por actuación parcializada de funcionarios o servidores públicos en materia de contrataciones del Estado, dando lugar a un beneficio ilegal, sea propio o de tercero. Véase la jurisprudencia del artículo 9º de la Ley [§ 323]. (Acuerdo Plenario N.º

01-2018-CG-TSRA, de 25-06-2018, que establece como precedente administrativo de observancia obligatoria el contenido del fundamento jurídico 2.2. Sala Plena del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas [EP, 21-08-2018, Jurisprudencia, N.º 1085, p. 8087; incluye la fe de errata publicada el 23-08-2018]. Texto completo: <bit.ly/2MHMyyK>).

§ 797. Elementos del tipo infractor del incumplimiento de las actuaciones correspondientes a los funcionarios o servidores públicos en materia de contrataciones del Estado. Véase la jurisprudencia del artículo 9º de la Ley [§ 324]. (Acuerdo Plenario N.º 02-2018-CG-TSRA, de 25-06-2018, que establece como precedente administrativo de observancia obligatoria el contenido del fundamento jurídico 2.2. Sala Plena del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas [EP, 21-08-2018, Jurisprudencia, N.º 1085, p. 8090]. Texto completo: <bit.ly/2HQAnkC>).

§ 798. Elementos de la infracción del funcionario por incumplir, negarse o demorar de manera injustificada e intencional, el ejercicio de las funciones a su cargo, en los procedimientos en los que participa con ocasión de su función o cargo. Véase la jurisprudencia del artículo 9º de la Ley [§ 325]. (Acuerdo Plenario N.º 03-2018-CG-TSRA, de 25-06-2018, que establece como precedente administrativo de observancia obligatoria el contenido del fundamento jurídico 2.2. Sala Plena del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas [EP, 21-08-2018, Jurisprudencia, N.º 1085, p. 8093]. Texto completo: <bit.ly/2DPqn71>).

PRINCIPIOS APLICABLES A LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

§ 799. El principio de legalidad prohíbe que se pueda aplicar una sanción si esta no está determinada por la ley. 3. El principio de legalidad en materia sancionadora impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si esta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si esta no está determinada por la ley. Como lo ha expresado este Tribunal (Cfr. Expediente N.º 010-2002-AI/TC), este principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado, y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*). (Exp. N.º 0197-2010-PA/TC [Caso *Javier Pedro Flores Arocutipá*], de 24-08-2010 [Web: 24-08-2010 / EP: 09-10-2010], f. j. 3. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2EsLpsL>).

§ 800. No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. 5. [No] debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el artículo 2º, inciso 24, literal d) de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, define la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeto a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementado a través de los reglamentos respectivos. (Exp. N.º 0197-2010-PA/TC [Caso *Javier Pedro Flores Arocutipá*], de 24-08-2010 [Web: 24-08-2010 / EP: 09-10-2010], f. j. 5. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2EsLpsL>).

§ 801. El establecimiento de obligaciones que deben ser cumplidas por los administrados puede establecerse en normas reglamentarias, pues ello no desnaturaliza la descripción de las conductas infractoras. 7. [...] [El] Contratista argumenta que de acuerdo al principio de legalidad debe existir una ley anterior al hecho sancionado, pues solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades potestad sancionadora y las consecuencias administrativas que se pueden aplicar. En tal sentido, sostiene que la Administración además está vinculada al respecto al derecho al debido proceso y por tanto, una norma de tipo reglamentaria está prohibida de hacer una atribución directa o interpretar una norma legal para señalar las sanciones a aplicar. Respecto de dichos argumentos, debe precisarse que el hecho que la obligación de contar con RNP vigente en el registro correspondiente esté establecida en una disposición complementaria final del Reglamento, no significa que se esté vulnerando el principio

de legalidad o de tipicidad, pues la conducta materia de análisis se encuentra debidamente tipificada en la Ley. En tal sentido, el establecimiento de obligaciones que deben ser cumplidas por los administrados bien puede establecerse en normas reglamentarias, pues ello no desnaturaliza la descripción de las conductas infractoras de la normativa y las consecuencias que se pueden aplicar a las infracciones, aspectos que están previstos en la Ley en estricto cumplimiento del principio de legalidad. (Resolución N.º 0561-2017-TCE-S1, de 10-04-2017, f. 7. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2zSDwt>).

§ 802. Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales. 23. [...] [S]olo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. [...] las conductas que constituyen infracciones administrativas deben estar expresamente delimitadas, para que, de esa manera, los administrados conozcan de antemano en qué supuestos sus acciones pueden dar lugar a una sanción administrativa, por lo que la definición de las conductas antijurídicas en el ordenamiento jurídico administrativo deben ser claras. [...] [...] [La] administración debe crearse la convicción de que, en el caso concreto, el administrado que es sujeto del procedimiento administrativo sancionadora realizado la conducta expresamente prevista como infracción administrativa. (Resolución N.º 0021-2017-TCE-S2, de 05-01-2017, f. 23. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2COGiSD>).

PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO

§ 803. Delimitación del derecho al debido proceso. 4. [E]l derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, es un derecho cuyo ámbito de irradiación no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales. Así, por ejemplo, hemos subrayado que su respeto y protección, además del ámbito estrictamente judicial, debe observarse en todos los procesos o procedimientos en los que se diluciden los derechos e intereses de las personas, sean estas personas jurídicas de derecho privado, órganos y tribunales administrativos, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Consejo Nacional de la Magistratura, Congreso de la República, tribunales arbitrales, etc. (Exp. N.º 7289-2005-PA/TC, de 03-05-2006 [Web: 28-08-2006 / EP: 20-10-2006], f. j. 4. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2jUaZLZ>).

§ 804. Cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea este administrativo o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. 1. [sic] [...] [E]l debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea este administrativo o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. Uno de los atributos del debido proceso lo constituye el derecho de defensa, que tiene como presupuesto, para su ejercicio, la debida notificación de las decisiones que pudieran afectar una situación jurídica. (Exp. N.º 2508-2004-AA/TC, de 12-11-2004 [Web: 30-11-2004], f. j. 1. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2L4KtyF>).

§ 805. El debido proceso constituye, antes que un principio de la función jurisdiccional, un derecho fundamental, por lo tanto, se manifiesta como tal en cualquier proceso y procedimiento, al margen de la naturaleza de que se trate. 37. El artículo 139º, inciso 3 de la Constitución establece que: “[s]on principios y derechos de la función jurisdiccional (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...)”. Sobre esta disposición constitucional debe realizarse dos precisiones interpretativas. En primer lugar, pareciera desprenderse de la literalidad del texto de la disposición constitucional aludida que el debido proceso constituye, antes que un derecho fundamental, un prin-

cipio de la función jurisdiccional. El Tribunal Constitucional no asume esta interpretación, pues desde la perspectiva de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales, y a la luz del principio *pro homine* (artículo V del Código Procesal Constitucional), es conforme con la Constitución que se interprete también que en dicha disposición constitucional se reconozca el derecho fundamental al debido proceso. 38. [Si] se ha reconocido que en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución está implícito el derecho fundamental al debido proceso, tal interpretación debe ser integrada con aquella otra que extiende la vigencia y eficacia de este derecho fundamental más allá del ámbito de los procesos judiciales. Es decir, el debido proceso en tanto derecho fundamental también se manifiesta como tal en los procesos y procedimientos al margen de la naturaleza de que se trate. Esto es, en el ámbito judicial, parlamentario, militar, laboral, administrativo e incluso entre particulares, dado que los derechos fundamentales tienen una eficacia vertical -frente a los poderes públicos- y una eficacia horizontal -entre particulares-. (Exp. N.º 5156-2006-PA/TC, de 29-08-2006 [Web: 21-09-2006 / EP: 13-10-2006], ff. jj. 37 y 38. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2NNlvSN>).

§ 806. El debido procedimiento administrativo. 9. [...] [En] el marco de los procedimientos administrativos que llevan a cabo, deben respetar las garantías básicas de los derechos fundamentales de los que son titulares los particulares, entre ellos especialmente el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, que tal como lo ha recordado este Tribunal en reiterada jurisprudencia, es una garantía que, si bien tiene su ámbito natural en sede judicial, también es aplicable en el ámbito de los procedimientos administrativos, que tiene su formulación legislativa en el artículo IV, numeral 1.2., del Título Preliminar de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. (Exp. N.º 0091-2005-AA/TC, de 18-02-2005 [Web: 09-01-2006 / EP: 20-01-2006], f. j. 9. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2zYQAhf>).

§ 807. El debido proceso se garantiza no solo en el proceso judicial sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. 13. [El] debido proceso y los derechos que conforman su contenido esencial están garantizados no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. El debido procedimiento administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto -por parte de la administración pública o privada- de todos los principios y derechos normalmente protegidos en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139º de la Constitución [...]. (Exp. N.º 8605-2005-AA/TC [Caso *Engelhard Perú SAC*], de 14-11-2005 [Web: 23-01-2006 / EP: 01-02-2006], f. j. 13. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2rGnYnE>).

§ 808. Supuestos en los que no es posible extrapolar las garantías del debido proceso judicial al derecho al debido procedimiento administrativo. 19. [...] [No] siempre y en todos los casos, es posible extrapolar acriticamente las garantías del debido proceso judicial al derecho al debido procedimiento administrativo. Así, por ejemplo, si en sede judicial uno de los contenidos del derecho en referencia lo constituye el de la necesidad de respetarse el juez natural o la pluralidad de instancias, en el caso del procedimiento administrativo, en principio, que el acto haya sido expedido por un órgano incompetente genera un vicio de incompetencia, pero no la violación del derecho constitucional. Y, en el caso de que no se pueda acudir a una instancia administrativa superior por haber sido expedido el acto por la última instancia en esa sede, ello desde luego no supone, en modo alguno, que se haya lesionado el derecho a la pluralidad de instancias. (Exp. N.º 2209-2002-AA/TC [Caso *Mario Antonio Urello Álvarez*], de 12-05-2003 [Web: 15-05-2003 / EP: 15-05-2003], f. j. 19. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2Cbnn3Y>).

§ 809. Las manifestaciones de la tutela jurisdiccional efectiva y del debido proceso son extensibles al procedimiento administrativo siempre que así se derive de la naturaleza de aquellas y de los fines constitucionales que cada una persigue. 33. Este Tribunal tiene establecido que las manifestaciones de la tutela jurisdiccional efectiva y del debido proceso, son extensibles al procedimiento administrativo siempre que así se derive de la naturaleza de aquellas y de los fines constitucionales que cada una persigue. En tal sentido, así como los derechos fundamentales a la tutela jurisdiccional

efectiva y al debido proceso no suponen el respeto inexorable a cada una de las reglas procedimentales fijadas en el ordenamiento procesal de configuración legal, sino solo de aquellas derivadas del contenido constitucionalmente protegido de sus respectivas manifestaciones, lo propio ocurre con el debido procedimiento administrativo. (Exp. N.º 2730-2006-PA/TC, de 21-07-2006 [Web: 27-07-2006 / EP: 05-08-2006], f. j. 33. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2AlacbX>).

§ 810. El derecho al debido proceso no se extiende a cualquier clase de procedimientos como con los denominados procedimientos administrativos internos. 8. [...] [El] reconocimiento, y la necesidad de que el derecho al debido proceso se tutele al procedimiento administrativo, no se extiende a cualquier clase de procedimiento. Así sucede, por ejemplo, con los denominados procedimientos administrativos internos, en cuyo seno se forma la voluntad de los órganos de la Administración en materias relacionadas con su gestión ordinaria (v. gr. la necesidad de comprar determinados bienes, etc.). Como indica el artículo IV, fracción 1.2 (...) de la Ley del Procedimiento Administrativo General, “la institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del derecho administrativo”. (Exp. N.º 1690-2005-AA/TC [Caso *Sixto Muñoz Sarmiento*], de 21-04-2005 [Web: 04-08-2005], f. j. 8. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2QyExBl>).

§ 811. La extensión del debido proceso debe considerarse en relación con los procedimientos de carácter sancionador. 2. [...] [Este] Tribunal ha destacado la necesidad de extender los alcances del derecho al debido proceso al ámbito del procedimiento administrativo, tal extensión debe considerarse en relación con los procedimientos, prima facie, de carácter sancionador [...]. (Exp. N.º 2928-2002-HC/TC [Caso *Victor Raúl Martínez Candela*], de 30-01-2003 [Web: 12-06-2003], f. j. 2. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2C9IjIe>).

§ 812. La afectación del derecho al debido proceso se evidencia incluso cuando la actuación administrativa no observa un mínimo criterio de justicia. 6. [...] [Este] Tribunal ha sido enérgico en afirmar, una afectación del derecho al debido proceso no sólo se practica cuando se afectan algunas de sus garantías formales, sino incluso cuando la actuación administrativa no observa un mínimo criterio de justicia, que no es la justicia del cadí, sino un criterio perfectamente objetivable a través de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. (Exp. N.º 875-2000-AA /TC [Caso *Mariabel Alina Carranza Rodríguez*], de 21-12-2000 [Web: 14-08-2001], f. j. 6. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2Ekz8Xu>).

§ 813. El debido proceso y los derechos que lo conforman resultan aplicables al interior de la actividad institucional de cualquier persona jurídica. 3. [...] [El] derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, tal como lo ha recordado este Tribunal en reiterada jurisprudencia, es una garantía que, si bien tiene su ámbito natural en sede judicial, también es aplicable en el ámbito de los procedimientos administrativos sancionatorios. En ese sentido, el debido proceso -y los derechos que lo conforman, p. ej. el derecho de defensa y la debida motivación de las resoluciones administrativas- resultan aplicables al interior de la actividad institucional de cualquier persona jurídica. (Exp. N.º 5514-2005-PA/TC [Caso *Edras Boel Orihuela Romero*], del 13-03-2007 [Web: 29-03-2007 / EP: 31-05-2007], f. j. 3. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2r719ds>).

§ 814. La dimensión sustantiva del debido procedimiento administrativo se satisface porque la sanción impuesta a una persona no se encuentra debidamente fundamentada. 26. [...] [La] dimensión sustantiva del debido proceso administrativo se satisface, no tanto porque la decisión sancionatoria se haya expedido con respeto de los derechos constitucionales de orden procesal, sino porque la sanción impuesta a una persona no se encuentra debidamente fundamentada, sea irrazonable o excesiva, de cara a las supuestas faltas que se hubieran podido cometer [...]. (Exp. N.º 2868-2004-AA/TC, de 24-11-2004 [Web: 07-02-2005 / EP: 15-02-2005], f. j. 26. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2HheLca>).

§ 815. **El sometimiento de la actuación administrativa a reglas del debido procedimiento no puede significar restricciones a las posibilidades de defensa del administrado.** 21. [El] debido procedimiento en sede administrativa supone una garantía genérica que resguarda los derechos del administrado durante la actuación del poder de sanción de la administración. Implica, por ello, el sometimiento de la actuación administrativa a reglas previamente establecidas, las cuales no pueden significar restricciones a las posibilidades de defensa del administrado y menos aún condicionamientos para que tales prerrogativas puedan ser ejercitadas en la práctica. (Exp. N.º 3741-2004-AA/TC [Caso *Ramón Hernando Salazar y Arlenque*], del 14-11-2005 [Web: 11-10-2006 / EP: 24-10-2006], f. j. 21. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2vtpN9w>).

§ 816. **El debido procedimiento administrativo no es simplemente un conjunto de principios o reglas articuladas, busca ser compatible con la justicia como valor y la garantía para el administrado.** 6. [...] [El debido procedimiento administrativo] no es simplemente un conjunto de principios o reglas articuladas referencialmente, a efectos de que la Administración pueda utilizarlas o prescindir de ellas cuando lo considere conveniente. De su objetividad y su respeto depende la canalización del procedimiento administrativo en una forma que resulte compatible con la justicia como valor y la garantía para el administrado de que es adecuada o correctamente procesado. (Exp. N.º 3075-2006-PA/TC [Caso *Escuela Internacional de Gerencia High School of Management-EIGER*], del 02-05-2006 [Web: 20-09-2006], f. j. 6. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2k6mPCs>).

§ 817. **El principio del debido procedimiento defiende el derecho de los administrados a exponer sus argumentos, a ofrecer, producir pruebas y a obtener una decisión motivada.** 2.4. [...] [El] principio del debido procedimiento [...] defiende el derecho de los administrados a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho [...]. (Resolución N.º 135-2004-OS/CD, de 17-06-2004, f. j. 2.4. Consejo Directivo. Organismo Supervisor de la Inversión en Energía. Texto completo: <bit.ly/2SLThJS>).

§ 818. **El hecho de que los actos administrativos sean revisables por el Poder Judicial mediante la acción contencioso-administrativa no afecta la validez de las decisiones de la administración.** 4. [...] [El] Tribunal Constitucional opina lo siguiente: en primer lugar, cuando la Constitución dispone, en su artículo 148º, que las resoluciones administrativas que causan estado son impugnables mediante la acción contencioso-administrativa, la norma suprema no hace distinción entre resoluciones administrativas del gobierno central, de los gobiernos regionales y de los gobiernos locales. Dicha norma se refiere al conjunto de la Administración Pública. De otro lado, el hecho de que los actos administrativos sean revisables por el Poder Judicial no afecta la validez de las decisiones de la administración municipal. Por tanto, conforme al artículo 148º de la Constitución, las resoluciones administrativas derivadas de los actos de la administración y los procedimientos administrativos, dentro de los cuales está el procedimiento coactivo, son susceptibles de revisión judicial. (Exp. N.º 0026-2004-AI/TC [Caso *Municipalidad Provincial de Cañete*], de 28-09-2004 [Web: 15-11-2004], f. j. 4. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2RJiDXT>).

§ 819. **Formas de cómo la Administración puede expresar la motivación de las resoluciones.** 10. [...] La Administración puede cumplir la exigencia de la motivación a través de la incorporación expresa, de modo escueto o extenso, de sus propias razones en los considerandos de la resolución, como también a través de la aceptación íntegra y exclusiva de lo establecido en los dictámenes o informes previos emitidos por sus instancias consultivas, en cuyo caso los hará suyos con mención expresa en el texto de la resolución, identificándolos adecuadamente por número, fecha y órgano emisor. (Exp. N.º 4289-2004-AA/TC, de 17-02-2005 [Web: 27-09-2005], f. j. 10. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2GfOVta>).

§ 820. **La motivación del acto administrativo sancionador permite a la Administración poner en evidencia que su actuación no es arbitraria.** 11. [...] En la medida que una sanción administrativa supone la afectación de derechos, su motivación no solo constituye una obligación legal impuesta a la Administración, sino también un derecho del administrado, a efectos de que este pueda hacer valer los

recursos de impugnación que la legislación prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador. De otro lado, tratándose de un acto de esta naturaleza, la motivación permite a la Administración poner en evidencia que su actuación no es arbitraria, sino que está sustentada en la aplicación racional y razonable del derecho y su sistema de fuentes. (Exp. N.º 2192-2004-AA/TC, de 11-10-2004 [Web: 09-02-2005], f. j. 11. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2I0ytfO>).

§ 821. No es posible sancionar a un proveedor si la Entidad no ha cumplido con citarlo de manera clara para la suscripción del contrato, en observancia del principio al debido proceso. 16. De lo expuesto, se evidencia que en la carta de requerimiento la Entidad no ha consignado de manera expresa un plazo concreto o una fecha exacta para la suscripción del contrato, por lo que este Colegiado considera que la Entidad no ha observado diligentemente el procedimiento de citación establecido en [la normativa] para tal efecto. **17. Sobre el particular, cabe remitirnos al inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, que ha consagrado el derecho al debido proceso como garantía constitucional de rango supralegal, y bajo el cual debe estar inspirado todo procedimiento sustanciado ante cualquier organismo, órgano o autoridad pública, sea de índole judicial, administrativa o, incluso, en determinadas relaciones entre particulares a nivel organizacional. 18.** En el marco de lo cual, habiéndose comprobado que la Entidad no ha cumplido con el procedimiento previsto para la citación del Adjudicatario conforme a lo establecido por la normativa, necesario para la configuración de la infracción imputada en contra del Adjudicatario, este Colegiado considera que corresponde eximirlo de responsabilidad administrativa, debiendo archivarse el expediente. (Resolución N.º 2251-2010-TC-S4, de 30-11-2010, ff. 16 al 18. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2T1yqD2>).

PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

§ 822. El principio de razonabilidad establece que la determinación de la sanción no debe ser desproporcionada y debe guardar atención con la conducta a reprimir. Determinación gradual de la sanción. 19. [E]l principio de razonabilidad [...] establece que la determinación de la sanción no deben ser desproporcionadas y deben guardar atención con la conducta a reprimir, más allá de lo estrictamente necesario para satisfacer los fines de la sanción. [...] [Los] proveedores y/o contratistas no deban verse privadas de su derecho de participar en los procesos de selección y, de ser el caso, proveer al Estado, criterios que serán tomados en cuenta al momento de graduar la sanción a imponer al Postor, en concordancia con el artículo 302 del Reglamento [cfr. art. 264 del Nuevo Reglamento] que prevé la determinación gradual de la Sanción a imponer. **20.** En ese sentido, se tiene en cuenta la intencionalidad del Infractor que conocía situación legal de inmueble, circunstancias de tiempo, lugar y modo en que y el daño causado a la Entidad, al retrasar el cumplimiento de los fines propios del objeto del proceso de selección. Por otro lado, también debe considerarse que el Postor no tiene antecedentes de haber sido sancionado administrativamente por alguna infracción a las normas que regulan las contrataciones públicas. (Resolución N.º 1438-2007-TC-S3, de 21-09-2007, ff. 19 y 20. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2FL7Meo>)

REMISIÓN

§ 822a. Sobre el principio de razonabilidad en materia sancionatoria. Véase la jurisprudencia del artículo 200º de la Constitución [§ 76 ss.] y del artículo 2º de la Ley [§ 192].

PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

§ 823. Supuestos excepcionales de aplicación retroactiva de la Ley de Contrataciones del Estado. 2. El numeral 5 del artículo 230 de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante la LPAG, contempla el *principio de irretroactividad, según el cual "son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables"*. **3.** En ese sentido, en procedimientos sancionadores, como regla general, la norma aplicable es aquella que se encontraba vigente al momento de la comisión de la

infracción. Sin embargo, como excepción se admite que sí, con posterioridad a la comisión de la infracción, entra en vigencia una nueva norma que resulta más beneficiosa para el administrado, sea porque con la misma se ha eliminado el tipo infractor o porque conservándose éste, se contempla ahora una sanción de naturaleza menos severa, resultará esta aplicable. (Resolución N.º 747-2016-TCE-S2, de 26-04-2016, ff. 2 y 3. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2C23psd>).

PRINCIPIO DE CAUSALIDAD

§ 824. Principio de causalidad: la responsabilidad debe corresponder a quien incurrió en la conducta prohibida por ley y no puede hacerse responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios. 3.3. En virtud del Principio de Causalidad que rige la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado, la responsabilidad debe corresponder a quien incurrió en la conducta prohibida por ley, y no puede hacerse responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios. Sin perjuicio de ello, la sociedad resultante del proceso de fusión estará impedida para contratar con el Estado cuando se configure alguno de los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley o del literal c) del artículo 248 del Reglamento. (Opinión N.º 076-2017/DTN, de 09-03-2017, f. 3.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RE1pQH>).

§ 825. El impedimento contenido en el literal o) del numeral 11.1 de la Ley no vulnera los principios de causalidad ni culpabilidad. Véase la jurisprudencia del artículo 11.1.o de la Ley [§ 396]. (Opinión N.º 131-2016/DTN, de 16-08-2016, ff. 2.5, 2.5.1, 2.5.2 y 2.5.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2A4TgcU>).

§ 826. Los principios que rigen la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado son aquellas que se encuentran comprendidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Alcances del principio de causalidad. Véase la jurisprudencia del artículo 257º del Nuevo Reglamento [§ 2109]. (Opinión N.º 131-2016/DTN, de 16-08-2016, f. 2.5.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2A4TgcU>).

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

§ 827. Alcances del “principio de culpabilidad” en la aplicación de sanciones administrativas. 18. [...] [E] Principio de Culpabilidad es un principio que forma parte de un principio más amplio, llamado de legalidad en materia sancionatoria, un límite a la potestad punitiva del Estado y una garantía para las personas. El Tribunal Constitucional ha interpretado que dicho principio no se limita al ámbito penal, sino que es de naturaleza constitucional implícita, es decir considera que existen normas constitucionales que “pueden encontrarse dentro de la razón de ser o de la finalidad de las normas existentes en el derecho positivo, pero que no han sido escritas literalmente dentro de ellas”. De este modo, la conciencia de la antijuridicidad o de la ilicitud cede cuando se presenta un error sobre la naturaleza antijurídica del comportamiento, al contrario, la conducta será sancionable si el autor tiene la posibilidad de prever el carácter antijurídico de la acción realizada, pues evidentemente la teoría del error tiene un límite consistente en el deber de informarse. De este modo, para determinar si se configura el conocimiento de lo ilícito se debe determinar si se cuenta con los conocimientos derivados de la diligencia debida. 19. Por ende, de los hechos del presente caso no es congruente establecer un nexo causal entre la conducta de la empresa y la infracción imputada. En efecto, tal como lo señala Alejandro Nieto “no se puede sancionar a quien no pudo conocer la antijuridicidad de su acción y debe atenuarse la responsabilidad de quien no la conoció, aunque pudo conocerla, pero se debe ser riguroso (no irrazonable) en la exigencia del deber de diligencia cuando implica el conocimiento de las normas que rigen la actuación del ciudadano (...)” [...]. 20. Conforme a lo expuesto, ha quedado acreditada la inexistencia de las infracciones imputadas referidas a la presentación de información falsa o inexacta y de participar sin contar con RNP vigente, razón por la cual se debe declarar no ha lugar la sanción. (Resolución N.º 397-2012-TC-S2, de 397-2012-TC-S2, ff. 18 al 20. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2SiffUe>).

§ 828. Podrán existir sanciones por responsabilidad objetiva cuando las reglas existentes y los procedimientos de aplicación del derecho lo permitan. 2.4. [...] [En] virtud del Principio Culpabilidad que rige la potestad sancionadora del Estado, es necesario que, en principio, se compruebe la responsabilidad subjetiva del agente infractor a efectos de imponerle una sanción administrativa; no obstante, en materia de Contratación Pública, el propio Tribunal de Contrataciones del Estado, ha señalado que en determinados casos el Principio de Culpabilidad no siempre puede exigirse en el ámbito administrativo, en el cual sí podrán existir sanciones por responsabilidad objetiva cuando las reglas existentes y los procedimientos de aplicación del derecho así lo permitan. (Opinión N.º 088-2013/DTN, de 31-10-2013, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2A7W9dc>).

§ 829. Los principios que rigen la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado son aquellas que se encuentran comprendidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Alcances del principio de culpabilidad. Véase la jurisprudencia del artículo 257º del Nuevo Reglamento [§ 2109]. (Opinión N.º 131-2016/DTN, de 16-08-2016, f. 2.5.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2A4TgcU>).

PRINCIPIO *NE BIS IN DEM*

§ 830. La descalificación de un postor y la imposición de una suspensión como resultado del procedimiento sancionador del OSCE puede ser analizado por vía de amparo para determinar si se ha vulnerado la garantía *ne bis in idem*. 3. [...] [Este] Tribunal considera que resulta adecuado al proceso de amparo el determinar si la descalificación de la demandante en el concurso público y la imposición de una suspensión como resultado del procedimiento sancionador de Consucode constituye una vulneración de la garantía *ne bis in idem* y, en consecuencia, una vulneración de su derecho a la tutela procesal efectiva y al debido procedimiento administrativo (Exp. N.º 01348-2008-PA/TC, de 19-05-2008 [Web: 30-06-2008 / EP: 2008-09-05], f. j. 3. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2WnanjO>).

§ 831. Triple identidad para la aplicación del principio de *non bis in idem* cuando concurren la infracción administrativa y la infracción penal sobre un mismo hecho. 8. [P]ara la configuración del *non bis in idem* debe existir la conjunción de tres identidades distintas: identidad de la persona perseguida (identidad de sujeto), identidad del objeto de persecución (identidad de objeto) e identidad de la causa de persecución (identidad de fundamento); precisamente, en el presente caso no existe una identidad de fundamento, en tanto que la causal de infracción administrativa [...] difiere del tipo penal establecido para sancionar la autoría por la comisión de Delitos contra la Fe Pública, el cual exige la existencia de *animus doloso* y la afectación de un bien jurídico tutelado por el ordenamiento penal; mientras que el tipo administrativo se circunscribe a sancionar la mera presentación de documentos falsos o inexactos por parte de los postores, proveedores o contratistas ante una Entidad Pública, con independencia de la persona directamente responsable de su elaboración. 9. En esa línea de pensamiento, debe destacarse la posición adoptada por este Tribunal en el sentido que la determinación de la autoría y responsabilidad penal resulta ser totalmente independiente y ajena a la búsqueda de la responsabilidad administrativa [...]. (Resolución N.º 1623-2010-TC-S4, de 26-08-2010, ff. 8 y 9. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2GC3fvb>).

§ 832. En virtud del principio *non bis in idem*, no se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. 13. Cabe precisar, en este punto, que el Principio *non bis in idem* no es de aplicación únicamente ante una dualidad configurada en un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador, sino que dicho principio se hace extensivo incluso a procedimientos de la misma naturaleza jurídica, como es el caso de dos procedimientos administrativos sancionadores. 14. A mayor abundamiento, resulta pertinente resaltar la importancia que supone la observancia del Principio *non bis in idem* dentro de cualquier procedimiento administrativo sancionador, toda vez que dicho principio tiene su origen en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución



Política del Perú. **15.** Para la aplicación del referido Principio, la norma exige tres presupuestos: a) Identidad subjetiva: Referido a la coincidencia en la figura del administrado en ambos procedimientos; b) Identidad Objetiva: Respecto a la coincidencia de los hechos constitutivos de la infracción; e c) Identidad causal o de fundamento: Referido a la identidad entre los bienes jurídicos protegidos y los intereses tutelados por las distintas normas sancionadoras. **16.** En ese orden de ideas, en el caso bajo análisis se aprecia que existe identidad respecto del sujeto (el Proveedor), de los hechos materia de la imposición de sanción, pues ambos casos surgen como consecuencia de la presentación de los mismos documentos cuestionados ante el Registro Nacional de proveedores, y de fundamento (afectación de la fe pública y del Principio de Moralidad). **17.** En consecuencia, habiendo quedado acreditada la triple identidad en los elementos necesarios para la configuración del Principio Non Bis In Ídem, en aplicación de dicho principio establecido en el numeral 10 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N.º 27444, este Colegiado considera que constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías del propio Estado de Derecho, volver a realizar un nuevo análisis y posterior pronunciamiento del presente procedimiento administrativo sancionador, en consecuencia, corresponde declarar no ha lugar a la imposición de sanción al referido Proveedor. (Resolución N.º 450-2012-TC-S2, de 27-04-2012, ff. 13 al 17. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2DYa9qY>).

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

§ 833. **Sobre el principio de proporcionalidad.** Véase la jurisprudencia del artículo 200º de la Constitución [§ 79 ss.].

DESARROLLO PARTICULAR DE CADA NUMERAL

GENERALIDADES

§ 834. **Durante los procedimientos sancionadores la norma aplicable es aquella que se encontraba vigente al momento de la comisión de la infracción; sin embargo, sí con posterioridad a la comisión de la infracción, entra en vigencia una nueva norma que resulta más beneficiosa para el administrado, ésta resultará aplicable como excepción (art. 50).** **19.** [...] En atención a ello, se concluye que la infracción que tenía por objeto sancionar a contratistas cuyo incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales se hubiese advertido después de otorgada la conformidad, hasta los plazos de responsabilidad establecidos en las bases, a la fecha, ya no se encuentra tipificada en la Ley N.º 30225. **20.** Así, no encontrándose a la fecha tipificada en la normativa vigente la infracción que estuviera prevista en el literal 1) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley [cfr. art. 50 de la Ley vigente], nos encontramos ante un supuesto en el que resulta aplicable la retroactividad benigna a favor del administrado. (Resolución N.º 0550-2016-TCE-S2, de 20-04-2016, ff. 19 y 20. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Uu4ijV>).

§ 835. **Las Entidades del Sector público deben privilegiar las técnicas de control posterior (art. 50).** **28.** Ahora bien, de los principios del procedimiento administrativo, el numeral 1.16 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, reconoce expresamente la Vigencia del principio de privilegio de controles posteriores, según el cual, las Entidades del Sector público deben privilegiar las técnicas de control posterior, en lugar de las técnicas de control preventivo, en los procedimientos que se desarrollan bajo su competencia. En tal sentido, la Administración tiene el deber de comprobar la veracidad de los documentos presentados por los administrados y sancionar su falta, una vez culminados los procedimientos que conduce. (Resolución N.º 2441-2016-TCE-S3, de 14-10-2016, f. 28. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2TlhCHK>).

§ 836. **Por el principio de retroactividad benigna si con posterioridad a la comisión de la infracción, entra en vigencia una nueva norma que resulta más beneficiosa para el administrado, resultará esta aplicable. Ante un concurso de infracciones, se debe aplicar la sanción que resulte mayor (art. 50).** **19.** [...] Así, tenemos que, en procedimientos administrativos sancionadores, como

regla general, la norma aplicable es aquella que se encontraba vigente al momento de la comisión de la infracción. Sin embargo, como excepción se admite que, si con posterioridad a la comisión de la infracción, entra en vigencia una nueva norma que resulta más beneficiosa para el administrado, sea porque con la misma se ha eliminado el tipo infractor o porque conservándose éste, se contempla ahora una sanción de naturaleza menos severa, resultará ésta aplicable. [...] **43.** Sobre el tema, en aplicación del principio de retroactividad benigna, consagrado en el numeral 5 del artículo 246 del TUO de la LPAG, es oportuno señalar que por disposición del artículo 228 del nuevo Reglamento [cfr. art. 266 del Nuevo Reglamento], en caso de incurrir en más de una infracción en un procedimiento de selección o en la ejecución de un mismo contrato, se debe aplicar la sanción que resulte mayor; sin embargo, considerando que para las infracciones tipificadas en los literales c) e i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la nueva Ley se ha previsto el mismo parámetro de sanción, esto es, de inhabilitación temporal no menor de tres (3) meses ni mayor de treinta y seis (36) meses, corresponde que el Contratista sea sancionado dentro de tales límites, sanción que será determinada según los criterios de graduación establecidos en el artículo 226° del Nuevo Reglamento [cfr. art. 264 del Nuevo Reglamento]. [...] (Resolución N.º 1633-2017-TCE-S4, de 02-08-2017, ff. 19 y 43. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Q0etho>).

§ 837. Absolución del administrado si la conducta del infractor se ve afectada por factores como el error (art. 50). **14.** [En] los casos en que la conducta se ve influenciada por factores que afectan la voluntad del supuesto infractor, tales como el error, al establecer una relación jurídica con la Administración en evidente perjuicio patrimonial para él, no puede sostenerse que su desistimiento plasma un incumplimiento de su deber con la Administración, en tanto que la oferta mal formulada no evidencia la real voluntad e intención generadora de su vínculo con el Estado. (Resolución N.º 01552-2014-TC-S1, de 26-06-2014, f. 14. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2ErYfsb>).

§ 838. Supuestos excepcionales de aplicación retroactiva de la Ley de Contrataciones del Estado (art. 50). Véase la jurisprudencia del artículo 2° de la Ley [§ 823]. (Resolución N.º 747-2016-TCE-S2, de 26-04-2016, ff. 2 y 3. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2C23psd>).

§ 839. El principio de tipicidad en los procedimientos sancionadores (art. 50). Véase la jurisprudencia del artículo 257° del Nuevo Reglamento [§ 2092]. (Resolución N.º 2950-2016-TCE-S3, de 14-12-2016, f. 27. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2qMORqk>).

NUMERAL 50.1

§ 840. El responsable de la infracción en un procedimiento administrativo sancionador relativo a la contratación pública, siempre será el proveedor, participante, postor o contratista, sin perjuicio de que el autor material del hecho haya sido encargado, trabajador o empleado (art. 50.1). **10.** [...] Al respecto, debe advertirse que, en el presente procedimiento administrativo sancionador, se discute la exactitud de los documentos presentados ante la Entidad. Esto obliga a que los proveedores, postores y contratistas sean diligentes en cuanto a la verificación de la autenticidad, veracidad y fidelidad de la información que presentan a las Entidades, al Tribunal y al Organismo Supervisor de las Contrataciones, que por lo demás, constituye una obligación que forma parte de sus deberes como administrados y le da contenido al principio de corrección y licitud que rigen sus actuaciones con la Administración. En relación con esto último, cabe recordar que conforme lo ha señalado este Tribunal en anteriores oportunidades, el responsable de la infracción en un procedimiento administrativo sancionador relativo a la contratación pública, siempre será el proveedor, participante, postor o contratista que vulnera alguno de los mandatos previstos en la normativa de la materia, sin perjuicio de que el autor material del hecho haya sido encargado, trabajador o empleado como se plantea en el argumento de defensa. [...] (Resolución N.º 1487-2017-TCE-S2, de 13-07-2017, f. 10. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2DrcXOU>).



NUMERAL 50.1.A

§ 841. **El postor tiene la obligación de mantener su oferta hasta el otorgamiento de la buena pro, o de ser el caso, hasta el momento de la suscripción del contrato con la Entidad (art. 50.1.a).** 4. Sobre el particular, el artículo 42 del Reglamento [cfr. art. 52 del Nuevo Reglamento], establecía que “el postor se comprometía a mantener su oferta hasta la firma del contrato; lo cual implicaba que el postor, al elaborar y presentar su propuesta, debía actuar con responsabilidad y seriedad, toda vez que la norma antes citada lo obligaba a mantener la oferta que proponía. 5. En consecuencia, se puede colegir que, con el otorgamiento de la buena pro no sólo se genera el derecho del postor ganador del proceso de selección de celebrar el contrato con la Entidad, sino, también una obligación del postor, quien como participante del proceso de selección, asume el compromiso de mantener la seriedad de su oferta hasta la suscripción del contrato respectivo. 6. De lo expresado anteriormente, se puede concluir que, la infracción materia de análisis buscaba cautelar la diligencia y seriedad con que el postor debe actuar dentro de un proceso de selección hasta la suscripción del contrato derivado de éste, asumiendo la responsabilidad de su propia participación y con la obligación de presentar una oferta seria ante la Entidad, de manera que ésta tenga la seguridad de que, en caso de otorgarle la buena pro, el postor podrá cumplir, dentro del plazo previsto y sin mayores inconvenientes ni dilaciones, con los objetivos que aquella se hubiera propuesto al convocar el proceso de selección. (Resolución N.º 3004-2016-TCE-S3, de 22-12-2016, ff. 4 al 6. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2TFxEhv>).

§ 842. **Factores necesarios para la configuración del desistimiento o retiro injustificado de la propuesta y responsabilidad del adjudicatario (art. 50.1.a).** 6. El presente procedimiento administrativo sancionador ha sido iniciado para determinar si el Adjudicatario, ha incurrido en responsabilidad por desistirse o retirar injustificadamente su propuesta correspondiente al procedimiento de selección, infracción tipificada en el literal a) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N.º 30225. 7. Al respecto, la infracción que se encuentra contemplada en la normativa precitada, establece como supuesto de hecho indispensable para su configuración, la materialización de dos hechos en la realidad: i) que el postor se desista o retire su propuesta y ii) que dicha conducta no encuentre justificación. 8. Así mismo, cabe mencionar que la infracción de desistirse o retirar injustificadamente su propuesta, debe interpretarse utilizando métodos semánticos a la hora de formular la lectura y análisis del texto legal, con el lenguaje empleado por la propia norma “Desistir o retirar injustificadamente su propuesta”; tanto más, si se puede verificar que la Real Academia Española define a la palabra desistir como “Apartarse de una empresa o intento empezado a ejecutar o proyectado” y retirar como “Apartar o separar a alguien o algo de otra persona o cosa” y propuesta “proposición o idea que se manifiesta y ofrece a alguien para un fin”. De acuerdo con lo anterior, el significado propio de desistirse o retirar injustificadamente su propuesta se refiere a apartarse de la misma, separarse de ella, no perdurar en sus términos, no proseguir con el procedimiento de selección establecido y, de ser el caso, no prolongar su propuesta hasta el consentimiento de la buena pro y/o la suscripción del contrato. 9. Cabe indicar que con el otorgamiento de la buena pro no sólo se genera el derecho del postor ganador del procedimiento de selección de celebrar el contrato con la Entidad, sino, también una obligación del postor, quien como participante del procedimiento de selección, asume el compromiso de mantener la seriedad de su oferta hasta la suscripción del contrato respectivo. 10. De lo expresado anteriormente, se puede concluir que, la infracción materia de análisis busca cautelar la diligencia y seriedad con que el postor debe actuar dentro de un procedimiento de selección hasta la suscripción del contrato derivado del mismo, asumiendo la responsabilidad de su propia participación y con **la obligación de presentar una oferta seria ante la Entidad, de manera que ésta tenga la seguridad de que, en caso de otorgarle la buena pro, el postor podrá cumplir**, dentro del plazo previsto y sin mayores inconvenientes ni dilaciones, con los objetivos que aquella se hubiera propuesto al convocar el procedimiento de selección. (Resolución N.º 2413-2016-TCE-S3, de 11-10-2016, ff. 6 al 10. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2T3WwQJ>).

§ 843. **La propuesta de un postor debe mantenerse hasta la culminación del procedimiento de selección, salvo que ocurra algún evento que le impida al postor mantenerla, y que justifique la de-**

cisión de retirar su propuesta antes del término de dicho procedimiento (art. 50.1.a). CONSULTA: **2.1.** “¿Debe seguir vigente la obligación de mantener la oferta de bienes presentada por parte del único postor en el marco de un proceso de contratación estatal, a pesar que la Entidad Estatal correspondiente se muestre renuente por más de tres (03) meses a cumplir el mandato del Tribunal de Contrataciones del Estado de admitir y calificar la referida oferta, emitido a consecuencia de la resolución favorable de un recurso administrativo de apelación interpuesto por el referido postor?” [...] **2.2.** “¿Resulta legal y constitucionalmente válido que el único postor deje sin efecto su oferta en el marco de un proceso de contratación estatal y que tal decisión no le genere perjuicio o sanción alguna, debido a que la Entidad Estatal correspondiente se muestra renuente por más de tres (03) meses a cumplir el mandato del Tribunal de Contrataciones del Estado de admitir y calificar la referida oferta, emitido a consecuencia de la resolución favorable de un recurso administrativo de apelación interpuesto por el referido postor?” [...] **3. CONCLUSIÓN.** En el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, la propuesta de un postor debe mantenerse hasta la culminación del procedimiento de selección, a fin de garantizar la efectiva y oportuna satisfacción del interés público que subyace a la contratación; salvo que ocurra algún evento que le impida al postor mantenerla, y que justifique su decisión de retirar su propuesta antes del término de dicho procedimiento; lo cual corresponde ser evaluado por el Tribunal de Contrataciones del Estado, sobre la base del caso en concreto, a efectos de determinar si tal decisión constituye o no una infracción que, consecuentemente, origine la aplicación de una sanción al postor. (Opinión N.º 046-2018/DTN, de 09-04-2018, ff. 2.1, 2.2 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2U9KH9f>).

NUMERAL 50.1.B

§ 844. Incumplimiento de perfeccionar el contrato (50.1.b). 2. Al respecto, el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley establece que se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y contratistas que incumplan injustificadamente con su obligación de perfeccionar el Contrato o formalizar el Acuerdo Marco. De esta manera, se aprecia que la norma contiene dos supuestos de hecho distintos y tipificados como sancionables, siendo pertinente precisar, a fin de realizar el análisis respectivo, que, en el presente caso, el supuesto de hecho corresponde al incumplimiento injustificado de perfeccionar el contrato derivado del proceso de selección. **3.** Ahora bien, la infracción contemplada en la normativa precitada, establece, como supuesto de hecho, indispensable para su configuración, la materialización de dos hechos en la realidad: i) que el postor no perfeccione el contrato pese a haber obtenido la buena pro del respectivo proceso de selección, y ii) que dicha actitud no encuentre justificación. **4.** Sobre el particular, cabe indicar que la negativa a la suscripción del contrato no solo se traduce con la omisión de consignar la firma en el documento que lo contiene, sino que va de la mano con los actos previos habilitantes, como es la presentación los documentos exigidos en las bases, lo cual constituye un requisito indispensable para concretizar y viabilizar la suscripción del contrato. Por tanto, una vez consentida la buena pro de un proceso de selección, por disposición de la Ley y el Reglamento, todo adjudicatario tiene a obligación de cumplir con presentar la documentación exigida para el perfeccionamiento del contrato, bajo apercibimiento de la aplicación de las sanciones correspondientes, no obstante la excepción de no sancionar la omisión justificada. (Resolución N.º 2346-2016-TCE-S4, de 04-10-2016, ff. 2 al 4. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2BKWtQ2>).

§ 845. Requisitos que el postor ganador del procedimiento de selección debe acreditar para justificar la falta de perfeccionamiento del contrato con la Entidad (art. 50.1.b). 16. Por otra parte, en relación al segundo elemento constitutivo del tipo infractor, es decir, que la conducta omisiva del postor adjudicado sea injustificada, es pertinente resaltar que corresponde a este Tribunal determinar si se ha configurado el primer elemento de la conducta típica establecida en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, mientras que corresponde al postor adjudicado probar, fehacientemente, que: i) concurren circunstancias que le hicieron imposible física o jurídicamente la suscripción del contrato con la Entidad o ii) no obstante haber actuado con la diligencia ordinaria, le fue imposible suscribir el contrato respectivo debido a factores ajenos a su voluntad por haber mediado caso fortuito



o fuerza mayor. (Resolución N.º 1620-2017-TCE-S1, de 31-07-2017, f. 16. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2TkkQv4>).

§ 847. Imposibilidad jurídica como causal eximente de responsabilidad del postor para no suscribir el contrato (art. 50.1.b). 17. Los supuestos que se reconocen como causas eximentes de responsabilidad del postor por no suscribir el contrato son: i) imposibilidad física que no le sea atribuible; y, ii) imposibilidad jurídica que no le sea atribuible; en ambos casos, la imposibilidad debe ser sobrevenida al otorgamiento de la buena pro y declarada por el Tribunal [...]. Por tanto, para efectos de la imposición de sanción en virtud de la infracción establecida en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, se considerará que la omisión de suscribir contrato es injustificada cuando no se sustente en alguna de las causales antes detalladas. 18. En ese orden de ideas, debe entenderse como imposibilidad jurídica cuando la ejecución de una prestación implica transgredir un precepto de derecho, es decir cuando existe un obstáculo legal, y la imposibilidad física como la imposibilidad material de la existencia del objeto o su no factibilidad de realización. (Resolución N.º 0063-2016-TCE-S2, de 12-01-2016, ff. 17 y 18. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2zXMIFA>).

§ 848. La adjudicataria no puede justificar la no presentación de la documentación para la suscripción del contrato mediante la presentación de un descanso médico, cuando a la fecha que se otorgó la adjudicataria pudo haber perfeccionado el contrato de haber actuado de manera diligente (art. 50.1.b). 17. [Aun] cuando la Adjudicataria pretende justificar la no presentación de la documentación para la suscripción del contrato y consiguiente no concurrencia para suscribirlo, en un descanso médico del 21 al 30 de noviembre de 2015, por un diagnóstico de fiebre tifoidea. Es preciso resaltar que, el plazo para la presentación de la documentación y concurrir a la Entidad para la suscripción del contrato, se inició desde el 5 de noviembre. En tal sentido, si bien el haber contraído una enfermedad no es un hecho premeditado, resulta claro que la Adjudicataria no obró de forma diligente, pues conforme a sus propios argumentos, se advierte que desde el jueves 5 al viernes 20 de noviembre del 2015, no realizó ninguna de las acciones correspondientes para cumplir con la obligación contraída al haber sido beneficiada con la buena pro del proceso de selección; lo que evidencia un actuar por demás poco diligente. 18. Asimismo, la adjudicataria menciona que, aun estando enferma tramito la constancia de no estar inhabilitada para contratar con el Estado y la carta fianza de fiel cumplimiento, emitida por la entidad financiera CREDINKA, hechos que según refiere evidenciarían su voluntad de contratar. Sin embargo, de la revisión de los citados documentos, se advierte que la Carta fianza de fiel cumplimiento fue emitida el 30 de noviembre de 2015, esto es, una semana posterior al vencimiento del plazo (23 de noviembre de 2015); por ello, el argumento de la Adjudicataria carece de sentido para justificar la no suscripción del contrato, pues por el contrario, no hace más que evidenciar, una vez más, su falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones. (Resolución N.º 262-2017-TCE-S2, de 01-03-2017, ff. 17 y 18. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2VedQ3w>).

§ 849. Sentido y alcance del término “injustificadamente” (art. 50.1.b). 2.3. [C]orresponde determinar el sentido y alcance del término “injustificadamente” [...]. Para tal efecto, es pertinente revisar lo señalado por Cabanellas de Torres, para quien “injustificadamente” significa: “Sin derecho para proceder. | Sin excusa ante un daño o mal (...)” Asimismo, para el mencionado autor “justificación” significa: “Adecuación con la justicia (v.) o conformidad con lo justo. Prueba de inocencia. Fundado derecho o excusa legal ante el mal o daño causado. Demostración o prueba bastante de una cosa. Disculpa, Excusa. Perdón. Eximente penal, especialmente por ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad. (v. Causa y Falta de justificación.)”. En esa medida, cuando [...] la Ley establece que se sancionará a aquellos postores que no suscriban el contrato “injustificadamente”, se refiere a los casos en los que el postor ganador de la Buena Pro omite tal obligación sin mediar justificación o casual eximente para ello. Ahora bien, los supuestos que la normativa de contrataciones del Estado reconoce como causas eximentes de responsabilidad del postor por no suscribir el contrato son: (i) imposibilidad física que no le sea atribuible, e (ii) imposibilidad jurídica que no le sea atribuible; en ambos casos, la imposibilidad debe ser sobrevenida al otorgamiento de la Buena Pro y declarada por el Tribunal de Contrataciones del Estado [...]. 3.2. El término “injustificadamente” [...] implica comprobar la responsabilidad subjetiva del pos-

tor a efectos de determinar si corresponde o no imponerle la respectiva sanción según el numeral 51.2 [cfr. art. 50.1.b de la Ley vigente] del referido artículo; para tal efecto, el Tribunal de Contrataciones del Estado debe evaluar si la omisión de suscribir el contrato se produjo justificadamente o no; es decir, si existió causal eximente de responsabilidad o no. (Opinión N.º 088-2013/DTN, de 31-10-2013, ff. 2.3 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T7Ho4J>).

§ 850. Luego de otorgada la buena pro, es obligación del postor ganador presentar todos los documentos exigidos en las bases dentro del plazo legal establecido con la finalidad de poder suscribir el contrato. El incumplimiento de esta obligación será causal de sanción (art. 50.1.b). Véase la jurisprudencia del artículo 139º del Nuevo Reglamento [§ 1641]. (Resolución N.º 0063-2016-TCE-S2, de 12-01-2016, ff. 7, 8 y 9. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2zXMIfA>).

§ 851. Al otorgamiento de la Buena Pro no sólo se otorga derecho de perfeccionar el contrato con la Entidad al postor ganador del procedimiento de selección, sino que tal suscripción contractual constituye una obligación, cuyo incumplimiento puede acarrear sanciones (art. 50.1.b). Véase la jurisprudencia del artículo 137º del Nuevo Reglamento [§ 1626]. (Resolución N.º 1620-2017-TCE-S1, de 31-07-2017, f. 10. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2TkkQv4>).

§ 852. En los casos que la presentación de la documentación necesaria para la firma del contrato se vea imposibilitada por situaciones ajenas a la esfera de acción del adjudicatario, este podrá solicitar una prórroga del plazo previsto (art. 50.1.b). 19. Véase la jurisprudencia del artículo 141º del Nuevo Reglamento [§ 1650]. (Resolución N.º 0063-2016-TCE-S2, de 12-01-2016, f. 19. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2zXMIfA>).

§ 853. Si una vez presentados los documentos por el adjudicatario dentro del plazo, pero de manera deficiente, la Entidad no otorga un plazo adicional para subsanar tal ofrecimiento, se concluye entonces que el Adjudicatario no perfeccionó el contrato de manera justificada, eximiéndolo de sanción (art. 50.1.b). Véase la jurisprudencia del artículo 141º del Nuevo Reglamento [§ 1649]. (Resolución N.º 1319-2017-TCE-S1, de 21-06-2017, ff. 24, 25 y 26. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2zhbrM6>).

REMISIÓN

§ 854. Sobre el perfeccionamiento del contrato. Véase también la jurisprudencia del artículo 137º ss. del Nuevo Reglamento [§ 1622 ss.].

NUMERAL 50.1.C

§ 855. Es irrelevante el análisis de los elementos constitutivos de la infracción cuando se está ante los supuestos de fusión, escisión, disolución o liquidación; dado que la responsabilidad administrativa y la sanción administrativa se extinguen junto con la persona jurídica (art. 50.1.c). 13. [...] [Los] efectos extintivos de la responsabilidad administrativa cuando fenecen o se extingue el Contratista que ha sido absorbido, resulta evidente que ello redundará en la configuración de la atribución de las infracciones contenidas en los literales b), d) y j) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley [cfr. art. 50 de la Ley vigente], en cuanto el referido dispositivo exige, para su configuración la existencia de la persona jurídica o proveedor pasible de sanción. Hacer referencia a esto último supone la existencia del proveedor (no podría catalogarse como proveedor a alguien que se ha extinguido) el cual con el acto de fusión se extinguió. Y, por ende, ésta no puede ser transmitida a la empresa absorbente. 14. En este extremo, debe precisarse que este Colegiado comparte la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Contrataciones del Estado respecto del carácter personalísimo de la responsabilidad administrativa y las sanciones administrativas que impone y la extinción de éstas con la extinción de las personas a las cuales se les atribuye, conforme se desprende de las Resoluciones N.º 129-2010-TC-S3, 1519-2010-TC-SI, 2322-2013-TC-S3, 2164-2015-TCE-S3, 2006-2015-TCE-S4 y 106-2016-TCE-S2, entre otras. 15.

En tal sentido, resulta irrelevante el análisis que pudiera efectuar el Tribunal sobre la configuración de la infracción denunciada en el presente caso, por cuanto, aun cuando existiesen elementos constitutivos de infracción, resultaría inoficioso y contrario a los principios de eficiencia y razonabilidad de los procedimientos administrativos, activar labores funcionales que finalmente, y de considerarlo así el colegiado, tendrían el mismo resultado (declarar que carece de objeto imponer sanción). **16.** [H]abiéndose extinguido el contratista, con el acuerdo de fusión adoptado por Junta General de Accionistas del 17 de febrero de 2016, vigente desde el 22 de abril de 2016, se concluye que CARECE DE OBJETO el análisis y posterior pronunciamiento que pudiera efectuar el Tribunal sobre la configuración de las infracciones denunciadas en el presente caso, debiendo disponerse el archivamiento del presente expediente administrativo, por los fundamentos expuestos. (Resolución N.º 0221-2017-TCE-S4, de 21-02-2017, ff. 13 al 16. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2RTkydi>).

§ 856. La sanción impuesta a una sociedad absorbida se extingue junto con ella en el proceso de fusión, por lo cual, no puede transmitirse la sanción a la sociedad absorbente, sin perjuicio que por otros motivos se configure algún impedimento a esta última (art. 50.1.c). 2.1.2. [...] Así, de acuerdo con el numeral 8) del mencionado artículo, el Principio de Causalidad implica que: “La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable”. [...] De lo expuesto, se advierte que, en virtud del Principio de Causalidad que rige la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado, la responsabilidad por la comisión de una infracción debe imputarse a la persona que cometió la conducta prohibida por la Ley y, por tanto, no puede hacerse responsable a una persona por un hecho ajeno. **2.1.3.** Ahora bien, corresponde mencionar que, conforme al artículo 344 de la Ley N.º 26887, “Ley General de Sociedades”, “*Por la fusión dos a más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley. Puede adoptar alguna de las siguientes formas: (...) 2. La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas. (...)*” (El subrayado es agregado). Como se advierte, una fusión por absorción produce la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad absorbida y que su patrimonio lo asuma la empresa absorbente. En tal sentido, la sanción impuesta a una sociedad absorbida se extingue junto con ella en el proceso de fusión, por lo cual, no puede transmitirse la sanción a la sociedad absorbente, sin perjuicio que por otros motivos se configure algún impedimento a esta última. (Opinión N.º 119-2016/DTN, de 25-07-2016, ff. 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FTNbUv>).

§ 857. En caso que un proveedor impedido presente oferta, si bien dicha acción no configuraría la infracción prevista en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, sí podría configurar la infracción prevista en el literal i) del referido dispositivo. La infracción prevista en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 de la ley sólo se configura en la medida que se haya suscrito contrato (art. 50.1.c). CONSULTA: **2.1.** “*En el supuesto de que, en un procedimiento de selección, se registren como Participantes dos empresas del mismo grupo económico, y solo una de ellas presente una Oferta, ¿se habría configurado la infracción prevista en el literal i) del artículo 50.1 de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado?*” [...] **2.2.** “*En el supuesto de que, en un procedimiento de selección, se registren como Participantes dos empresas del mismo grupo económico, y una de ellas resulta adjudicada con la buena pro, ¿se habría configurado la infracción prevista en el literal c) del artículo 50.1 de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado?*” [...] **3. CONCLUSIONES. 3.1.** En el supuesto que, en un mismo procedimiento de selección, se registren como participantes dos o más proveedores del mismo grupo económico -independientemente de cuántos de ellos presenten ofertas- todos los proveedores del mismo grupo económico se encontrarán impedidos conforme lo dispone el literal p) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley. En caso que un proveedor impedido presente oferta, si bien dicha acción no configuraría la infracción prevista en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, sí podría configurar la infracción prevista en el literal i) del referido dispositivo, en el sentido que al haber declarado no contar con impedimento, dicha información es discordante con la realidad. **3.2.** La infracción prevista en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 de la ley sólo se configura en la medida que se haya suscrito

contrato. (Opinión N.º 256-2017/DTN, de 13-12-2017, ff. 2.1, 2.2, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SUyteG>).

§ 858. Un proveedor no puede suministrar un servicio sino existe un contrato suscrito con la entidad beneficiaria (art. 50.1.c). 11. Sin perjuicio de lo expuesto, este Colegiado ha advertido una serie de sucesos que se han dado al interior de la Entidad a efectos de la suscripción del contrato y para atender la información solicitada por el Tribunal. Así, en torno al primero de ellos, se ha apreciado que aun cuando no habría existido un contrato suscrito entre ambas partes de una relación contractual (Entidad y Contratista), se habría estado prestando el servicio de seguridad por parte del Impugnante, lo que a todas luces, resulta contrario a los lineamientos dispuestos por la normativa de contratación pública, lo que deberá ser puesto en conocimiento del órgano de control institucional de la Entidad para que efectúe las indagaciones que corresponda y adopte los mecanismos correctivos por el accionar irregular que se habría producido. [...] (Resolución N.º 2939-2016-TCE-S3, de 13-12-2016, f. 11. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2DHTDgZ>).

NUMERAL 50.1.F

§ 859. Requisitos para la configuración de la infracción por resolución contractual debido a causa imputable al contratista (art. 50.1.f). 2. En tal sentido, en el presente caso, para la configuración de la infracción cuya comisión se imputa al Contratista, se requiere necesariamente acreditar la concurrencia de dos requisitos, esto es: a) que el Contrato haya sido resuelto por causal atribuible al Contratista, habiéndose seguido el procedimiento establecido por la normativa; y b) que dicha decisión haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral, ya sea por no haberse instado a la conciliación o arbitraje, haberlo hecho extemporáneamente o, aun cuando se hubiesen llevado a cabo dichos mecanismos de solución de controversias, se haya confirmado la decisión de la Entidad de resolver el Contrato. (Resolución N.º 1632-2017-TCE-S4, de 02-08-2017, f. 2. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2TbUXNK>).

§ 860. En el procedimiento administrativo sancionador derivado de una resolución contractual únicamente es materia de análisis verificar que la Entidad haya seguido el procedimiento formal de resolución contractual, independientemente de las causas que hayan motivado tal resolución (art. 50.1.f). 7. Al respecto, este Colegiado advierte que los argumentos alegados por el Impugnante en su recurso de reconsideración, se encuentran orientados a cuestionar los motivos de la Entidad para resolver el Contrato; pese a que, de conformidad con lo reseñado en la resolución recurrida, la vía correspondiente para resolver un eventual cuestionamiento a tal decisión, de acuerdo a la normativa aplicable en contratación pública, es a través de la conciliación o el arbitraje. **8.** En este punto, debe recordarse que mediante Acuerdo de Sala Plena N.º 006-2012 [§ 1831], el Tribunal ha establecido que en el procedimiento administrativo sancionador es materia de análisis únicamente verificar que la Entidad haya seguido el procedimiento formal de resolución contractual que establece el Reglamento, y que dicha decisión haya quedado consentida, independientemente de las causas que hayan motivado la resolución contractual. Por tales razones, no corresponde avocarse a analizar los argumentos presentados por el Impugnante como supuestos justificantes del incumplimiento de sus obligaciones. **9.** En esa línea de razonamiento, existe uniformidad en los pronunciamientos emitidos por el Tribunal, en el sentido que en el procedimiento administrativo sancionador derivado de una resolución contractual, no corresponde verificar si el cumplimiento fue injustificado o no, verificándose únicamente que la decisión resolutive no haya sido o se encuentre discutida en conciliación o arbitraje; es decir, que dicha decisión se encuentre consentida. Bajo esa premisa, debe quedar claro que en el procedimiento administrativo sancionador es materia de análisis únicamente verificar que la Entidad haya seguido el procedimiento formal de resolución contractual que establece el Reglamento, y que dicha decisión haya quedado consentida, independientemente de las causas que hayan motivado la resolución contractual. (Resolución N.º 1577-2017-TCE-S3, de 24-07-2017, ff. 7 al 9. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2zbJhln>).

§ 861. Si la Entidad no resuelve el contrato conforme a las formalidades de ley asume la responsabilidad de tal situación (art. 50.1.f). Véase la jurisprudencia del artículo 165° del Nuevo Reglamento [§ 1836]. (Resolución N.º 1135-2017-TCE-S1, de 24-05-2017, f. 11. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2zXb0pN>).

§ 862. No se necesita requerimiento previo para resolver un contrato cuando esta se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora. Para que proceda la aplicación de la sanción, es necesario que la Entidad haya resuelto el contrato conforme al procedimiento establecido por ley (art. 50.1.f). Véase la jurisprudencia del artículo 165° del Nuevo Reglamento [§ 1834]. (Resolución N.º 1571-2017-TCE-S3, de 21-07-2017, ff. 5, 6 y 7. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2PvuJrl>).

§ 863. Constituye un elemento necesario para imponer la sanción, verificar que la decisión de la Entidad de resolver el contrato haya quedado consentida por no haber iniciado el Contratista los procedimientos de solución de controversias (art. 50.1.f). Véase la jurisprudencia del artículo 165° del Nuevo Reglamento [§ 1840]. (Resolución N.º 2411-2015-TCE-S1, de 20-10-2015, ff. 7-8. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2FmDEqw>).

NUMERAL 50.1.H

§ 864. La negativa injustificada del contratista de cumplir con sus obligaciones luego de efectuado el pago por parte de la entidad, constituye infracción (art. 50.1.h). 2. En el literal g) del numeral 50.1 del artículo 50 de la nueva Ley [cfr. art. 50.h de la Ley vigente], se establecía lo siguiente: “(...) **Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas. 50.1** El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, cuando corresponda, incluso en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, cuando incurran en las siguientes infracciones: g) Negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato cuando estas deban verificarse con posterioridad al pago o cuando el pago ya se hubiera efectuado. (...)” [...] 5. En relación a ello, se requiere como supuesto de hecho indispensable para su configuración, que la Entidad constate, cuando el pago ya se hubiere realizado, que el Contratista se haya negado de forma injustificada a cumplir con sus obligaciones contractuales pese a habersele requerido; vale decir, (i) que verifique que aquél obtuvo un pago previa conformidad, y (ii) que no cumplió con sus obligaciones contractuales. (Resolución N.º 1551-2017-TCE-S4, de 19-07-2017, ff. 2 y 5. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2FnYYvx>).

NUMERAL 50.1.I

§ 866. Concepto de información inexacta (art. 50.1.i). CONSULTA: 2.1. “¿qué se entiende por ‘información inexacta’ para efectos de la aplicación del artículo 50° de la Ley de Contrataciones del Estado?”. [...] 2.1.3. En la línea de lo expuesto, el Tribunal de Contrataciones del Estado en diversas resoluciones, ha indicado que la información inexacta supone la presentación de documentos y/o declaraciones cuyo contenido no es concordante con la realidad, lo que constituye una forma de falseamiento de ésta y el quebrantamiento de los principios de Moralidad y de Presunción de Veracidad. De esta manera, para la configuración de la infracción bajo análisis, el proveedor debe haber presentado ante las Entidades, el Tribunal de Contrataciones del Estado o el Registro Nacional de Proveedores (RNP) información discordante con la realidad, con el propósito de cumplir un requisito o de obtener un beneficio o ventaja para sí o para terceros, independientemente de quién hubiera sido su autor o de las circunstancias que hubieran conducido a su inexactitud. Así, la infracción objeto de análisis se configura de manera objetiva, lo cual obliga a que los proveedores sean diligentes en cuanto a la verificación de la exactitud de la información que presentan a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Registro Nacional de Proveedores (RNP), ello en salvaguarda del Principio de Moralidad que rige las contrataciones estatales. (Opinión N.º 136-2016/DTN, de 24-08-2016, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ar1yva>).

§ 867. Diferencias entre un compromiso u ofrecimiento de condiciones a materializar en la ejecución contractual y el supuesto de “información inexacta” (art. 50.1.i). 16. [...] En relación a ello, este Colegiado considera relevante distinguir un compromiso u ofrecimiento sobre condiciones que se deberán materializar en la ejecución contractual, (compromiso a futuro), respecto de declaraciones en las que se afirma que, a la fecha de presentación de las ofertas, se cuenta o cumple con determinadas condiciones (declaración de hechos). En el primero de los casos, la verificación de lo ofrecido solo podrá realizarse durante la ejecución contractual y, de verificarse que lo ejecutado no coincide con lo comprometido se configuraría una situación de incumplimiento contractual. En el segundo caso la verificación de los hechos declarados puede realizarse durante el procedimiento de selección y durante la ejecución contractual y, de verificarse que lo señalado, al momento en que se formuló la declaración, no coincidía con la realidad, se configuraría un supuesto de “información inexacta”. [...]. (Resolución N.º 2482-2016-TCE-S2, de 20-10-2016, f. 16. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2SSXnnV>).

§ 868. Aunque la presentación de información inexacta haya causado un daño mínimo, ya constituye una afectación a la entidad y al ordenamiento legal (art. 50.1.i). 7. [...] [En] torno a que el “daño” habría sido mínimo, ya que el contrato se ejecutó de manera correcta o que éste no habría existido ya que la prestación se realizó, debe indicarse que la infracción por presentación de información inexacta, por sí misma, ya constituye una afectación a la Entidad y al ordenamiento legal, ya que se está transgrediendo una norma de orden público, pues como se analizó y valoró en la recurrida, se creó una falsa percepción de la Entidad respecto al cumplimiento de un requisito de admisión de la oferta; tal situación permitió que el Estado dejara de contratar con un proveedor que sí cumpliera con los requisitos establecidos por la Entidad; es más, una falsa declaración, inclusive, constituye en el ámbito penal un delito. [...] (Resolución N.º 0992-2017-TCE-S2, de 12-05-2017, f. 7. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2UAYzhM>).

§ 869. Inhabilitación por brindar o no información inexacta en el marco de un procedimiento de adquisiciones estatales es un asunto de mera legalidad (art. 50.1.i). DEMANDA. Con fecha 14 de enero del 2010, la actora interpone demanda de amparo contra la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado [...], solicitando que cesen los efectos de [la] Resolución [...] de fecha 23 de noviembre de 2009, [...] a través de la cual fue inhabilitada por 12 meses para participar en contrataciones con el Estado, por supuestamente haber presentado documentación inexacta en [un] procedimiento de Adjudicación Directa Selectiva [...], en lo relacionado a quién es el dueño de [una] marca [farmacéutica]. [...] 2. No [...] puede soslayarse que el asunto de si la demandante cometió o no la infracción por la cual ha sido sancionada, en principio, carece de relevancia constitucional, salvo que la sanción en sí misma sea inconstitucional o que, en el procedimiento sancionatorio, se haya contravenido un derecho fundamental [...]. 3. Ahora bien, en el presente caso, este Tribunal Constitucional juzga que la demandante no ha puntualizado de qué manera lo que denuncia tiene incidencia en el contenido constitucionalmente tutelado de los derechos constitucionales que, según ella, se le han vulnerado. Sus argumentos se enfocan, en puridad, en impugnar qué debe entenderse como información inexacta, a pesar de que resulta constitucionalmente válido exigir un máximo de diligencia a los postores que deseen participar en un concurso de adquisiciones estatales, a fin de garantizar que la opción que finalmente el Estado elija, más aún tratándose de medicamentos, sea la mejor. Y es que, con información distorsionada o que no se condiga con la realidad, ello no sería posible. 4. Por lo tanto, no cabe la emisión de un pronunciamiento de fondo, ya que la discusión en torno a tal cuestionamiento no incide en el contenido constitucionalmente tutelado de ningún derecho constitucional, puesto que si se brindó o no información inexacta en el marco de un procedimiento de adquisiciones estatales es un asunto de mera legalidad. (Exp. N.º 02087-2012-PA/TC, de 08-11-2016 [Web: 07-04-2017 / EP: 30-05-2017], ff. jj. 2 al 4. Tribunal Constitucional. Texto completo: <bit.ly/2R75CXc>).

§ 870. La información inexacta supone un contenido que no es concordante o congruente con la realidad, lo que constituye una forma de falseamiento de la misma (art. 50.1.i). 24. [Considerando] que la información inexacta supone un contenido que no es concordante o congruente



con la realidad, lo que constituye una forma de falseamiento de la misma, no puede considerarse que las declaraciones contenidas en los Anexos N.º 3, suscritos por cada uno los representantes legales de los integrantes del Consorcio [...], constituyan un quebrantamiento del principio de presunción de veracidad, pues como ya se ha mencionado, aluden al compromiso de ser responsables de la veracidad de la información que presentan en el proceso de selección; en consecuencia, no corresponde atribuir responsabilidad [...]. **42.** [...] Deberá considerarse que con la presentación de información inexacta, se ha vulnerado el principio de presunción de veracidad, puesto que, dicho principio junto a la fe pública, constituyen bienes jurídicos merecedores de protección especial, pues son los pilares de las relaciones suscitadas entre la Administración Pública y los administrados [...]. (Resolución N.º 054-2017-TCE-S4, de 06-01-2017, ff. 24 y 42. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2FdnDCj>).

§ 871. Presentar una declaración jurada manifestando no hallarse impedido para contratar con el Estado a pesar de que la cónyuge del postor es funcionaria o servidora pública de la Entidad que convoca el procedimiento, se enmarca dentro del supuesto de infracción por presentación de información inexacta (art. 50.1.i). 23. En el presente caso, la imputación efectuada contra el Contratista se refiere al segundo supuesto de hecho contenido en el numeral 22 de la presente Fundamentación, es decir por la presentación, como parte de su propuesta técnica, de un documento que contendría información inexacta, consistente en la Declaración Jurada conforme a lo establecido en el artículo 42 del Reglamento [cfr. art. 52 del Nuevo Reglamento], razón por la cual deberá determinarse si en el caso materia de autos la información proporcionada por el denunciado en el documento antes mencionado, en lo que concierne a no tener impedimento alguno para participar en el proceso de selección ni para contratar con el Estado conforme a lo previsto en el artículo 10 de la Ley [cfr. art. 11.h de la Ley vigente], corresponde o no a la realidad. **24.** Estando a lo expuesto, en el caso que nos ocupa, es posible verificar que el Contratista presentó como parte de su propuesta técnica una Declaración Jurada de fecha 07 de abril de 2010, en la que manifestó no tener impedimento para participar en el proceso de selección ni para contratar con el Estado de acuerdo con el artículo 10 de la Ley, la misma que se encuentra suscrita el Contratista, a pesar de que en dicha oportunidad se hallaba comprendido en uno de los impedimentos establecidos en la Ley, por ser cónyuge de la señora RLAG, servidora pública de la Entidad, conforme ha sido expuesto en los fundamentos precedentes. De ahí que resulta claro que lo afirmado en la referida Declaración Jurada no se ajusta a la verdad y, por tanto, corresponde imponer al Contratista la sanción correspondiente por la comisión de la infracción bajo examen. (Resolución N.º 138-2011-TC-S3, de 31-01-2011, ff. 23 y 24. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2VIUUuj>).

§ 872. Si bien en el contrato de consorcio no se precisó con mayor detalle las obligaciones de las empresas consorciadas, como se detalló en la promesa formal de consorcio, ello no supondría la presentación de información inexacta, sino, un incumplimiento respecto de la idoneidad de la documentación presentada para la suscripción del contrato (art. 50.1.i). 14. [Tanto] en la promesa formal de consorcio como en el contrato de consorcio, se han mantenido los porcentajes correspondientes a las obligaciones de las empresas integrantes, diferenciándose únicamente, en que en la promesa formal de consorcio, se establecieron con mayor detalle las obligaciones de los consorciados. **15.** [Debe] mencionarse que, en caso la Entidad hubiera considerado que dicha circunstancia vulneraba lo establecido en el numeral 6.7 de la Directiva N.º 016.2012-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (D-018)], no debió procederse con la suscripción del contrato respectivo, por cuanto el citado documento no resultaba idóneo para tal finalidad. **16.** Siendo así, tomando en cuenta que si bien en el documento cuestionado no se precisó con mayor detalle las obligaciones de las empresas consorciadas, tal y como se detalló en la promesa formal de consorcio, ello supondría un incumplimiento respecto de la idoneidad de la documentación presentada para la suscripción del contrato y no la presentación de información inexacta tal como refiere la Entidad; en tal sentido, hubiera correspondido a la Entidad emplear los mecanismos que la normativa prevé para exigir su cumplimiento, o de ser el caso, solicitar la aplicación de la sanción correspondiente, en caso no se hubiera suscrito el contrato por causa atribui-

ble a los integrantes del Consorcio. (Resolución N.º 027-2017-TCE-S1, de 05-01-2017, ff. 14 al 16. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2EQGRg0>).

§ 873. **Luego de otorgada la buena pro, es obligación de la Entidad someter a fiscalización posterior la documentación presentada por el contratista (art. 50.1.i).** Véase la jurisprudencia del artículo 257º del Nuevo Reglamento [§ 2101]. (Resolución N.º 2970-2016-TCE-S4, de 19-12-2016, f. 23. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2K7GiyZ>).

NUMERAL 50.1.J

§ 874. **Presentación de documentos falsos o información inexacta (art. 50.1.j). 2.** [...] Para la configuración del supuesto de hecho de la norma que contiene la infracción imputada, se requiere previamente acreditar la falsedad del documento cuestionado; es decir, que éste no haya sido expedido por el órgano emisor correspondiente o que siendo válidamente expedido, haya sido adulterado en su contenido. Por otro lado, la información inexacta supone la presentación de documentos cuyo contenido no es concordante o congruente con la realidad, lo que constituye una forma de falseamiento de ésta, a través del quebrantamiento de los principios de Moralidad y de Presunción de Veracidad, de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 4 de la Ley, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1.7 del artículo IV del Título Preliminar, y el numeral 42.1 del artículo 42 de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante LPAG. [...] **6.** De igual modo, debe recordarse que la infracción tipificada se encuentra referida a la presentación de documentos falsos, lo que no significa imputar la falsificación en sí a aquél que lo elaboró, puesto que las normas sancionan el hecho de presentar un documento falso o información inexacta en sí mismo de manera objetiva, no la autoría o participación en la falsificación o adulteración de aquél. Esto obliga a que los proveedores, postores y contratistas sean diligentes en cuanto a la verificación de la autenticidad, veracidad y fidelidad de los documentos y de la información que presentan dentro del marco de un proceso de selección, que por lo demás, constituye una obligación que forma parte de sus deberes como administrados y le da contenido al Principio de Corrección y Licitud que rigen sus actuaciones con la Administración. En este contexto, el tipo infractor de presentar documentación falsa que se imputa al Postor, reprime infracciones de peligro abstracto puro o hipotético, respecto de ilícitos de desobediencia sobre los cuales el legislador ya tipificó el riesgo de determinada conducta. En otros términos, la responsabilidad se determina por haberse incurrido en la infracción tipificada sin mayor consideración del elemento subjetivo; prentendiéndose con ello que las conductas se adecuen a las reglas y regulaciones previstas, lo que puede lograrse adoptándose las previsiones del caso y estableciéndose los mecanismos de supervisión y control que resulten aplicables, lo cual constituye una obligación para los administrados. (Resolución N.º 1636-2015-TCE-S4, de 03-08-2015, ff. 2 y 6. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2MJlsY6>).

§ 875. **Diferencia entre la causal de falsedad documentaria e información inexacta (art. 50.1.j). 29.** En ese orden de ideas, un documento falso es aquél que no fue expedido por su órgano emisor correspondiente, es decir por aquella persona natural o jurídica que aparece en el mismo documento como su autor; o aquel documento que, siendo válidamente expedido, haya sido adulterado en su contenido. Por otro lado, la información inexacta supone un contenido que no es concordante o congruente con la realidad, lo que constituye una forma de falseamiento de esta. Para ambos supuestos -documento falso e información inexacta- la presentación de un documento con dichas características, supone el quebrantamiento de los principios de moralidad y de presunción de veracidad [...]. (Resolución N.º 2950-2016-TCE-S3, de 14-12-2016, f. 29. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2qMORqk>).

§ 876. **Es atribución de la Administración Pública verificar la documentación presentada cuando existan indicios suficientes de que la información consignada no se ajusta a la verdad (art. 50.1.j). 5.** [...] Sobre el tema, el numeral 42.1 del artículo 42 de la LPAG, establece que todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos y la información incluida en los escritos y formularios

que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, se presumen verificados por quien hace uso de ellos, así como de contenido veraz para fines del procedimiento administrativo. Sin embargo, esta presunción es de índole *iuris tantum*, pues admite prueba en contrario, en la medida que es atribución de la Administración Pública verificar la documentación presentada cuando existan indicios suficientes de que la información consignada no se ajusta a la verdad. De manera concordante con lo manifestado, el inciso 4 del artículo 56 del mismo cuerpo legal, estipula como uno de los deberes generales de los administrados, la comprobación de la autenticidad, previamente a su presentación ante la Entidad, de la documentación sucedánea y de cualquier otra información que se ampare en la presunción de veracidad. (Resolución N.º 1994-2016-TCE-S1, de 24-08-2016, f. 5. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Dm0vjlc>).

§ 877. **Para determinar la falsedad y/o inexactitud de un documento, constituye mérito suficiente la manifestación efectuada por el emisor mediante comunicación oficial, en la que acredite que el documento cuestionado no ha sido emitido por él (art. 50.1.j).** 10. Al respecto, se debe tener presente que, para la configuración del supuesto de hecho de la norma que contiene la infracción imputada, se requiere previamente acreditar la falsedad del documento cuestionado; es decir, que éste no haya sido expedido por el órgano emisor correspondiente o que siendo válidamente expedido, haya sido adulterado en su contenido. Por otro lado, la información inexacta supone la presentación de documentos cuyo contenido no es concordante o congruente con la realidad, lo que constituye una forma de falseamiento de ésta, a través del quebrantamiento de los principios de Moralidad y de Presunción de Veracidad. 11. Al respecto, el numeral 42.1 del artículo 42 de la LPAG, establece que todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, se presumen verificados por quien hace uso de ellos, así como de contenido veraz para fines del procedimiento administrativo. Sin embargo, esta presunción es de índole *iuris tantum*, pues admite prueba en contrario, en la medida que es atribución de la Administración Pública verificar la documentación presentada, cuando existan indicios suficientes de que la información consignada no se ajusta a la verdad. [...] 19. Sobre el particular es preciso señalar que, para determinar la falsedad y/o inexactitud de un documento, constituye mérito suficiente la manifestación efectuada por el propio emisor, a través de una comunicación oficial, en la que acredite que el documento cuestionado no ha sido expedido por éste; por lo tanto, dado que el propio supuesto suscriptor del contrato cuestionado, esto es, el señor TVV, ha indicado que dicho documento es carente de veracidad por que ha sido adulterado, se verifica que éste, así como su conformidad de servicio, son falsos. (Resolución N.º 001-2016-TCE-S4, de 04-01-2016, ff. 10, 11 y 19. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2S2fkPB>).

§ 878. **No todas las incongruencias entre los documentos que conforman la oferta constituyen un falseamiento de la realidad. En caso se advierta la presentación de una información discordante con la realidad, con el propósito de obtenerse un beneficio, dicho hecho debe ser comunicado al Tribunal de Contrataciones del Estado (art. 50.1.j).** CONSULTA: 2.2. “*si un postor presenta información incongruente en su Propuesta Técnica, ¿corresponde el inicio de un procedimiento sancionador?*” 2.2.1. [...] En esa línea, cuando un proveedor incurra en una conducta tipificada como infracción, tal como sucede cuando se ha presentado ante las Entidades, el Tribunal de Contrataciones del Estado o el Registro Nacional de Proveedores (RNP) información discordante con la realidad, con el propósito de cumplir un requisito o de obtener un beneficio o ventaja para sí o para terceros; dicho hecho debe ser comunicado al Tribunal de Contrataciones del Estado a efectos de que este órgano colegiado evalúe iniciar un procedimiento administrativo sancionador, dentro del que se lleven a cabo las actuaciones necesarias para establecer si existe -o no- responsabilidad por parte del proveedor e imponer la sanción respectiva, en caso corresponda. Finalmente, cabe señalar que pueden presentarse situaciones en las que se advierta alguna discrepancia o incongruencia entre los documentos que conforman la oferta o expresión de interés de los postores, según sea el caso; lo cual, no necesariamente constituye un falseamiento de la realidad. (Opinión N.º 136-2016/DTN, de 24-08-2016, ff. 2.2 y 2.2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ar1yva>).

§ 879. **La denuncia de un profesional propuesto por el contratista o consorcio ganador, declarando no haber participado en la obra, tiene connotaciones distintas si alega no haber participado en la “ejecución de obra” a no haber participado desde el “proceso de selección” (art. 50.1.j).** 11. [...] [La] Entidad denunció expresamente a los integrantes del Consorcio Vial San Felipe por la presentación de documentos falsos en el proceso de Licitación Pública N.º 002-2015-MPH/CE (Primera Convocatoria), tras considerar que “el señor PAD que no ha participado como especialista en seguridad en ningún proceso de selección, ni durante el proceso de ejecución de la obra, señalando que la documentación presentada por el contratista es falsa”, Sobre la base de dicha documentación emitida, tanto por instancia de la Entidad como por órganos del Sistema Nacional de Control, el Tribunal inició el presente procedimiento administrativo sancionador en contra de los integrantes del Consorcio por su supuesta responsabilidad en la presentación de seis (6) documentos presuntamente falsos y/o con información inexacta, tras considerar que el señor, PAD no había participado en el proceso de selección. 12. Durante el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador, los integrantes del Consorcio VSF se limitaron que el señor PAV presentaría su “retractación” a la denuncia presentada ante la Contraloría General de la República. Al no haberse producido lo señalado por los integrantes del Consorcio este Colegiado procedió a sancionar teniendo como fundamento principal la negación del mencionado señor de su participación en el “proceso de selección” y en la suscripción de las Declaraciones Juradas objeto de cuestionamiento que lo involucraban (los que por cierto no fueron remitidos en original por la Entidad), y que según la denuncia presentada por la Entidad, basada a su vez en los informes de los órganos del Sistema Nacional de Control, y estos en la denuncia presentada por el señor PAD, se consideraron falsos. 13. En esta instancia, en que los impugnantes presentan una nueva prueba consistente en la carta de aclaración de fecha 20 de abril de 2017, este Colegiado ha podido conocer el sentido de la denuncia presentada por el señor PAD. Es decir, que él sí había firmado los documentos cuestionados y presentados en el proceso de selección, pero lo que denunció fue que no había participado en la ejecución de la obra, a pesar de haber sido propuesto dentro de la plantilla de profesionales por el Consorcio VSF. Cabe precisar que la referida carta aclaratoria de fecha 20 de abril de 2017, dirigida por el señor PAD a los integrantes del Consorcio VSF tiene origen y fecha cierta, en tanto su firma ha sido certificada por el Notario de Lima [...]. 14. Bajo tal orden de consideraciones, este Colegiado ha llegado a formarse convicción que, en el presente caso, corresponde revertir el sentido de la decisión recurrida, declarando fundado el recurso de reconsideración interpuesto. (Resolución N.º 0988-2017-TCE-S3, de 12-05-2017, [www.tce.gob.pe](http://bit.ly/2QX38vS) al 17. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2QX38vS>).

§ 880. **La falsa declaración en procedimiento administrativo constituye ilícito penal (art. 50.1.j).** 22. Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso señalar que la falsa declaración en procedimiento administrativo constituye ilícito penal, previsto y sancionado en el artículo 411 del Código Penal, el cual tutela la presunción de veracidad establecida por ley y como bien jurídico la fe pública y la funcionalidad del documento en el tráfico jurídico y trata de evitar perjuicios que afecten la confiabilidad especialmente en las adquisiciones que realiza el Estado. En tal sentido, en atención a lo establecido en sexto párrafo el artículo 229 del Reglamento de la Ley N.º 302256, corresponde poner en conocimiento del Ministerio Público los hechos expuestos a fin que interponga la acción penal correspondiente, para lo cual se remitirán las piezas procesales. [...] (Resolución N.º 1396-2017-TCE-S1, de 03-07-2017, f. 22. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2BhEPmY>).

§ 881. **El titular de la empresa puede homologar cualquier firma realizada en su nombre cuando no comprometa interés alguno de terceros (art. 50.1.j).** 10. [El] presente caso obedece a un supuesto particular en el que la persona a quien se atribuye las firmas observadas certifica su autoría respecto de los mismos; es decir, que quién presuntamente fue víctima de una falsificación respecto de su firma alega que no es como tal, sino que confirma la veracidad de las mismas, contradiciendo de esta manera el citado Dictamen Pericial. 11. Sobre el particular, no obstante que existe una contradicción entre la manifestación del representante del Adjudicatario y lo señalado en el Dictamen Pericial, lo cual podría llevar a este Colegiado a establecer una duda razonable respecto de la imputación formulada,

resulta relevante traer a colación que el único interesado a realizar el trámite ante el RNP es el propio titular de la empresa interesada, ello, dado al particular interés que solo le corresponde a quien solicita la rogación. Siendo así, dicho titular perfectamente podría homologar cualquier firma realizada en su nombre, más aún, si en el presente caso lo que se cuestiona es su firma en documentos en los que no se discute la veracidad de su contenido, sino la firma sobrepuesta; en efecto, no se cuestiona el contenido de un documento o la firma del suscriptor del documento, sino la firma consignada en cada documento a mérito de darle valor a cada folio del conjunto presentado. (Resolución N.º 451-2012-TC-S2, de 27-04-2012, ff. 10 y 11. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2FIYtk1>).

§ 882. Principio de presunción de veracidad. La presunción de veracidad de los documentos presentados por los administrados admite prueba en contrario (art. 50.1.j). 41. Al respecto, debe tenerse presente que, para la configuración de la infracción imputada, se requiere previamente acreditar la falsedad del documento cuestionado, es decir que éste no haya sido expedido por el órgano emisor correspondiente o que siendo válidamente expedido, haya sido adulterado en su contenido. Dicha infracción implica la verificación del **quebrantamiento del principio de presunción de veracidad**, contemplado en el numeral 1.7 del artículo IV del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N.º 006-2017-JUS, en adelante la LPAG, presunción por la cual, en la tramitación del procedimiento administrativo, la administración presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman, salvo que exista prueba en contrario. Cabe precisar que el tipo infractor se sustenta en el incumplimiento de un deber que, en el presente caso, se encuentra regulado por el inciso 4 del artículo 65 de la LPAG, norma que expresamente establece que los **administrados tienen el deber de comprobar**, previamente a su presentación ante la Entidad, **la autenticidad de la documentación sucesdánea y de cualquier otra información que se ampare en la presunción de veracidad**. Como correlato de dicho deber, el numeral 49.1 del artículo 49 de la LPAG, además de reiterar la observancia del *principio de presunción de veracidad*, dispone que **la administración presume verificados todas las declaraciones juradas, los documentos sucesdáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, por quien hace uso de ellos**. Sin embargo, conforme el propio numeral 1.7 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG lo contempla, la *presunción de veracidad* admite prueba en contrario, en la medida que es atribución de la administración pública verificar la documentación presentada. Dicha atribución se encuentra reconocida en el numeral 1.16 del mismo artículo, cuando, en relación con el *principio de privilegio de controles posteriores*, dispone que la autoridad administrativa se reserva el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada. (Resolución N.º 1619-2017-TCE-S1, de 31-07-2017, f. 41. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2QUmJN2>).

§ 883. La pericia grafotécnica debe constar en instrumentos originales (art. 50.1.j). 44. Ahora bien, con relación a las pericias grafotécnicas que dispone realizar este Tribunal, cabe indicar que existe jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se establece de manera expresa que las pericias grafotécnicas se deben practicar en instrumentos originales, cuya exhibición debe ser ordenada por el juzgador, utilizando, de ser necesario, los apremios de ley. [...] (Resolución N.º 1619-2017-TCE-S1, de 31-07-2017, f. 44. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2QUmJN2>).

§ 884. Si bien una pericia grafotécnica practicada sobre documentos originales y con las formalidades del caso, constituye un medio probatorio válido y correcto a efectos de determinar la falsedad de un documento, solo puede mantenerse incólume en tanto no exista otro que lo desvirtúe de manera clara y precisa (art. 50.1.j). 11. [Ante] los argumentos vertidos y de los actuados en el expediente, queda evidenciado que la prueba solicitada por la recurrente no rebatiría las pruebas ofrecidas por la denunciante, primero porque existe un pronunciamiento del ingeniero [...] negando que haya firmado en la Declaración Jurada, lo cual, como se ha indicado, dicha manifestación implica la autoría de la suscripción, independientemente que se trate una firma o rúbrica; segundo, porque

en el caso negado que se admita como prueba la pericia solicitada sobre la rúbrica del Ingeniero y que ésta resulte favorable al administrado, a efectos de la valoración de las pruebas, primaría la declaración del agente, cuya emisión se imputa, conforme a diferentes pronunciamientos sentados por el Tribunal. [...] si bien una pericia grafotécnica practicada sobre documentos originales y con las formalidades del caso, constituye un medio probatorio válido y correcto a efectos de determinar la falsedad de un documento, tal idoneidad de medio probatorio suficiente solo puede mantenerse incólume en tanto no exista otro que lo desvirtúe de manera clara y precisa, como lo es en el caso particular que nos ocupa, la manifestación efectuada por propio agente que supuestamente habría suscrito la Declaración Jurada. (Resolución N.º 1470-2011-TC-S2, de 06-09-2011, f. 11. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2SJtRgf>).

§ 885. Para acreditar la falsedad de documentos es necesario probar que los documentos cuestionados no hayan sido expedidos ya sea por el órgano o agente emisor correspondiente, o que no hayan sido firmados por quien o quienes aparecen como suscriptores del mismo (art. 50.1.j).

12. [La] falsedad de los documentos, en reiterados y uniformes pronunciamientos, este Tribunal, ha manifestado que, para acreditar dicha situación es necesario probar que los documentos cuestionados no hayan sido expedidos ya sea por el órgano o agente emisor correspondiente, o que no hayan sido firmados por quien o quienes aparecen como suscriptores del mismo, o que, siendo debidamente expedidos, hayan sido adulterados en su contenido. (Resolución N.º 055-2017-TCE-S1, de 06-01-2017, f. 12. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2CVr3aC>).

§ 886. Todo postor es responsable por la veracidad de la documentación que presenta. Supuesto de error excusable (art. 50.1.j).

9. [Es] criterio sentado por este Tribunal en uniforme y reiterada jurisprudencia que todo postor es responsable por la veracidad de la documentación que presenta como parte de su acervo documentario con ocasión de un proceso de selección, con independencia de si fue tramitado por sí mismo o por un tercero, toda vez que el beneficio por la falsificación incurrida recae directamente sobre él. **10.** De lo expuesto precedentemente, se tiene que el Postor presentó como parte de su propuesta técnica en el Proceso por Competencia Mayor N.º CMA-18-OFPP, la Constancia N.º 078º expedida por la Capitanía del Puerto del Callao, la misma que al haber sido expedida por una Institución Pública, mantiene la calidad de "Documento Público", de acuerdo al artículo 43º de la Ley de Procedimiento Administrativo General - Ley N.º 27444, lo cual según la doctrina, se presume su autenticidad, da fe de su otorgamiento, de la fecha y las declaraciones del funcionario que lo autoriza y, además, tiene valor probatorio [...] **11.** Siendo que el cuestionado documento reviste las características mencionadas en el párrafo precedente, ésta estuvo fuera de la esfera de responsabilidad del Postor, puesto que, en principio dicho documento estaba legitimado por la Entidad y como tal, se presumía que la información contenida en ella, dotaba de autenticidad, conforme a lo dispuesto por el citado artículo, no obstante, con posterioridad a su emisión, fue la misma Entidad quién reconoció el error incurrido al expedir dicha Constancia y consignar la información inexacta. **12.** Dentro de este contexto, dado a las características del documento investido como Público en el acto de presentación de propuestas del proceso de referencia, el cual contenía una manifestación de una Entidad Pública, revestía para los administrados un estado psicológico de creencia o confianza, o buena fe, del contenido del documento y por panto podría inducir al portador del mismo a un estado de seguridad en su afán de diligenciar con dicho documento. Es en este sentido, que el Postor habría incurrido en error por la creencia que el documento expedido por una institución del Estado contenía información cierta, lo que podría traducirse en lo que la doctrina califica como error excusable, siendo que por tal efecto, la persona realiza un acto sin tener en cuenta que está incurriendo en una conducta sancionable, el cual es inducido por la misma administración, siendo que dicha conducta no podría razonablemente devenir en sancionable [...]. (Resolución N.º 478-2011-TC-S2, de 18-03-2011, ff. 9 al 12. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2SPpODg>).

§ 887. La documentación contradictoria presentada por el deudor no debe confundirse con la presentación de documentación o información inexacta (art. 50.1.j). **10.** Como puede apreciarse, existe una clara contradicción en la propia propuesta del Postor, en tanto que, por un lado expresó que

el bien ofertado tenía una vigencia de 38 meses y, por el otro, adjuntó documentación en la que se desprende que dicho bien tiene una vigencia menor, en el caso en concreto, 23 meses, lo cual origina incertidumbre respecto del plazo de vigencia del bien ofertado. **11.** Sobre el particular, es pertinente traer a colación la diferencia existente entre la presentación de documentación inexacta y la incongruencia de la propuesta. En el primer caso nos encontramos frente a información ofrecida en un proceso de selección, que al no ajustarse a la verdad, produce un falseamiento de la realidad, es decir, da la apariencia de algo que en el plano fáctico no lo es; mientras que, la incongruencia se da cuando la propia propuesta contiene declaraciones que resultan excluyentes entre sí, es decir, se brinda información evidentemente contradictoria, lo que no permite tener certeza de cuál es el alcance de la propuesta. Nótese, al respecto, que mientras en el primer caso el postor declara algo que no se ajusta a la verdad, en el segundo caso no es posible conocer fehacientemente cuál ha sido exactamente la declaración del postor y, en tal sentido, no puede verificarse su falsedad o veracidad. (Resolución N.º 310-2010-TC-S1, de 11-02-2010, ff. 10 y 11. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DFPtxa>).

§ 888. No constituye información falsa o inexacta aquellos supuestos en los cuales la documentación presentada únicamente resulta insuficiente o inconsistente (art. 50.1.j). 5. Tal como lo ha señalado este Tribunal en reiterados precedentes administrativos, existe falsedad en un documento cuando este ha sido adulterado, se atribuye un origen que no le corresponde o pretende acreditar una situación que no se condice con la realidad de los hechos. No debe confundirse tales supuestos con aquellos en los cuales la documentación presentada únicamente resulta insuficiente o inconsistente para acreditar un aspecto requerido en las Bases, ya sea como requerimiento técnico mínimo o como factor de evaluación, ya sea porque deviene en incompleta, se presenta de modo confuso o contradictorio, o simplemente no cumple con cualquier otro requisito que sea determinante para su validez. Lo contrario, nos llevaría al absurdo de sostener que toda documentación ineficaz para acreditar el cumplimiento de una condición cualquiera de un postor determinado deba de ser considerada falsa o, en todo caso, comprendida dentro de una declaración jurada inexacta. No debe perderse de vista que la existencia de un documento falso o declaración jurada con información inexacta, está ligada de modo directo a la afectación de la presunción de veracidad y desde tal perspectiva debe analizarse su existencia. (Resolución N.º 159-2005-TC-SU, de 22-02-2005, f. 5. Sala Única. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2T8M0tp>).

§ 889. Las sospechas, suposiciones o indicios respecto de una supuesta falsedad no son razón suficiente para desvirtuar la presunción de buena fe y legalidad de los actos que realizan los administrados (art. 50.1.j). 14. [La] obligación que recae sobre la Administración de presumir la buena fe y la legalidad de los actos que realizan los administrados, de tal manera que las sospechas, suposiciones o indicios respecto de una supuesta falsedad no son razón suficiente para desvirtuar dicha presunción, la cual sólo puede ser destruida mediante la probanza respectiva por parte de quien haga tal imputación; asumir lo contrario, supondría avalar la presentación de denuncias de falsedad y/o inexactitud sin mayor sustento que las apreciaciones subjetivas de los denunciantes. (Resolución N.º 108-2011-TC-S4, de 26-01-2011, f. 14. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2T6tz6t>).

§ 890. No supone infracción si el documento denunciado supone una promesa a futuro y no una afirmación real certera, constatable al momento de la evaluación técnica (art. 50.1.j). 4. En ese sentido, una primera circunstancia a analizar, es la relacionada con la presunta falsedad del documento en cuestión. Para que dicha falsedad se verifique, constituye mérito suficiente la manifestación efectuada por el propio agente emisor o beneficiario del servicio y/o adquisición, a través de una comunicación oficial, acreditando que el documento cuestionado no ha sido expedido por éste o que siendo válidamente expedido ha sufrido adulteración en su contenido, criterio que ha sido recogido por el Tribunal en anteriores oportunidades. **5.** Adicionalmente, debe señalarse que la información falsa o inexacta a declararse, debe haber sido expresamente afirmada o evidenciada a la fecha de presentación de propuestas, sobre hechos actuales o anteriores a dicho momento, a efectos que en el Comité Especial se haya generado la apariencia de veracidad, por la valoración de tal información, susceptible de ser confirmada al momento de la evaluación. **6.** A modo de ejemplo, si un postor afirmara que el ingeniero residente propuesto, a la fecha

de presentación de propuestas se encuentra inscrito en el Colegio profesional respectivo, es una situación que se podría verificar y determinar con la finalidad de corroborar si lo declarado es acorde con la realidad, al momento de su afirmación, es decir al momento de la presentación de propuestas, remitiéndose al Colegio de Ingenieros una consulta sobre la habilidad de tal profesional. 7. Caso similar ocurre con la acreditación de la experiencia del postor, para lo cual, si se adjuntan facturas o comprobantes de pagos que denotan la práctica reiterada de una conducta, como la venta de determinados bienes o la realización de un servicio, dicha experiencia puede ser perfectamente convalidada, al consultar al supuesto beneficiario del servicio sobre la realización de dicha transacción comercial, pudiendo calificar de esa forma, si el documento presentado en la oferta técnica es falso, inexacto o veraz. 8. Situación distinta, es aquella que supone declaraciones del postor que involucren una promesa a futuro, respecto a un hecho que no puede ser corroborado al momento de la evaluación por parte del Comité Especial, sino que sucederá de producirse una determinada condición, como es el caso de aquellas declaraciones en las cuales el postor, de ser adjudicado con la buena pro, se compromete a entregar el bien en un plazo determinado, dicha aseveración sólo podrá ser verificada al momento de la entrega de los bienes, y no al momento de la evaluación de su propuesta. 9. En el caso materia de autos, se cuestiona que el postor haya declarado bajo juramento lo siguiente: "(...) el suscrito ofrece el servicio de atención ambulatoria de hemodiálisis -Red Asistencial La Libertad para 03 módulos, de conformidad a dichos documentos y de acuerdo a los requerimientos técnicos mínimos y demás condiciones que se indican en el capítulo IV de las Bases. En ese sentido, me comprometo a entregar el bien con las características, en la forma y plazo especificados en las Bases". 10. Como se puede verificar, el Contratista en su propuesta no ha aseverado un hecho que pueda ser susceptible de falsedad o veracidad al momento de la evaluación técnica, y que de esta forma vulnere la presunción de veracidad que ampara a las declaraciones presentadas, sino como un compromiso a cumplir con determinada obligación, en los términos descritos en las bases administrativas, afirmación que sólo podría ser verificada de adjudicarse la buena pro y suscribir el contrato, la cual, de no ser honrada, supondría un incumplimiento a su oferta técnica y no información falsa o inexacta. 11. Así pues, el compromiso declarado estaba sujeto a un hecho posterior como es el otorgamiento favorable de la Buena Pro, situación fáctica que a pesar de haber tenido lugar con posterioridad, no permite colegir que en el momento de su presentación se trataba de una declaración inexacta, en la medida que del texto mismo del documento cuestionado, se puede determinar con claridad que este alude al conocimiento de parte del Contratista declarante de las condiciones y demás especificaciones previstas en las Bases, así como a "su compromiso" de suministrar el servicio con tales características. [...] 13. Así pues, es preciso dejar en claro que, en el presente caso es materia de discusión un compromiso a futuro que asume el postor, cuya materialización sólo podría ser verificada durante la ejecución del contrato y no en la etapa de presentación de propuestas, siendo que, ante un posible incumplimiento de las obligaciones contractuales, como se indicó, correspondería a la Entidad emplear los mecanismos que la normativa prevé para exigir su cumplimiento. 14. En tal sentido, habiéndose determinado que el documento denunciado, supone una promesa a futuro, y no una afirmación real y certera, constatable al momento de la evaluación técnica, este Colegio considera que no existen elementos que permitan configurar la infracción tipificada como sancionable, debiendo archivar el presente expediente respecto al hecho denunciado. (Resolución N.º 587-2012-TC-S2, de 28-06-2012, ff. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13 y 14. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2HeESVR>).

§ 891. Supuestos de falseamiento. Falsedad de documento y documentación inexacta (art. 50.1.j). 24. [...] [Para] la configuración de la infracción imputada, se requiere, previamente, acreditar la falsedad del documento cuestionado; es decir, que éste no haya sido expedido por el órgano emisor correspondiente o que, siendo válidamente expedido, haya sido adulterado en su contenido. Por otro lado, la documentación inexacta se configura ante la presentación de documentos no concordantes o no congruentes con la realidad. Ambos supuestos constituyen una forma de falseamiento de la misma. (Resolución N.º 2481-2017-TCE-S1, de 13-11-2017, f. 24. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2SKQ4dz>).

§ 892. El Tribunal de Contrataciones, al concluir un proceso, no obstante haber declarado que no se ha podido desvirtuar la presunción de veracidad del documento presentado por el

adjudicatario, puede ordenar a la Entidad realizar una fiscalización posterior a la oferta de dicho postor, en aras de cautelar el interés público (art. 50.1.j). Véase la jurisprudencia del artículo 257° del Nuevo Reglamento [§ 2099]. (Resolución N.º 1472-2017-TCE-S1, de 11-07-2017, f. 34. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2qSwZdk>).

NUMERAL 50.1.K

§ 893. Si el postor presenta una propuesta sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores, se configura infracción, sin necesidad de requisitos adicionales. El postor no puede presentar propuestas si su solicitud de registro aún se encuentra en trámite (art. 50.1.k). 6. Conforme se indicó anteriormente, la causal de infracción imputada al Postor se encuentra tipificada en el literal j) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley [cfr. art. 50.k de la Ley vigente], dispositivo vigente al momento de suscitarse los hechos materia del presente procedimiento administrativo sancionador. [...] 13. Bajo tales consideraciones, conforme se advierte del expediente administrativo, la imputación efectuada al Postor se encuentra referida a que éste habría presentado su propuesta sin tener vigente su inscripción en el Registro Nacional de Proveedores; por lo que, para la configuración de los supuestos de hecho establecidos en la norma que contiene la infracción imputada, se requiere que el Postor haya presentado su propuesta sin contar con inscripción vigente en el RNP; es decir, la infracción se configura con la sola actuación por parte del Postor en dicho momento, sin que la norma requiera condiciones adicionales. [...] 20. En ese orden, debe advertirse que era responsabilidad del proveedor verificar no solo que su inscripción en el registro correspondiente del RNP se encontrara vigente sino a su vez, que el procedimiento de trámite de renovación hubiera concluido y tuviera el estado de probado, para lo cual debía acceder a su “bandeja de mensajes” para verificar el estado del trámite de su renovación. Por lo tanto, se aprecia que el Postor no actuó con la diligencia debida, al no verificar que el trámite de renovación, a la fecha de presentación de propuestas, aún no se encontraba aprobado, debiéndose precisar que el solo pago de la tasa correspondiente no le permitía participar y presentar propuestas en el proceso de selección. [...] 22. Respecto a lo señalado por el Postor, en el sentido que su conducta se encuentra sujeta al principio de presunción de licitud, lo que implica que el Tribunal de Contrataciones debe presumir que ha actuado apegado a sus deberes, debe señalarse que según el numeral 9 del artículo 230 de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante LPAG, respecto de los principios de la potestad sancionadora, señala que: *Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.* 23. Sobre ello, debe advertirse que el referido principio contiene una presunción *iuris tantum*, es decir que admite prueba en contrario, por lo que, habiendo quedado acreditado que el Postor no contaba con inscripción vigente en el RNP, dicha presunción ha quedado desvirtuada. (Resolución N.º 2441-2016-TCE-S3, de 14-10-2016, ff. 6, 13, 20, 22 y 23. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2TlhCHK>).

§ 894. Determinación de responsabilidad administrativa. Se debe verificar si la suscripción del contrato se efectuó en una especialidad distinta a la que le corresponde de acuerdo al RNP (art. 50.1.k). 24. [Si] bien los integrantes del Consorcio en sus descargos han reconocido haber cometido la infracción imputada, este Colegiado, a efectos de determinar su responsabilidad administrativa y aplicar la sanción correspondiente, adicionalmente a lo expuesto por aquellos, debe verificar si concurren los elementos para la configuración de la infracción imputada, es decir, que hayan suscrito un contrato en una especialidad distinta a la que les corresponde de acuerdo al RNP, lo cual no ha podido ser acreditado, toda vez que los integrantes del Consorcio sí contaban con la especialidad asignada por el RNP para suscribir el Contrato con la Entidad, esto es, la de “*Consultoría en obras urbanas edificaciones v afines*”. (Resolución N.º 1138-2017-TCE-S4, de 25-05-2017, f. 24. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Pzpgq>).

§ 895. La anterior normativa no sancionaba cuando se registraban en una “categoría” distinta a la autorizada por el RNP (art. 50.1.k). 12. [Se] considera importante señalar que en el Informe [...] de fecha 10 de febrero de 2017 se indicó que al tener los integrantes del Consorcio la especiali-

dad de “Obras Menores”, éstos se encontraban dentro de la categoría “A”, la cual solo los habilitaba a suscribir contratos por montos que no superen las 8 UIT (S/ 31,600.00 soles al 2016). En relación a ello, debemos indicar que, conforme se ha señalado previamente y de conformidad con la Directiva N.º 016-2016-OSCE/CD [D-010], aprobada por la Resolución N.º 023-2016-OSCE/PRE, debe distinguirse los conceptos de “especialidad” y “categoría”. Así, las “Especialidades” habilitan a los postores a participar en los procedimientos de selección, mientras que las “Categorías” son los niveles que un consultor de obras logra obtener de acuerdo a su experiencia y, delimitan la participación de los postores en dichos procedimientos de selección, en virtud del monto objeto de la convocatoria. En ese contexto, cabe precisar que si bien el monto de la convocatoria del presente procedimiento de selección ascendía a S/ 60,000.00 (sesenta mil con 00/100 soles), es decir un monto que supera las 8 UIT al año 2016 (por lo que, en principio, no correspondía que el contrato se suscribiese con consultores de obra que solo contarán con la categoría “A”), cabe precisar que el tipo infractor materia de análisis no recoge dicha conducta como pasible de sanción. Así, conviene recordar que la infracción imputada sanciona el suscribir contrato por montos mayores a su capacidad libre de contratación, o en especialidades distintas a las autorizadas por el RNP. Nótese que en dicho texto normativo, el legislador no ha considerado como materia de infracción, que los postores y/o contratistas que no cuenten con la “Categoría” correspondiente, deban ser sancionados, pues solo se ha establecido que resulta sancionable solamente la suscripción del contrato sin contar con la especialidad autorizada por el RNP. [...] 15. [Se] advierte un vacío normativo en la infracción tipificada en el numeral j) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley [cfr. art. 50.k de la Ley vigente], pues en la misma solo sanciona a los postores que se registren como participantes, presenten propuestas o suscriban contrato o Acuerdos Marco en especialidades distintas a las autorizadas por el RNP, pero no sanciona cuando se registren en una “categoría” distinta a la autorizada por el RNP. 16. [Este] Colegiado concluye que, al momento de suscribir el Contrato derivado del procedimiento de selección, ambos integrantes del Consorcio contaban con la especialidad de “Consultoría en obras urbanas, edificaciones y afines”, la cual sí fue autorizada por el RNP. Ahora, si bien es cierto que aquellos solo contaban con la Categoría A (habilitándolos para suscribir contratos por montos que no superen las 8 UITs), ello no se encuentra tipificado como infracción administrativa en el literal j) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley. Por lo tanto, a juicio de este Colegiado, no se encuentra acreditado que los integrantes del Consorcio suscribieron el Contrato teniendo una especialidad distinta a la autorizada por el RNP, por lo que, en el presente caso, no se ha configurado la infracción tipificada en el literal j) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley. (Resolución N.º 2583-2017-TCE-S3, de 28-11-2017, ff. 12, 15 y 16. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Gb2AS0>).

§ 896. Diferencia entre especialidades y categorías. No constituye infracción que un postor y/o contratista suscriba un contrato sin contar con la “categoría” correspondiente, ya que tal sanción sólo aplica a quienes suscriban un contrato sin contar con la especialidad autorizada por el RNP. Las conductas expresamente descritas como sancionables no admiten interpretación extensiva o analógica (art. 50.1.k). Véase la jurisprudencia del artículo 16º del Nuevo Reglamento [§ 1006]. (Resolución N.º 1598-2017-TCE-S3, de 25-07-2017, ff. 11 y 12. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2PYv8SA>).

§ 897. La resolución contractual se entiende consentida, aunque se haya iniciado el proceso de conciliación o arbitraje, si estos han sido interpuestos excediendo el plazo estipulado en el reglamento (art. 50.1.k). Véase la jurisprudencia del artículo 166º del Nuevo Reglamento [§ 1852]. (Resolución N.º 1578-2017-TCE-S3, de 24-07-2017, f. 6. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2PYmwvj>).

NUMERAL 50.3

§ 898. La “presentación” de documentación inexacta como elemento suficiente para determinar la responsabilidad del postor. Todo proveedor es responsable de la veracidad de los documentos que presenta ante la Entidad, así hayan sido tramitados por sí mismos o por un tercero (art. 50.3). 11. [...] (...) *De igual modo, debe tenerse en cuenta que, en reiterados pronunciamientos emitidos*

por este Tribunal, se ha señalado que todo postor es responsable de la veracidad de los documentos presentados ante la Entidad. Ellos es así, puesto que en el caso de un posible beneficio derivado de la presentación de un documento falso o información inexacta, que no ha sido detectado en su momento, este será aprovechable directamente por el postor, consecuentemente, resulta razonable que sea el también quien soporte los efectos de un potencial perjuicio, en caso que dicho documento falso o información inexacta se detecte. Además de ello, resulta necesario señalar que, no resulta trascendente analizar la pertenencia, la autoría, la tramitación y/o la elaboración del documento, como ocurre en los procesos penales, pues basta con la constatación del hecho descrito para que se configure la infracción referida, en otras palabras, la presentación ante la Entidad del documento cuestionado por parte del postor. Asimismo, en cuanto al principio de culpabilidad, debe señalarse que, la responsabilidad aplicable para la configuración de dicha infracción, se determina sobre la base de tres aspectos: a) El texto expreso del tipo infractor regulado en la Ley, no contempla elementos subjetivos para su configuración. b) La LPAG, regula la culpabilidad como elemento a ser considerado para la graduación de la sanción y no para la configuración de las infracciones administrativas. c) El Reglamento, en concordancia con la Ley, y las normas del procedimiento administrativo general, contempla la culpabilidad como un elemento que debe ser considerado para la graduación de la sanción y no para la configuración de la infracción. En ese sentido, en aplicación de la jurisprudencia reiterada y concordante emitida por este Tribunal, debe precisarse que el tipo infractor por la presentación de documentación falsa o información inexacta no contempla elementos subjetivos para su configuración. Ello, como se mencionó, en aplicación del texto expreso del tipo infractor regulado en la Ley, la LPAG y el Reglamento, que regulan la culpabilidad como elemento a ser considerado para la graduación de la sanción y no para la configuración de la infracción administrativa. (...). En adición a lo glosado anteriormente, este Colegiado conviene pertinente señalar que, respecto de la infracción referida a la presentación de documentación falsa o información inexacta, la conducta tipificada como infracción administrativa se encuentra estructurada en función del verbo rector “**presentar**”; por ello, es relevante destacar que la determinación de la responsabilidad administrativa por el hecho objetivo de la presentación de un documento falso o información inexacta, no implica un juicio de valor sobre la falsificación o inexactitud del mismo, debido a que la norma administrativa solo sanciona la presentación en sí del documento, sin indagar sobre la autoría de la falsificación, posesión, importancia, relevancia, y/o pertenencia del documento falso y/o información inexacta, ni tampoco analizando otras conductas activas u omisivas distintas de la presentación de documentación falsa o información inexacta, tales como la elaboración o preparaciones de las propuestas, o el aporte de los documentos; por tanto, en el presente caso, el nexo causal está referido a la conducta activa del Impugnante de presentar información inexacta; obligando a los proveedores, postores y contratistas a ser diligentes en cuanto a la veracidad de los documentos presentados. En ese sentido, para la configuración de la responsabilidad administrativa del tipo de, infracción, materia de análisis, basta la sola presentación del documento, sin considerar quién falsificó el mismo o proporcionó la información inexacta o si el Impugnante conocía o no de la falta de autenticidad, a efectos que se imponga o no la sanción, pues **todo proveedor es responsable de la veracidad de los documentos que presenta**, en el caso concreto, ante la Entidad, **así hayan sido tramitados por sí mismos o por un tercero, no sólo debido al vínculo existente entre ambas partes (responsabilidad vicaria), sino debido a que el beneficio por la falsificación y/o inexactitud incurrida recae directamente sobre aquél**. Bajo ese contexto, para analizar la responsabilidad administrativa por la infracción tipificada de presentación de documentos falsos y/o información inexacta, no resulta trascendente analizar la autoría, la tramitación, la gestión para su obtención, la elaboración del documento, u otras conductas activas u omisivas, pues basta con la constatación del hecho descrito para que se configure la infracción referida, lo que **se produce con la presentación ante la Entidad del documento cuestionado**. Siendo así, toda vez que la atribución de responsabilidad por la comisión de la infracción, es **objetiva**, pues se produce con la sola presentación ante la Entidad del documento cuestionado, no pueden discutirse otros elementos adicionales para su configuración, como es el caso de la intencionalidad y culpabilidad, aspectos que fueron considerados para la graduación de la sanción y que no pueden ser considerados para determinar la configuración de la infracción administrativa; lo contrario, sería afectar a los principios de tipicidad y legalidad que ordenan la potestad sancionadora de este Colegiado, pues, como se ha referido, estos tipos infractores no cuentan, dentro de su estruc-

tura, con elementos subjetivos que hagan alusión al dolo o la culpa del infractor. (Resolución N.º 2284-2016-TCE-S1, de 23-09-2016, f. 11. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2XevLlx>).

§ 899. Acreditar la falsedad del documento presentado o la inexactitud de la declaración formulada, independientemente de quien haya sido el autor o las circunstancias que hayan conducido a su falsificación o inexactitud, es mérito suficiente para imputar la infracción (art. 50.3). 9. [La] infracción referida a la presentación de documentos inexactos se configura con la presentación de declaraciones o manifestaciones que no sean concordantes con la realidad, produciéndose una alteración de ella, con infracción del *Principio de Moralidad* y del *Principio de Presunción de Veracidad* que las amparan [...]. 10. En atención a los criterios recogidos por el Tribunal en anteriores oportunidades, para que la infracción imputada se configure constituye mérito suficiente acreditar la falsedad del documento presentado o la inexactitud de la declaración formulada, independientemente de quién haya sido su autor o de las circunstancias que hayan conducido a su falsificación o inexactitud, en salvaguarda del Principio de Moralidad que debe regir las contrataciones estatales y que, a su vez, forma parte del bien jurídico tutelado de la fe pública. Asimismo, es objeto de protección de la norma antes citada el Principio de Presunción de Veracidad, por el cual se presume que los documentos y declaraciones formuladas por los administrados en la tramitación de procedimientos administrativos responden a la verdad de los hechos que ellos afirman, salvo prueba en contrario [Numeral 1.7 del artículo IV del Título Preliminar y artículo 42 de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General]. (Resolución N.º 476-2010-TC-S1, de 02-03-2010, ff. 9 y 10. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2BJtE6y>).

§ 900. En la infracción de presentar documentos falsos o información inexacta, para determinar la responsabilidad administrativa, no es necesario realizar un juicio de valor sobre la falsificación o adulteración del mismo (art. 50.3). 30. [...] [Es] preciso indicar que, en la medida que los tipos infractores que estuvieron previstos en el literal j) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley [cfr. art. 50.1.j de la Ley vigente], señalan que la acción que dará lugar a la configuración de la infracción es la “**presentación**” del documento falso y/o con información inexacta, corresponde a quien detenta la potestad sancionadora del Estado, en este caso, al Tribunal, corroborar que ello haya sucedido en el plano fáctico, a efectos de que se cumpla uno de los presupuestos en la infracción que es materia de pronunciamiento. Asimismo, es oportuno precisar que la determinación de la responsabilidad administrativa, por el hecho objetivo de la presentación de un documento, no implica un juicio de valor sobre la falsificación o adulteración del mismo, debido a que la norma administrativa sólo sanciona la presentación en sí del documento, sin indagar sobre la autoría de la falsificación, posesión, importancia, relevancia, y/o pertenencia del documento falso, obligando a los proveedores, postores y contratistas a ser diligentes en cuanto a la veracidad de los documentos presentados. Por ello, todo proveedor es responsable de la veracidad de los documentos que presenta, así hayan sido tramitados por sí mismo o por un tercero, por cuanto la conducta activa, materia de infracción es la de presentar los documentos cuestionados ante una Entidad, el Tribunal o al OSCE, y no otras conductas activas u omisivas, como elaborar, falsificar, adulterar, confeccionar, preparar, gestionar, obtener, producir, proporcionar dichos documentos o la información cuestionada, o participar o no en la preparación o confección de la propuesta u oferta presentada, entre otros. Al respecto, cabe señalar que, en virtud de los principios de tipicidad y legalidad, recogidos por el artículo 246 del TUO de la LPAG, para efectos de la configuración de las infracciones materia de análisis, este Tribunal no puede incorporar estas otras conductas activas u omisivas, distintas de la presentación de los documentos o la información cuestionadas ante una Entidad, el Tribunal o el OSCE. [...]. (Resolución N.º 1633-2017-TCE-S4, de 02-08-2017, f. 30. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Q0etho>).

§ 901. Para la configuración de la infracción [presentación de documentos falsos o inexactos] basta medir la responsabilidad objetiva del infractor (art. 50.3). 2. El supuesto de hecho contenido en el tipo glosado está referido a la sola presentación de documentos falsos o inexactos, de modo que para que la conducta infractora se configure, únicamente se requiere acreditar que los documentos presentados sean efectivamente discordantes con la realidad, independientemente de quién haya sido su autor o

de las circunstancias que lo hayan generado. 3. Aunado a ello, conforme a lo establecido por este Tribunal en sendas Resoluciones, para la configuración del supuesto de hecho del tipo legal que contendría la infracción invocada, se requiere previamente acreditar la falsedad del documento cuestionado, es decir, que este no haya sido expedido por el órgano emisor correspondiente o que siendo válidamente expedido, haya sido adulterado en su contenido. Por otro lado, la infracción referida a información inexacta se configura con la presentación de manifestaciones no concordantes con la realidad; es decir, cuando se produzca una incongruencia entre los hechos alegados y la realidad, transgrediendo de esta manera los principios de Moralidad y Presunción de Veracidad [...]. 4. En ese sentido, para la configuración de dicha infracción basta medir la responsabilidad objetiva del infractor, sin que resulte relevante tomar en cuenta factores como la intencionalidad, diligencia debida o el daño causado, los cuales podrán entrar a tallar únicamente al momento de graduar la sanción. (Resolución N.º 1438-2007-TC-S3, de 21-09-2007, ff. 2 al 4. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2FL7Meo>).

§ 902. El tipo administrativo se circunscribe a sancionar la simple presentación de documento falso ante una Entidad Pública sin la necesidad que medie dolo o culpa del autor (art. 50.3). 7. [...] [D]ebe observarse que la sanción administrativa [presentación de documento falso o inexacto ante una Entidad] [...] difiere del tipo penal establecido en los Delitos contra la Fe Pública, el mismo que exige dolo e intencionalidad delictiva. En cambio, el tipo administrativo se circunscribe a sancionar la simple presentación de documento falso ante una Entidad Pública, con independencia de la persona directamente responsable de su elaboración. Se sanciona en ese sentido, la falta de diligencia del Postor por no verificar suficientemente la documentación que incorpora a su propuesta, así como la afectación del principio de Presunción de Veracidad, conforme a ello, siendo que tal presunción es la base del derecho administrativo contemporáneo. Por otro lado, cabe señalar que las normas legales vinculadas con los procesos de selección no han establecido que para que se configuren las infracciones deba mediar dolo o culpa en los infractores. Tal surge del hecho de que la intencionalidad del autor no ha sido establecida en el Reglamento como una condición para la configuración de la infracción sino como criterio para la graduación de la sanción. (Resolución N.º 1158-2005-TC-SU, de 01-12-2005, ff. 7 y 8. Sala Única. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2E4JUPN>).

NUMERAL 50.4

§ 903. Se aplican las disposiciones sancionadoras vigentes al momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables por haber eliminado el tipo infractor o por contemplar una sanción menos severa (art. 50.4). 19. Al respecto, es necesario tener en consideración que el numeral 5 del artículo 246 del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General [...] contempla el principio de irretroactividad, según el cual: 'Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.' si, tenemos que, en procedimientos administrativos sancionadores, como regla general, la norma aplicable es aquella que se encontraba vigente al momento de la comisión de la infracción. Sin embargo, como excepción se admite que, si con posterioridad a la comisión de la infracción, entra en vigencia una nueva norma que resulta más beneficiosa para el administrado, sea porque con la misma se ha eliminado el tipo infractor o porque conservándose éste, se contempla ahora una sanción de naturaleza menos severa, resultará ésta aplicable. (Resolución N.º 1633-2017-TCE-S4, de 02-08-2017, f. 19. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Q0etho>).

NUMERAL 50.4.A

§ 904. La resolución que imponga la multa debe establecer como medida cautelar la suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento de selección. Tal suspensión no se

considera para el cómputo del plazo de inhabilitación (art. 50.4.a). 16. Ahora bien, cabe señalar que, para la infracción cometida por el Adjudicatario, la Ley ha previsto una sanción administrativa de inhabilitación temporal para participar en procesos de selección y contratar con el Estado por un periodo no menor de seis (6) meses ni mayor de tres (3) años. No obstante lo señalado, cabe anotar que el 9 de enero de 2016 entró en vigencia la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en adelante **la nueva Ley**, cuyo literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 establece como infracción aplicable a la conducta imputada en el presente caso al Adjudicatario, la siguiente: “**Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas.** 50.1 *El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas y en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente ley, cuando incurran en las siguientes infracciones:* b) Incumplir injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato o de formalizar Acuerdos Marco (...)” (el subrayado es nuestro). Por su parte, el literal a) del numeral 50.2 del referido artículo 50 de la nueva Ley dispone que, ante la citada infracción, la sanción que corresponde aplicar es una multa, entendida como la obligación pecuniaria generada para el infractor de pagar un monto económico no menor del cinco por ciento (5%) ni mayor al quince por ciento (15%) de la propuesta económica o del contrato, según corresponda, en favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). La misma norma precisa que la resolución que imponga la multa debe establecer como medida cautelar la suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, en tanto no sea pagada por el infractor, por un plazo no mayor a dieciocho (18) meses. El periodo de suspensión dispuesto por la medida cautelar a que se hace referencia, no se considera para el cómputo de la inhabilitación definitiva. (Resolución N.º 0266-2016-TCE-S1, de 02-03-2016, f. 16. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2zZ0XAN>).

NUMERAL 50.4.B

§ 905. **La sanción administrativa de inhabilitación definitiva supone la privación permanente en los derechos del infractor para participar en procesos de selección y contratar con el Estado (art. 50.4.b).** 8. [Considerando] que la sanción administrativa de inhabilitación definitiva supone la privación permanente en los derechos del infractor para participar en procesos de selección y contratar con el Estado, carece de sentido, en caso llegue a determinarse una nueva responsabilidad, imponer al Contratista una sanción adicional de la misma naturaleza. [...]. 11. En ese sentido, considerando que sobre el Contratista ha recaído la sanción administrativa de inhabilitación definitiva, habiendo éste perdido su condición de postor y/o contratista conforme se advierte, de la Resolución 893.2015-TC-S1 de fecha 15 de abril de 15, carece de objeto el análisis y posterior pronunciamiento que pudiera efectuar el Tribunal sobre la configuración de la infracción denunciada en el presente caso, debiendo disponerse el archivamiento del presente expediente administrativo. (Resolución N.º 0197-2017-TCE-S3, de 15-02-2017, ff. 8 y 11. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2GVor0o>).

§ 906. **La inhabilitación temporal prevista en la normativa de contrataciones con el Estado sólo impide que este pueda vender u ofertar bienes, servicios u obras a las entidades del Estado, sin hacer extensivo sus efectos a otros tipos de contratos que se pueden suscribir con el Estado. La contratación de personal se encuentra sujeta a un marco regulatorio específico, el cual puede establecer impedimentos que se remitan a las disposiciones de la normativa de contrataciones con el Estado (art. 50.4.b).** CONSULTA: “En el numeral 50.2 del artículo 50º de la Ley de Contrataciones con el Estado [cfr. art. 50.4 de la Ley vigente], se señala que “Las sanciones que aplica el Tribunal de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales por la misma infracción, son (...) b) Inhabilitación temporal [...] ¿Esta privación solo extiende sus alcances al derecho de una persona de contratar con el Estado en el marco de procedimientos de selección, o esta prohibición alcanza a otros tipos de contratación con el Estado, como una contratación de naturaleza laboral?” [...] 2.2. [...] Como se puede advertir, la sanción de inhabilitación (temporal o definitiva) que impone el Tribunal de Contrataciones del Estado a un determinado proveedor (persona natural o jurídica), impide que éste participe en procedimientos

de selección y/o contrato con el Estado. De este modo, se le restringe el acceso al mercado de compras públicas evitando que le pueda vender u ofertar bienes, servicios y obras a las entidades del Estado. 2.3. Ahora bien, tal como se señaló previamente, la contratación de personal (trabajadores, empleados, servidores y funcionarios públicos) se encuentra sujeta a un marco regulatorio específico; en esa medida, la normativa especial de la materia puede establecer sus propias restricciones o impedimentos aplicables a las contrataciones realizadas bajo su ámbito, las cuales podrían remitirse a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado. [...] (Opinión N.º 026-2017/DTN, de 31-01-2017, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FWKrrHH>).

§ 907. Si antes del vencimiento del plazo para suscribir el contrato, se impone una sanción administrativa de inhabilitación para participar en un procedimiento de selección y contratar con el Estado al postor ganador del proceso de selección, ello se configura como una causa justificada para no suscribir el contrato (art. 50.4.b). 18. Ante ello, revisada la base de datos del Registro de Inhabilitados para Contratar con el Estado del Registro Nacional de Proveedores, se aprecia que mediante Resolución N.º 317-2016-TCE-S4 [§ 1841] del 15 de marzo de 2016, el Tribunal impuso sanción administrativa al Adjudicatario por un periodo de doce (12) meses de inhabilitación temporal para participar en procedimiento de selección y contratar con el Estado. Asimismo, se aprecia que la referida sanción entró en vigencia el 23 de marzo de 2016 y culminará el 23 de marzo del 2017. 19. En ese sentido, se ha acreditado que, a partir del 23 de marzo de 2016, el Adjudicatario se encontraba impedido para contratar con el Estado, impedimento que se produjo con posterioridad a la presentación de ofertas (8 de marzo de 2016) y antes del vencimiento del plazo para suscribir el contrato (1 de abril de 2016). Cabe indicar que dicha sanción de inhabilitación se encontraba vigente durante el período en el cual correspondía suscribir el contrato con la Entidad. 20. En tal sentido, si bien en el presente caso se advierte que el Adjudicatario no suscribió el contrato; debe tenerse presente que dicho incumplimiento obedeció a una causa justificada, toda vez que estaba jurídicamente impedido de suscribir el contrato con la Entidad debido a que la sanción administrativa impuesta por el Tribunal entró en vigencia desde el 23 de marzo de 2016 hasta el 23 de marzo de 2017. [...] (Resolución N.º 3012-2016-TCE-S3, de 23-12-2016, ff. 18 al 20. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2QNeEtK>).

§ 908. Si un postor suscribe un contrato con la Entidad, en virtud de que se encontraba vigente una medida cautelar que disponía la suspensión de la sanción de inhabilitación, y luego esta es revocada por irregular, no se configura infracción (art. 50.4.b). 18. [...] [Este] Colegiado advierte que al 5 de junio de 2015 se encontraba vigente una segunda medida cautelar otorgada a favor de la empresa [...] (entre otros proveedores), a partir de lo cual es correcto afirmar que la referida empresa no se encontraba a esa fecha con sanción vigente de inhabilitación en su derecho de contratar con el Estado; por lo que al haber suscrito el contrato derivado del proceso de elección el 5 de junio de 2015, dicha conducta no configura la infracción prevista en el literal d) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley [cfr. art. 50.1 de la Ley vigente], al no contar alguno de los impedimentos para contratar con el Estado [...]. 19. No obstante ello, este Colegiado no puede soslayar el carácter irregular de la emisión de la segunda medida cautelar citada, y que, precisamente, ha tenido incidencia en el presente procedimiento administrativo, toda vez que se ha evidenciado la vigencia de dos medidas cautelares emitidas por el mismo juzgado y con el mismo contenido. [...] 21. Por tanto, este Colegiado concluye que a la fecha de suscripción del contrato derivado del proceso de selección, se encontraba vigente y notificada al OSCE, una medida cautelar que -aunque irregular en su emisión- suspendía los efectos de la sanción impuesta por el Tribunal a [los] [...], integrantes del Consorcio, mediante la Resolución N.º 2291-2010-TC-S4; en consecuencia, a dicha fecha no contaba con algún impedimento para contratar con el Estado. (Resolución N.º 1753-2016-TCE-S4, de 01-08-2016, ff. 18, 19 y 21. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2zYB6cT>).

§ 909. La prórroga de un contrato de arrendamiento no constituye un nuevo contrato. No existe en la actual normativa impedimento para que se prorrogue un contrato de arrendamiento cuando el contratista ha sido inhabilitado de manera sobreviniente a la celebración del contrato (art. 50.4.b). Véase la jurisprudencia del artículo 142º del Nuevo Reglamento [§ 1667]. (Opinión

N.º 058-2017/DTN, de 23-02-2017, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BRXAxE>).

NUMERAL 50.4.C

§ 910. Si el contratista se encuentra con inhabilitación definitiva y permanente en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, carece de objeto pronunciarse en un nuevo proceso administrativo sancionador seguido en su contra (art. 50.4.c). 8. Asimismo, cabe traer a colación lo establecido en el artículo 186.2 de la LPAG, cuyo tenor señala lo siguiente: “(...) Artículo 186.- Fin del procedimiento (...) 186.2 También pondrá fin al procedimiento la resolución que así lo declare por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo. De lo anterior, como puede apreciarse, la LPAG contempla como supuesto que da fin al procedimiento administrativo, la resolución que así lo declare por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo. En el presente caso, es imposible continuar con el trámite del procedimiento administrativo sancionador iniciado contra el Contratista, toda vez que este cuenta con **inhabilitación definitiva** en sus derechos de participar en los procesos de selección y contratar con el Estado, en mérito a las resoluciones señaladas en el fundamento 2 de la presente cuestión previa. En tal sentido, en vista que el Contratista se encuentra con inhabilitación definitiva y permanente en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, carece de objeto pronunciarse respecto de la materia controvertida, por lo que debe archivar el presente expediente. 9. Atendiendo a lo indicado, y considerando que la sanción administrativa de inhabilitación definitiva supone la **privación permanente** en los derechos del infractor para participar en procesos de selección y contratar con el Estado, carece de sentido, en caso llegue a determinarse una nueva responsabilidad, imponer a la mencionada empresa una sanción adicional de la misma naturaleza. En consecuencia, resulta irrelevante el análisis y posterior pronunciamiento que pudiera efectuar el Tribunal sobre la configuración de la infracción denunciada en el presente caso, sin perjuicio de lo expuesto en el considerando precedente, cabe destacar que la Entidad se encuentra plenamente facultada para adoptar las acciones legales que estime por conveniente en salvaguarda de sus intereses. (Resolución N.º 1578-2016-TCE-S1, de 12-07-2016, ff. 8 y 9. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2PwNvi7>).

NUMERAL 50.5

§ 911. La sanción con inhabilitación temporal interpuesta a los miembros de un consorcio, no los exime de cumplir con las obligaciones que provengan de contratos ya suscritos a la fecha en que la sanción queda firme (art. 50.5). CONSULTA: “(...) con fecha 17.04.2018, se suscribió contrato con el consorcio (...) integrado por tres empresas (...), después de la firma del contrato, dos integrantes del consorcio (...), fueron sancionados con inhabilitación temporal por el Tribunal de Contrataciones del Estado (TCE), uno (...), desde el 18.05.2018 hasta el 18.05.2019; y el otro (...), desde el 30.05.2018 hasta el 30.12.2018; es decir las sanciones fueron aplicadas después de 31 y 44 días respectivamente de haberse firmado el contrato. Ante esto; ¿Puede dicho consorcio dar inicio a la ejecución de la obra, sabiendo que fue sancionado con inhabilitación Temporal, con posterioridad a la firma del contrato?” 2.3. [...] Respecto a la participación en consorcio, debe indicarse que la Directiva N.º 006-2017-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (D-018)] “Participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado” (en adelante, la “Directiva”) establece, entre otros aspectos, que los integrantes del consorcio **no deben encontrarse impedidos, suspendidos ni inhabilitados para contratar con el Estado.** [...] 2.4. Ahora bien, el último párrafo del numeral 50.2 del artículo 50 de la Ley -que contiene el régimen de infracciones y sanciones-, establece que “La inhabilitación o multa que se imponga no exime de la **obligación de cumplir con los contratos ya suscritos a la fecha en que la sanción queda firme.**” (El resaltado es agregado). En tal sentido, en los contratos suscritos con anterioridad a la fecha en que la sanción a los contratistas quedó firme, se mantiene vigente la obligación de cumplir con las prestaciones contenidas en los referidos contratos. (Opinión N.º 141-2018/DTN, de 07-09-2018, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TRrKfF>).

NUMERAL 50.6

§ 912. La extinción de una sociedad que se encuentra incurso en un procedimiento sancionador por habersele imputado la comisión de alguna de las infracciones previstas en la Ley, constituye una causa sobreviniente que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento sancionador (art. 50.6). CONSULTA: 2.1. “¿Qué sucede en el caso una empresa que absorbió a otra durante un procedimiento sancionador y antes que se impusiera sanción firme a la empresa absorbida, podría la empresa absorbente solicitar la exclusión del Registro de Inhabilitados para contratar con el Estado de la empresa absorbida, considerando que no debió sancionarse a esta última y ordenarse su inclusión en el Registro de Inhabilitados para contratar con el Estado, ya que al momento de la imposición de la sanción ésta empresa ya no existía, de conformidad con el artículo 344° de la Ley General de Sociedades? ¿No correspondería excluir del Registro de Inhabilitados a aquella empresa absorbida?”. [...] 2.1.3. [...] cabe anotar que la extinción de una sociedad que se encuentra incurso en un procedimiento sancionador por habersele imputado la comisión de alguna de las infracciones previstas en [...] la Ley constituye una causa sobreviniente que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento sancionador, ello toda vez que es imposible sancionar a una persona que ha dejado de existir. Por tanto, ante esta situación, el Tribunal de Contrataciones del Estado debe emitir una resolución que ponga fin al procedimiento sancionador. 2.1.5. [En] el supuesto que el Tribunal emita una resolución sancionando a una sociedad cuya extinción hubiese quedado inscrita en los Registros Públicos con anterioridad a la notificación de dicha resolución, corresponde solicitar su nulidad o cuestionarla ante las instancias correspondientes, a fin de que la sanción quede sin efecto, solo así el OSCE podrá excluir al proveedor del Registro de Inhabilitados para Contratar con el Estado. En caso contrario, solo procederá dicha exclusión cuando se haya cumplido la sanción. (Opinión N.º 043-2016/DTN, de 11-03-2016, ff. 2.1, 2.1.3 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RDDu2L>).

§ 913. Ante la falta de pruebas suficientes para determinar de forma indubitable la comisión de una infracción y la responsabilidad en el supuesto de hecho, se aplica el principio de *in dubio pro reo* (art. 50.6). 53. Conforme a la información obrante en el expediente administrativo, y considerando que no se ha podido practicar la pericia grafotécnica sobre los referidos anexos, púes este Tribunal no cuenta con los documentos originales debido a que el Décimo Tercer Juzgado Especializado en lo Penal de Lima no los ha remitido, pese a habersele requerido de manera formal, este Colegiado se encuentra materialmente imposibilitado de actuar medio probatorio adicional que permita determinar que las firmas atribuidas al señor MABQ se encuentran adulteradas, no pudiendo atender el mandato judicial. 54. De acuerdo a lo expuesto, este Colegiado considera importante recordar que, para establecer la responsabilidad de un administrado, se debe contar con todas las pruebas suficientes para determinar de forma indubitable la comisión de la infracción y la responsabilidad en el supuesto de hecho, que produzca convicción suficiente más allá de la duda razonable, y se logre desvirtuar la presunción de veracidad que lo protege. Ellos significa que en caso de duda sobre la responsabilidad administrativa del Adjudicatario, deberá prevalecer el principio *indubio pro reo*, aplicable también al derecho administrativo sancionador, por el cual según Ossa Arbelaez: “Cuando la prueba, válidamente ingresada al expediente administrativo, se torna insuficiente y el operador jurídico no puede eliminar su cortedad, llegando a la conclusión de que no hay elementos de juicio serios e indispensables para predicar la autoridad de la infracción en el investigado, entra en acción el *in dubio pro-reo*”. (Resolución N.º 1619-2017-TCE-S1, de 31-07-2017, ff. 53 y 54. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2QUmJN2>).

REMISIÓN

§ 915. Sobre las sanciones a consorcios. Véase también la jurisprudencia del artículo 258° del Nuevo Reglamento [§ 2118 ss.].

NUMERAL 50.7

§ 916. Las infracciones están sujetas a plazo de prescripción. La existencia de un término prescriptorio obliga a la Administración a actuar de manera eficiente (art. 50.7). 16. Debe tenerse

en cuenta que la prescripción es una institución jurídica en virtud de la cual el transcurso del tiempo genera ciertos efectos respecto de los derechos o facultades de las personas o en cuanto al ejercicio de facultades de parte de la Administración Pública, como el ejercicio de su facultad punitiva que tiene efectos respecto de los particulares. Los administrados inmersos en un procedimiento administrativo sancionador pueden hacer uso de la prescripción como un medio de defensa, de modo tal que la administración no los mantenga de una manera indefinida en una situación de indeterminación en cuanto a la calificación de sus conductas cuestionadas; por ello, la existencia de un término prescriptorio obliga a la Administración a actuar de manera eficiente, a fin de evitar que dicho plazo transcurra sin haber ejercido su facultad punitiva. (Resolución N.º 1396-2017-TCE-S1, de 03-07-2017, f. 16. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2BhEPmY>).

§ 917. El plazo de prescripción de la infracción sólo se interrumpe con el inicio del procedimiento sancionador (art. 50.7). 11. Cabe resaltar que el numeral 2 del artículo 250 del TUO de la LPAG, señala que el plazo de prescripción sólo se interrumpe con el inicio del procedimiento sancionador, y el numeral 3 del artículo 253 de la citada normativa, establece que decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos pertinentes para que aquel presente sus descargos; dicho acto se efectuó mediante las Cédulas de notificación N.º 12934-2017-TCE y N.º 12935-2017-TCE. (Resolución N.º 1576-2017-TCE-S3, de 24-07-2017, f. 11. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2RYOmD>).

NUMERAL 50.8

§ 918. El TCE tiene la competencia para conocer el pronunciamiento arbitral y ponderar formándose autónomamente convicción sobre los hechos que resulten trascendentes para emitir pronunciamiento definitivo sobre el recurso interpuesto (art. 50.8). 15. [...] [O]bra en el expediente el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral, del cual se aprecia que, las penalidades que impuso [la Entidad] al Proveedor en la ejecución del Contrato [...], fueron sometidas a arbitraje. Así considerando los argumentos expuestos en el recurso de reconsideración (en el que el recurrente niega haber conocido la aplicación de penalidades en la ejecución del Contrato [...]), y en vista de que no se cuenta con documentación que acredite la oportunidad y medio a través del cual [la Entidad] habría puesto en conocimiento de dicha empresa, o a través del cual debió conocer la decisión arbitral definitiva (laudo) que se emita en el proceso arbitral antes mencionado, además de conocer también las actuaciones probatorias que ocurran durante su tramitación, dejándose claramente establecido que este tribunal cuenta con competencia propia y original para, sin perjuicio de ponderar lo que decía el tribunal Arbitral en la controversia de carácter contractual entre el proveedor y el [la Entidad], formarse autónomamente convicción sobre los hechos que resulten trascendentes para emitir pronunciamiento definitivo sobre el recurso interpuesto y, por ende, para decidir en forma definitiva si amerita imponer sanción al Proveedor o que existen elementos que impiden su configuración o atenúan su eventual responsabilidad. **16.** En ese sentido, si bien, por las razones ya expuestas, no corresponde ejecutar lo dispuesto por el Tribunal Arbitral en su Resolución N.º 4 del 8 de mayo de 2017 ello no impide que, de forma autónoma, la Sala haya advertido la pertinencia de suspender el procedimiento sancionador, a fin de contar con mayores elementos de juicio para emitir pronunciamiento definitivo sobre el recurso interpuesto, lo que en el presente caso permitirá ponderar tanto la decisión arbitral definitiva respecto de la controversia entre el Proveedor y el MINEDU sobre las penalidades antes referidas, así como también sobre los medios probatorios que se aporten en dicho proceso arbitral. (Resolución N.º 1048-2017-TCE-S4, de 16-05-2017, ff. 15 y 16. Cuarto Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Us5CV2>).

§ 919. Si bien la decisión de la Entidad de resolver el contrato es materia de discusión en la vía arbitral, ello no impide que el Tribunal de Contrataciones del Estado determine la configuración de la responsabilidad administrativa de los proveedores, postores y contratista (art. 50.8). 16. Sin perjuicio de lo expuesto, esta Sala considera relevante traer a colación que mediante el escrito presentado el 13 de julio de 2017, la Proveedora alegó que el pronunciamiento del Colegiado declarado en

la Resolución N.º 1351-2017-TCE-S1 del 23 de junio de 2017, implicaría una “sustitución” de las facultades del Tribunal Arbitral, en la medida que el Colegiado “debe esperar” la emisión del laudo a fin de resolver el presente procedimiento. Al respecto, resulta pertinente señalar que si bien la decisión de la Entidad de resolver el Contrato será discutida en el respectivo procedimiento arbitral, ello no enerva la potestad que por Ley ha sido atribuida a este Tribunal de determinar la configuración de responsabilidad administrativa a proveedores, postores y contratista, lo cual no es objeto de discusión en el arbitraje. En ese sentido, la suspensión del procedimiento administrativo sancionador se sustenta en la importancia que adquiere, en el presente caso, para la Sala, obtener un pronunciamiento final en el procedimiento arbitral que será valorado, en su oportunidad, en la instancia administrativa. Por tal motivo, es preciso señalar que el hecho referido a que el Tribunal resuelva el procedimiento incluso de forma previa a la expedición de un laudo arbitral no constituye una “sustitución” de facultades, en la medida que el pronunciamiento final que se obtenga en el arbitraje constituye un elemento a valorar en un procedimiento administrativo sancionador, pero no es prueba plena o condición necesaria para la existencia o no de responsabilidad administrativa. (Resolución N.º 1618-2017-TCE-S1, de 31-07-2017, f. 16. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2FqikjN>).

§ 920. Si en un proceso arbitral se declara la nulidad de la resolución contractual declarada por la Entidad, no se puede concluir que el contratista ha incurrido en la causal de infracción imputada en su contra (art. 50.8). 26. Al respecto, es menester indicar que el numeral 4 del Acuerdo de Sala Plena N.º 006-2012 [§ 1831] “Procedimiento de resolución contractual por incumplimiento del contratista como condición necesaria para la imposición de sanción”, dispone lo siguiente: “(...) 4. *En el procedimiento sancionador corresponde evaluar la decisión de la Entidad de resolver el contrato, constituyendo un elemento necesario para imponer la sanción, verificar que esa decisión ha quedado consentida, por no haberse iniciado los procedimientos de solución de controversia conforme a lo previsto en la Ley v su Reglamento. De haberse iniciado una conciliación o un procedimiento arbitral un requisito para la imposición de la sanción es que haya un acta de conciliación o un laudo arbitral que confirme la resolución contractual declarada por la Entidad*, en caso contrario, un acta o constancia emitida por el conciliador en el que conste que no hubo acuerdo sobre esta decisión o una resolución que declare el archivamiento definitivo del proceso arbitral”. (El resaltado y subrayado es agregado). De esa forma, el Acuerdo precedente, dispone que de haberse iniciado una conciliación o un proceso arbitral, un requisito para la imposición de sanción (previa verificación de la responsabilidad administrativa), es que exista un acta de conciliación o un laudo arbitral que confirme la resolución contractual declarada por la Entidad. En ese sentido, dado que de los actuados, se aprecia que el Laudo Arbitral emitido por la materia controvertida generada por la resolución del Contrato, ha declarado nulo dicho acto, este Colegiado no puede concluir que la Contratista ha incurrido en la causal de infracción imputada en su contra, *máxime* si el referido Laudo dispuso que la Entidad cumpla con emitir la conformidad respecto de la entrega del primer y segundo informe Preliminar, y pagar a la Contratista respecto de la entrega del primera y segundo informe Preliminar, y pagar a la contratista la suma de S/ 36,000.00 nuevos soles, por la ejecución del contrato. (Resolución N.º 2167-2016-TCE-S2, de 09-09-2016, f. 26. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2RWt8rb>).

§ 921. Hay responsabilidad administrativa del contratista, debido a que la resolución del contrato quedó consentida por no haber iniciado los procedimientos de solución de controversias como la conciliación o el arbitraje en el plazo legal establecido (art. 50.8). 21. [...] [El contratista] alegó que la Entidad no cumplió con el procedimiento establecido para resolver el contrato de concesión, toda vez que, a su entender, en una resolución de pleno derecho se le debía requerir previamente el pago de las tasas y otorgarle un plazo para dicho efecto; no obstante, en la práctica, se aplicó una cláusula resolutoria expresa, en inobservancia de su derecho de defensa y el debido procedimiento. A su parecer, la resolución del contrato de concesión debe declararse nula, en la medida que contraviene lo dispuesto en la Constitución, las leyes y las normas reglamentarias y afectó la seguridad jurídica, los principios de buena fe, confianza y predictibilidad. Agregó que aun cuando existió un retraso en el pago de las tasas en los años 2008 y 2009, éstas fueron pagadas el 14 de julio y el 1 de agosto de 2011, respectivamente.

[...] Según se aprecia, los argumentos del Contratista se contraponen con lo alegado por la Entidad; no obstante, resulta pertinente señalar que si aquél consideraba que la resolución del Contrato no le era imputable, debió someter dicha controversia a los mecanismos de solución de conflictos, consistentes en los procesos de conciliación o arbitraje, dentro del plazo legal establecido en la normativa que rige la materia para dicho efecto, en la medida que dichos fueros tienen legitimidad y autonomía, tanto legal como fáctica, para dilucidar los asuntos de fondo que, entre otras controversias, derivan de la resolución del Contrato. [...] **22.** Por lo tanto, dada la concurrencia de todos los elementos del tipo infractor, el Tribunal considera que el Contratista ha incurrido en responsabilidad administrativa, por la comisión de la infracción tipificada en el literal e) del numeral 50.1 del artículo 50 de la nueva Ley, razón por la cual corresponde imponerle una sanción administrativa. (Resolución N.º 1351-2017-TCE-S1, de 23-06-2017, ff. 21 y 22. Primera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Qlx2Oc>).

NUMERAL 50.10

§ 922. **Criterios de graduación para aplicar las sanciones (art. 50.10).** Véase la jurisprudencia del artículo 264º del Nuevo Reglamento [§ 2160]. (Resolución N.º 3004-2016-TCE-S3, de 22-12-2016, f. 32. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2TfXEhv>).

REMISIÓN

§ 923. **Sobre la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones.** Véase también la jurisprudencia de los artículos 257º ss. del Nuevo Reglamento [§ 2087 ss.].

TÍTULO VII

ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

Artículo 51: Definición

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público, que constituye pliego presupuestal y goza de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera.

Cuenta con un órgano de defensa jurídica, sin perjuicio de la defensa coadyuvante de la Procuraduría Pública del Ministerio de Economía y Finanzas, en el marco de las normas que rigen el Sistema de Defensa Jurídica del Estado. ^(a)

(Texto según el artículo 51 de la Ley N.º 30225)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Resolución Ministerial N.º 327-2018-EF-10 (EP, 04.10.2018), Cuadro para Asignación de Personal Provisional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.

Artículo 52: Funciones

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) tiene las siguientes funciones:

a) **Velar y promover que las Entidades realicen contrataciones eficientes, bajo los parámetros de la Ley, su reglamento y normas complementarias, la maximización del valor de los fondos públicos y la gestión por resultados.** ⁽ⁱ⁾

b) **Efectuar acciones de supervisión de oficio, de forma aleatoria y/o selectiva, y a pedido de parte de los procesos de contratación que se realicen al amparo de la presente norma y su Reglamento, y disponer**

la adopción de las medidas que correspondan. Esta facultad también alcanza a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión en lo que corresponde a la configuración del supuesto de exclusión. ⁽ⁱ⁾

c) Suspender procedimientos de selección en los que durante el procesamiento de la acción de supervisión se identifique la necesidad de ejercer acciones coercitivas para impedir que la Entidad continúe con el procedimiento. ⁽ⁱ⁾

d) Poner en conocimiento de la Contraloría General de la República, de manera fundamentada, las trasgresiones observadas en el ejercicio de sus funciones cuando existan indicios razonables de perjuicio económico al Estado o de comisión de delito o de comisión de infracciones graves o muy graves por responsabilidad administrativa funcional de acuerdo al marco legal vigente.

e) Implementar actividades y mecanismos de desarrollo de capacidades y competencias en la gestión de las contrataciones del Estado, así como de difusión en materia de contrataciones del Estado.

f) Emitir directivas, documentos estandarizados y documentos de orientación en materia de su competencia.

g) Resolver los asuntos de su competencia en última instancia administrativa.

h) Administrar y operar el Registro Nacional de Proveedores (RNP).

i) Desarrollar, administrar y operar el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (SEACE).

j) Administrar y operar el Registro Nacional de Árbitros y un Banco de Laudos Arbitrales sobre contratación pública en el que se pueda identificar, árbitros, temas, plazo del proceso, partes, entre otros.

k) Organizar y administrar arbitrajes de acuerdo a lo previsto en el reglamento y de conformidad con la directiva que se apruebe para tal efecto.

l) Designar árbitros y resolver las recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral.

m) Resolver solicitudes de devolución de honorarios de árbitros, conforme a lo señalado en el reglamento.

n) Absolver consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas por las Entidades, así como por el sector privado y la sociedad civil. Las consultas que le efectúen las Entidades son gratuitas.

o) Desconcentrar sus funciones en sus órganos de alcance regional o local de acuerdo a lo que establezca su Reglamento de Organización y Funciones.

p) Las demás que le asigne la normativa". ^{(i) (a) (b)}

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

DESARROLLO NORMATIVO

(i) De conformidad con la segunda disposición complementaria final del Decreto Supremo N.º 350-2015-EF (EP, 10-12-2015), el OSCE adopta las medidas necesarias (según lo dispuesto en los literales a), b) y c) del presente artículo 52) para ejercer la supervisión de las contrataciones, emitiendo resoluciones, pronunciamientos, entre otros; pudiendo requerir para tal efecto, a través del SEACE u otro medio, información y la colaboración de todas las Entidades que correspondan. Lo dispuesto por el OSCE producto de sus acciones de supervisión se notifica a través del SEACE y es de cumplimiento obligatorio. Asimismo, las opiniones mediante las que el OSCE absuelve consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado se publican en el portal institucional del OSCE.

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD, "Bases y solicitud de expresión de interés estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley N.º 30225" (EP, 29-01-2019) [D-001].

(b) Véase la Directiva N.º 013-2016-OSCE/CD, "Procedimiento de expedición de las constancias de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado, capacidad libre de contratación e informativa de no estar inhabilitado o suspendido" (EP, 11-01-2016) [D-013].

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 924. **Finalidad de la normativa de contrataciones (art. 52.a).** 6. Ahora bien, es preciso indicar que el análisis que efectúe este Tribunal debe tener como premisa que la finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra que las Entidades' adquieran bienes, servicios y obras, maximizando el valor de los recursos públicos que se invierten bajo el enfoque de gestión por resultados, de tal manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios regulados en la Ley. Bajo esta premisa, las exigencias de orden formal y sustancial que la normativa prevea o cuya aplicación surja a partir de su interpretación, deben obedecer a la necesidad de asegurar el escenario más idóneo en el que, dentro de un contexto de libre competencia, se equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y se garantice el pleno ejercicio del derecho de las personas naturales y jurídicas para participar como proveedores del Estado. (Resolución N.º 2227-2016-TCE-S4, de 16-09-2016, f. 6. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2IczvXo>).

§ 925. **La finalidad de la normativa de las contrataciones públicas busca maximizar el valor de los recursos públicos invertidos (art. 52.a).** 4. Ahora bien, es preciso también recalcar que el análisis que efectúe este Tribunal debe tener como premisa que la finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra que las Entidades adquieran bienes, servicios y obras, maximizando el valor de los recursos públicos que se invierten bajo el enfoque de gestión por resultados, de tal manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios regulados en la Ley. Bajo esta premisa, las exigencias de orden formal y sustancial que la normativa prevea o cuya aplicación surja a partir de su interpretación, deben obedecer a la necesidad de asegurar el escenario más idóneo en el que, dentro de un contexto de libre competencia, se equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y se garantice el pleno ejercicio del derecho de las personas naturales y jurídicas para participar como proveedores del Estado. [...] (Resolución N.º 2724-2016-TCE-S4, de 16-11-2016, f. 4. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2DiVZly>).

§ 926. **El comité de selección no puede solicitar documentos para la admisión de la oferta durante la evaluación o incorporar requisitos no explícitos en las bases.** 9. [...] [Las] bases estándar correspondiente a la licitación pública para la adquisición de bienes, aprobadas mediante la Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)], aplicables al presente caso, en el extremo referido a la “Documentación de presentación obligatoria” señalan lo siguiente: “El comité de selección debe determinar al elaborar las bases si solo bastará la presentación de una declaración jurada para acreditar el cumplimiento de las Especificaciones Técnicas o de lo contrario, si será necesario que lo declarado se encuentre respaldado con la presentación de algún otro documento” [...]. Asimismo, el modelo del Anexo N.º 3 contemplado en las bases estándar, que ha sido reproducido en las bases del procedimiento de selección, contienen la siguiente anotación: “Adicionalmente, puede requerirse la presentación de documentación que acredite el cumplimiento de las especificaciones técnicas, conforme a lo indicado en el acápite relacionado al contenido de las ofertas de la presente sección de las bases”. [...] 11. [Este] colegiado advierte lo siguiente: [...] En ningún otro literal del acápite “Documentación de presentación obligatoria” se indicó, exigió o solicitó que el postor debía presentar catálogos, folletos u hojas técnicas o cualquier documento del producto ofertado que permita verificar o corroborar las especificaciones técnicas mínimas. [...] Si bien en el numeral 5.2.I “Características técnicas” del capítulo III de las bases se señaló que las especificaciones técnicas precisadas en las bases deberían ser incluidas a la oferta del “contratista”, las bases no determinaron como debían acreditarse tales características técnicas, pues solo se inclinaron a indicar que lo ofertado [entendiéndose los bienes y servicios requeridos] debía encontrarse acorde a lo exigido en las bases [...]. (Resolución N.º 0148-2017-TCE-S1, de 07-02-2017, ff. 9 y 11. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2rYCIFF>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 927. **El Tribunal de Contrataciones es el órgano competente para conocer, evaluar y resolver las solicitudes de aplicación del principio de 'Irretroactividad' a las sanciones administrativas**



impuestas en el marco de sus competencias, incluyendo aquellas sanciones que se encuentran en etapa de ejecución (art. 52.g). CONSULTA: 2.1. “(...) cuál es la vía legal prevista para solicitar al OSCE la aplicación del Principio de Retroactividad Benigna, establecido en el artículo 230° de la Ley N.º 27444 a las sanciones impuestas que ya agotaron la vía administrativa y que se encuentran actualmente en ejecución.”. [...] 2.2. “Quisiéramos que nos indiquen si el Tribunal de Contrataciones del Estado es el órgano encargado de recibir, tramitar y resolver las solicitudes de aplicación del principio de retroactividad benigna a sanciones cuya vía administrativa ya se ha agotado y que se encuentran en actualmente ejecución. En caso el Tribunal de Contrataciones del Estado no sea el órgano indicado para esto, por favor sírvanse indicarnos cuál sería el indicado” [...] 2.3. “Quisiéramos que nos confirmen que el plazo de sanción transcurrido desde que la sanción original entró en vigencia hasta la fecha en que sea reducida en aplicación del Principio de Retroactividad Benigna, se computa como plazo transcurrido del nuevo plazo de sanción. Como consecuencia de lo anterior, por favor sírvanse confirmar que en caso el nuevo plazo de sanción sea igual o menor al tiempo que ya ha transcurrido desde la entrada en vigencia de la sanción original, el órgano competente debe declarar que la 0020sanción ya fue cumplida.”. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. El procedimiento a través del cual se solicita la aplicación del principio de ‘Irretroactividad’ para aquellas sanciones administrativas impuestas por el Tribunal de Contrataciones del Estado a proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas -según corresponda-, se realiza de conformidad con las disposiciones contempladas en la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. 3.2. El Tribunal de Contrataciones del Estado es el órgano competente para conocer, evaluar y resolver las solicitudes de aplicación del principio de ‘Irretroactividad’ a las sanciones administrativas impuestas en el marco de sus competencias, incluyendo aquellas sanciones que se encuentran en etapa de ejecución; ello en virtud a la potestad sancionadora que le ha sido conferida -de manera exclusiva- a través de la normativa de contrataciones del Estado. 3.3. El Tribunal de Contrataciones del Estado al conocer, evaluar y resolver las solicitudes de aplicación del principio de ‘Irretroactividad’, es competente para determinar si, en virtud del plazo transcurrido, debe tenerse por cumplida la sanción impuesta por dicho órgano, según el caso concreto. (Opinión N.º 119-2017/DTN, de 23-05-2017, ff. 2.1, 2.2, 2.3, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KYJ1uW>).

§ 928. Las Opiniones brindadas por la OSCE son de alcance genérico y no están referidas a casos particulares (art. 52.n). 1. Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Supervisor 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 j) del artículo 58 de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 52.n Ley], aprobada mediante Decreto Legislativo N.º 1017 (en adelante, la “Ley”), y la Segunda Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 184-2008-EF (en adelante, el “Reglamento”). (Opinión N.º 042-2015/DTN, de 20-03-2015, f. 1. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ba8Epa>).

§ 929. Las opiniones sólo versan sobre consultas genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado (art. 52.n). 2.1. En primer lugar, debe indicarse que, es función del OSCE absolver las consultas de su competencia; esto es, aquellas consultas genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado; en esa medida, en vía consulta, este Organismo Supervisor no puede pronunciarse si el caso concreto planteado configura o no una transgresión a la normativa de Contrataciones del Estado, pues ello excedería la habilitación establecida en el [...] artículo 52 de la Ley N.º 30225. [...] (Opinión N.º 106-2016/DTN, de 14-07-2016, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DsAT3K>).

§ 930. El TUPA es un instrumento de gestión que no forma parte de la normativa de contrataciones del Estado, motivo por el cual la DTN no puede pronunciarse sobre sus alcances mediante opinión (art. 52.n). 2.1.1. En primer lugar, es importante indicar que, conforme a lo señalado en los antecedentes de la presente opinión, las consultas que absuelve este despacho son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, la misma que está conformada por la

Ley, el Reglamento y las disposiciones de carácter reglamentario emitidas por el OSCE, tales como las Directivas. Al respecto, es preciso anotar que el Texto Único de Procedimientos Administrativos -TUPA del OSCE no forma parte de la normativa de contrataciones del Estado, sino que constituye un documento de gestión que contiene toda la información relativa a los requisitos y procedimientos administrativos que el público usuario debe tener en cuenta para solicitar algún trámite ante el OSCE. En esa medida, se advierte que el análisis de la opinión no puede efectuarse sobre el sentido y alcance del TUPA del OSCE, pues ello excedería las atribuciones conferidas a este despacho a través del literal o) del artículo 52 de la Ley. [...] (Opinión N.º 078-2018/DTN, de 06-06-2018, f. 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KDIL9f>).

§ 931. Las opiniones emitidas por el OSCE deben ser observados por los operadores de la normativa en contrataciones del Estado, al momento de su aplicación (art. 52.n). 2.3. [...] [La] Tercera Disposición Complementaria Final del anterior Reglamento disponía que “Las opiniones mediante las que el OSCE absuelve consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado tienen carácter vinculante desde su publicación en el portal institucional del OSCE. El criterio establecido en la opinión conservará su carácter vinculante mientras no sea modificado mediante otra opinión posterior, debidamente sustentada o por norma legal.” (El subrayado es agregado). Como se aprecia, la anterior normativa de contrataciones del Estado -vigente hasta el 8 de enero de 2016- establecía, de forma expresa, que las opiniones emitidas por el OSCE tenían carácter vinculante mientras no fueran modificadas por otra opinión posterior -debidamente sustentada- o norma legal. **2.4.** [...] [La] normativa de contrataciones del Estado vigente no establece, de forma expresa, que las opiniones emitidas por el OSCE cuentan con carácter vinculante; no obstante, dichas opiniones constituyen documentos en los que el Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública analiza la aplicación de la citada normativa, interpreta sus disposiciones e, incluso, integra las mismas para salvar vacíos o lagunas legales; según corresponda a la formulación de la consulta. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el OSCE, en su calidad de Organismo Técnico Especializado en materia de contratación estatal, tiene asignada la competencia de establecer el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado a través de la emisión de opiniones; en esa medida, ninguna otra entidad de la administración pública puede ejercer dicha función, de conformidad con el Principio de organización e integración [...] (Opinión N.º 211-2017/DTN, de 26-09-2017, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T2PxNM>).

§ 932. Las opiniones emitidas por el OSCE tienen carácter vinculante a menos que se modifiquen por otra opinión. 3. CONCLUSIONES. 3.1. La anterior normativa de contrataciones del Estado -vigente hasta el 8 de enero de 2016- establecía, de forma expresa, que las opiniones emitidas por el OSCE tenían carácter vinculante mientras no fueran modificadas por otra opinión posterior -debidamente sustentada- o norma legal. **3.2.** No resulta necesario que la normativa de contrataciones del Estado -vigente desde el 9 de enero de 2016- establezca de forma expresa que las opiniones emitidas por el OSCE tienen carácter vinculante, puesto que al ser -su emisión- una competencia exclusiva del Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública, los criterios emitidos en dichas opiniones deben ser observados por los operadores de la citada normativa, al momento de su aplicación. (Opinión N.º 211-2017/DTN, de 26-09-2017, ff. 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T2PxNM>).

Artículo 53: Organización y recursos

El Reglamento de Organización y Funciones (ROF) establece la estructura orgánica del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), sus funciones generales y las específicas de sus órganos.

Los recursos del OSCE son los siguientes:

- a) Aquellos asignados por la Ley Anual de Presupuesto del Sector Público.
- b) Los generados por el cobro de tasas.

- c) Los generados por la venta de publicaciones y prestación de servicios.
- d) Los generados por la ejecución de las garantías por la interposición del recurso de apelación.
- e) Los provenientes de la cooperación técnica nacional o internacional; las donaciones, transferencias y otros que se efectúen a su favor de acuerdo con la normativa sobre las materias.
- f) Los provenientes de la imposición de sanciones económicas y penalidades.
- g) Los demás que le asigne la normativa.

La administración y cobranza de los recursos y tributos a que se refieren los literales b), c), d) y f) del presente artículo es competencia del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), para lo cual tiene facultad coactiva.

(Texto según el artículo 53 de la Ley N.º 30225)

OPINIONES DEL OSCE

§ 933. Si se advierte que el resultado de la sumatoria de los parciales obtenidos es inferior al noventa por ciento del valor referencial, el Comité de Selección debía rechazar la oferta económica, teniéndola por no admitida. Si luego de efectuar la corrección de la operación aritmética desarrollada por el postor, el resultado fuera un importe con más de dos decimales, el Comité de Selección debía aumentar en un dígito el valor del segundo decimal a efectos de consignar la oferta económica con dos decimales. CONSULTA: 2.1. “Confirmar que, si de acuerdo a las normas de contratación pública (...) de existir incongruencia entre el monto consignado en la oferta económica (Anexo 5 de las Bases Integradas) y el detalle de los precios o costos unitarios, prevalece la sumatoria de las partidas y subpartidas consignadas en los precios unitarios, teniendo el Comité de Selección la facultad de modificar y corregir la oferta económica?” [...] 2.2. “De ser afirmativa la respuesta, confirmar si el Comité de Selección debe rechazar las ofertas económicas presentadas, aun cuando el importe consignado en el Anexo 5 (oferta económica) coincida con el monto referencial al 90%, cuando de la sumatoria de las partidas y subpartidas de los precios unitarios se evidencia que los montos se encuentran por debajo del 90% del valor referencial?” [...] 2.3. “¿Hasta cuantos decimales deben considerarse en la suma de partidas y subpartidas del detalle de los precios unitarios? ¿Asimismo, resulta lícito o ajustado a Ley efectuar el redondeo de decimales para alcanzar el límite del valor referencial (90%) para el caso de ejecución de obras?” [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. El Comité de Selección debía verificar la operación aritmética empleada para formular la oferta económica en los procedimientos de selección convocados bajo el sistema a precios unitarios, a efectos de corregir dicha operación cuando correspondiera; ahora bien, si se advertía que el resultado de la sumatoria de los parciales obtenidos -luego de multiplicar los precios unitarios propuestos por las cantidades referenciales consignadas en el expediente técnico de obra- era inferior al noventa por ciento (90%) del valor referencial, el Comité de Selección debía rechazar la oferta económica, teniéndola por no admitida. 3.2. Correspondía a la Entidad definir si las partidas o subpartidas constituían subtotaless de la oferta a efectos de que fueran consignadas con dos (2) decimales. 3.3. En aquellos casos en los que -luego de efectuar la corrección de la operación aritmética desarrollada por el postor- el resultado fuera un importe con más de dos decimales, el Comité de Selección debía aumentar en un dígito el valor del segundo decimal a efectos de consignar la oferta económica con dos (2) decimales, tal como lo preveía la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 205-2017/DTN, de 21-09-2017, ff. 2.1, 2.2, 2.3, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QBnT3k>).

§ 934. El vencimiento del plazo de ejecución de la prestación originalmente pactado en el contrato no determina por sí solo la aplicación de la penalidad por mora. Véase la jurisprudencia del artículo 162º del Nuevo Reglamento [§ 1795]. (Opinión N.º 005-2014/DTN, de 03-01-2014, ff. 2.1, 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Hq9h3c>).

Artículo 54: Consejo Directivo y Presidencia Ejecutiva

El Consejo Directivo es el máximo órgano del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Se encuentra integrado por tres (3) miembros designados por un periodo de tres (3) años renovables por un periodo adicional, mediante resolución suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas. El Presidente Ejecutivo del OSCE preside el Consejo Directivo. Los miembros del Consejo Directivo perciben dietas a excepción de su Presidente. Sus funciones se encuentran asignadas en el Reglamento de Organización y Funciones del OSCE.

El Presidente Ejecutivo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) es la máxima autoridad ejecutiva, titular del Pliego y representante legal de la Entidad, es designado mediante resolución suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas; su cargo es remunerado. Sus funciones se encuentran asignadas en el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

(Texto según el artículo 54 de la Ley N.º 30225)

OPINIONES DEL OSCE

§ 935. Reducción de la oferta económica. Formalidad, monto máximo, plazo que se dispone para culminar con todo el trámite y orden que corresponde efectuar. CONSULTA: 2.1. “*En qué momento tanto para acto público o privado (según sea el caso) puede el postor reducir su oferta económica?*”. [...] 2.2. “*¿Cuál es la formalidad a través de la cual la entidad solicitará al postor su posible reducción de oferta económica?*” [...] 2.3. “*¿Cuál es el monto máximo hasta el cual el postor podrá reducir su oferta económica?*” [...] 2.4. “*¿Cuál es la formalidad a través de la cual, el postor hará de conocimiento de la entidad su nueva oferta económica?*”. [...] 2.5. “*¿Cuál es el plazo del que se dispone para culminar con todo el trámite que involucra la reducción de oferta?*”. [...] 2.6. “*¿Cuál es orden que corresponde efectuar: Primero solicitar la ampliación de la certificación presupuestal así como la aprobación del titular de la entidad y segundo solicitar al postor reducir su oferta económica o viceversa?*”. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Con anterioridad al otorgamiento de la buena pro -ya sea que este se realice en acto público o mediante publicación en el SEACE cuando la oferta que haya obtenido el mejor puntaje total supere el valor referencial, pero se encuentre dentro del margen previsto en el artículo 28 de la Ley en el caso de obras y consultoría de obras, el órgano a cargo del procedimiento de selección iniciará el procedimiento descrito en el Reglamento para obtener la certificación presupuestaria suficiente y la aprobación del Titular-previa opinión favorable del área usuaria cuando corresponda-, en caso no tenga éxito, procederá a solicitar al postor la reducción de su oferta, cuando este último no acepte su reducción, procede a rechazarla. 3.2. La notificación realizada por el órgano que se encuentre a cargo del procedimiento, solicitando al postor la reducción de su oferta puede hacerse a través de métodos tradicionales y/o a través de medios electrónicos, siempre que esta circunstancia haya sido prevista en las Bases del procedimiento; precisándose que la normativa de contrataciones con el Estado no ha previsto mayor formalidad para tal fin. 3.3. A efectos de otorgar la buena pro a una oferta que supera el valor referencial, pero que se encuentra dentro del margen previsto en el artículo 28 de la Ley en el caso de obras y consultoría de obras, el órgano a cargo del procedimiento de selección podrá proponer al postor la reducción de su oferta, en dos supuestos: i) Cuando no se cuenta con la asignación suficiente de créditos presupuestarios y el Titular de la Entidad no emite la aprobación, ni se cuente con la opinión favorable del área usuaria cuando corresponda; y, ii) Cuando se cuenta con crédito presupuestario para otorgar la Buena Pro por un importe superior al valor referencial del procedimiento de selección pero inferior al monto ofertado por el postor y además de ello el Titular de la Entidad emite la aprobación y se cuente con la opinión favorable del área usuaria cuando corresponda. En dichos supuestos corresponderá solicitar al postor la reducción de su oferta hasta por un monto igual o menor a la certificación de crédito presupuestario con que se cuente, siempre que el Titular de la Entidad haya emitido su aprobación y se cuente con la opinión favorable del área usuaria cuando corresponda. 3.4. Considerando que la aceptación de reducir



la oferta económica forma parte de la propuesta presentada por el postor, resulta necesario que la manifestación de la misma deba efectuarse de manera expresa por el mismo postor (tratándose de persona natural) o por su representante legal o apoderado designado. **3.5.** El órgano a cargo del procedimiento de selección cuenta con un plazo máximo de hasta cinco (5) días -computado desde la fecha establecida en los documentos del procedimiento para el otorgamiento de la buena pro- para realizar las gestiones correspondientes a dicho procedimiento, bajo responsabilidad, salvo que el postor decida reducir su oferta antes del término de dicho plazo. **3.6.** Para otorgar la buena pro al postor que hubiera obtenido el primer lugar en el orden de prelación con una oferta económica que supere el valor referencial, pero se encuentra dentro del margen previsto en el artículo 28 de la Ley en el caso de obras y consultoría de obras, el órgano a cargo del procedimiento deberá verificar previamente el cumplimiento de dos condiciones de manera concurrente: i) se cuente con la asignación suficiente de créditos presupuestarios; y, ii) se obtenga la aprobación del Titular de la Entidad -previa opinión favorable del área usuaria cuando corresponda-; salvo que el postor que haya obtenido el mejor puntaje total acepte reducir su oferta económica. (Opinión N.º 206-2017/DTN, de 21-09-2017, ff. 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6, 3, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5 y 3.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2GbHRha>).

Artículo 55: Requisitos e impedimentos

Para ser designado miembro del Consejo Directivo o Presidente Ejecutivo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), se requiere:

a) **Contar con reconocida solvencia e idoneidad profesional. Este requisito se acredita demostrando no menos de tres (3) años de experiencia en un cargo de gestión ejecutiva; o, no menos de cinco (5) años de experiencia en temas afines a las materias reguladas en esta norma.**

b) **Contar con título profesional universitario.**

c) **No estar inhabilitado para ejercer la función pública por sentencia judicial o resolución del Congreso de la República; ni estar inmerso en causal de impedimento para el ejercicio de la función pública conforme a la normativa sobre la materia.**

d) **No haber sido declarado insolvente o haber ejercido cargos directos en personas jurídicas declaradas en quiebra, durante por lo menos un (1) año, previo a la declaración.**

e) **No haber sido inhabilitado para contratar con el Estado.**

f) **No tener participación en personas jurídicas que contraten con el Estado.**

(Texto según el artículo 55 de la Ley N.º 30225)

Artículo 56: Causales de vacancia

La vacancia se produce por las siguientes causales:

a) **Remoción por pérdida de confianza.**

b) **Renuncia al cargo.**

c) **Fallecimiento.**

d) **Incapacidad permanente.**

e) **Incapacidad moral sobreviniente.**

f) **Incompatibilidad sobreviniente.**

g) **Falta grave.**

h) **Condena por delito doloso.**

i) **Inhabilitación administrativa o judicial.**

j) **Vencimiento del periodo de designación.**

La vacancia de los miembros del Consejo Directivo y el Presidente Ejecutivo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) se formaliza mediante resolución suprema.

(Texto según el artículo 56 de la Ley N.º 30225)

Artículo 57: Notificaciones

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) notifica los actos que emite en el ejercicio de sus funciones a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) y/u otros medios electrónicos, los que poseen la misma validez y eficacia que los realizados por los medios manuales, en tanto se ajusten a los parámetros y requisitos establecidos en la legislación vigente.

En todos los casos, se debe utilizar las tecnologías necesarias que garanticen la identificación de los proveedores y la confidencialidad de las ofertas.

(Texto según el artículo 57 de la Ley N.º 30225)

Artículo 58: Colaboración entre entidades

Bajo responsabilidad y de manera gratuita, en el marco de la legislación vigente sobre la materia, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), el Poder Judicial, la Policía Nacional del Perú (PNP) y otras Entidades de las que pueda requerirse información, deben proporcionar el acceso a la información pertinente, preferentemente mediante mecanismos de interoperabilidad, salvaguardando las reservas o excepciones previstas por Ley con la finalidad que el OSCE pueda desarrollar las funciones que la ley le otorga.

(Texto modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

TÍTULO VIII TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Artículo 59: Tribunal de Contrataciones del Estado

59.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado es un órgano resolutorio que forma parte de la estructura administrativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Cuenta con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones. Tiene las siguientes funciones:

- a) Resolver, de ser el caso, las controversias que surjan entre las Entidades, los participantes y los postores durante el procedimiento de selección y los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, manteniendo coherencia entre sus decisiones en casos análogos.
- b) Aplicar las sanciones de multa, inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, residentes y supervisores de obra, según corresponda para cada caso.
- c) Aplicar multas a las Entidades cuando actúen como proveedor.
- d) Las demás funciones que le otorga la normativa.

59.2 Su conformación y el número de salas son establecidos mediante decreto supremo, refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas.

59.3 Mediante acuerdos adoptados en Sala Plena, los cuales constituyen precedentes de observancia obligatoria, el Tribunal de Contrataciones del Estado interpreta de modo expreso y con carácter general las normas establecidas en la presente norma y su reglamento.

59.4 Las resoluciones que emitan las salas del Tribunal de Contrataciones del Estado deben guardar criterios de predictibilidad. El Reglamento del Tribunal de Contrataciones del Estado establece el procedimiento para garantizar el cumplimiento de la presente disposición. ^(a)

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 002-2013-OSCE/CD, "Lineamientos para el procedimiento de asignación de expedientes en el Tribunal de Contrataciones del Estado" (EP, 15-03-2013) [D-003].

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 936. **Integración de las salas cuando exista ausencia justificada de uno de los vocales que la conforman.** Visto y considerando la propuesta presentada por la Señora Presidenta del Tribunal, Dra. Mónica Yadira Yaya Luyo, el Tribunal, luego del debate correspondiente, por mayoría, Acordó: aprobar el siguiente criterio: **1.** En aquellos casos de ausencia justificada, vacaciones, licencia o abstención de un Vocal de una Sala determinada, ésta será integrada, para efectos de completar el quórum para sesionar, por el Vocal reemplazante o, en su defecto, por el Vocal alterno de turno en el mes correspondiente, de conformidad con la programación que anualmente apruebe la Presidencia del Tribunal para dicho fin. **2.** Para la integración de la Sala en caso de ausencia de un Vocal, se considerará el siguiente orden de prelación establecido en la programación mensual de turnos de vocales reemplazantes o alternos: En primer lugar, integrará la Sala el Vocal reemplazante que se encuentre de turno. En segundo lugar, integrará la Sala el Vocal alterno. **3.** En caso de ausencia justificada del Presidente de la Sala que está siendo completada, la Presidencia de dicha Sala deberá ser asumida por el Vocal que para el efecto designe la Presidencia Ejecutiva del OSCE. **4.** Durante los meses en que los señores Vocales se encuentren designados como vocal reemplazante o alterno no deberán programar su descanso vacacional, excepto cuando a la fecha de la adopción del presente Acuerdo ya se hubiese efectuado dicha programación y ésta hubiese sido comunicada a la Unidad de Recursos Humanos del OSCE. **5.** En caso que no pueda determinarse al Vocal que deberá integrar la Sala, por ausencia justificada tanto del vocal reemplazante como del Vocal alterno que se encuentren de turno según la programación establecida, corresponderá a la Presidencia del Tribunal efectuar la designación del vocal reemplazante. **6.** Dejar sin efecto el Acuerdo N.º 002-2010 expedido por la Sala Plena del Tribunal el 31.03.2010. **7.** Aprobar el Rol de Vocales Reemplazantes y Alternos que será tomado como referencia para el período del mes de abril de 2011 a enero de 2012, para cuya aplicación los Presidentes de Sala coordinarán con la Presidencia del Tribunal a fin de evitar incurrir en causales de abstención. (Acuerdo N.º 001-2011-TCE, de 04-04-2011. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. Texto completo: <bit.ly/2TAWsW8>).

§ 937. **Validez de las resoluciones expedidas por las salas del tribunal.** Visto y considerando la propuesta presentada por el señor Presidente, luego del debate correspondiente, el Tribunal, por unanimidad, Acordó: establecer el criterio que en el caso de renuncia o cese de los vocales del Tribunal, las resoluciones suscritas por dichos vocales, serán expedidas y entregadas por la Sala respectiva a la Secretaría del Tribunal para su numeración y fechado, con anterioridad a la fecha en que se hace efectiva la renuncia o cese del vocal. En caso contrario se procederá a reasignar el respectivo expediente, bajo responsabilidad. Asimismo, respecto a las Resoluciones antes citadas, cuyas gestiones para identificar

un domicilio a efectos de su notificación a las personas involucradas, han sido agotadas sin encontrar un domicilio cierto, habiéndose notificado sólo a la Entidad denunciante, se dispone su archivamiento por Secretaría del Tribunal. (Acuerdo N.º 012-2007-TCE, de 18-05-2007. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. Texto completo: <bit.ly/2DSYLPp>).

Artículo 60: Requisitos e impedimentos para ser Vocal del Tribunal de Contrataciones del Estado

60.1 Los Vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado son elegidos por concurso público conducido por una Comisión Multisectorial constituida por representantes de la Presidencia del Consejo de Ministros, Ministerio de Economía y Finanzas y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. La designación de los Vocales es por un periodo de tres (3) años. Para ello se requiere:

- a) Contar con título profesional universitario.
- b) Experiencia acreditada no menor a cinco (5) años en las materias relacionadas con la presente norma.
- c) Acreditar estudios de especialización en temas afines a las materias de esta Ley.
- d) Contar con reconocida solvencia moral.
- e) No tener sentencia condenatoria por delito doloso o encontrarse inhabilitado para ejercer la función pública por sentencia judicial o por resolución del Congreso de la República, ni estar inmerso en causal de impedimento para el ejercicio de la función pública.
- f) No haber sido declarado insolvente o haber ejercido cargos directos en personas jurídicas declaradas en quiebra, durante por lo menos un (1) año, previo a la declaración.
- g) No haber sido inhabilitado para contratar con el Estado.
- h) No tener participación en personas jurídicas que contraten con el Estado al momento de la postulación y no encontrarse impedido para contratar con el Estado Peruano conforme al artículo 11.

60.2 Culminado el periodo de designación, continúan en el ejercicio de sus funciones en tanto se designa al nuevo o los nuevos vocales.

60.3 El Presidente del Tribunal de Contrataciones del Estado es elegido por el pleno de los Vocales en funciones de acuerdo a lo previsto en el reglamento de la presente norma. ^(a)

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Octava Disposición Complementaria Transitoria Decreto Supremo N.º 350-2015-EF (Reglamento).

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 938. **Elección del presidente del Tribunal de Contrataciones del Estado.** [El] numeral 60.3 del artículo 60 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Ley N.º 30225, modificada por Decreto Legislativo N 1341, establece que el Presidente del Tribunal de Contrataciones del Estado es elegido por el pleno de los Vocales de acuerdo a lo previsto en reglamento. Que, la Octava Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N.º 350-2015-EF y modificado por Decreto Supremo N.º 056-2017-EF, establece que el Presidente del Tribunal de Contrataciones del Estado es elegido por el pleno de los Vocales en funciones, por el periodo de un (01) año. Los resultados de la elección son comunicados por el Presidente al Consejo Directivo con la propuesta de conformación de las Salas. Antes del vencimiento de su mandato, es obligación del Presidente convocar a Sala Plena para efectuar la nueva elección. En cumplimiento de lo establecido en el numeral 60.3 del artículo 60 de la Ley de Contrataciones del Estado y de la Octava Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por

Decreto Supremo N.º 350-2015-EF y modificado por Decreto Supremo N.º 056-2017-EF, concluido el debate, llevada a cabo la votación correspondiente y realizada la lectura de la propuesta de Acuerdo de Sala Plena, por la Secretaria del Tribunal, los Vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado acordaron aprobar lo siguiente: 1. Elegir al señor Vocal Víctor Manuel Villanueva Sandoval como Presidente del Tribunal de Contrataciones del Estado, con efectividad a la fecha de vencimiento del mandato dispuesto por Acuerdo N.º 02-2017 [§ 2191] de fecha 03 de abril de 2017 expedido en Sesión de Sala Plena del Tribunal de Contrataciones del Estado. (Acuerdo N.º 01-2018-TCE, de 16-03-2018. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. [EP, 17-01-2019, p. 28]. Texto completo: <bit.ly/2TXBGQ>).

Artículo 61: Causales de vacancia

La vacancia se produce por las siguientes causales:

- a) Renuncia al cargo.
- b) Fallecimiento.
- c) Incapacidad permanente.
- d) Incompatibilidad sobreviniente.
- e) Condena por delito doloso.
- f) Inhabilitación administrativa o judicial.
- g) Vencimiento del periodo de designación, salvo la continuación en el ejercicio de las funciones a que se refiere el artículo precedente.

La vacancia de los Vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado se formaliza mediante resolución suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas.

(Texto según el artículo 61 de la Ley N.º 30225)

Artículo 62: Notificación y publicidad de las resoluciones

El Tribunal de Contrataciones del Estado notifica los actos que emita en el ejercicio de sus funciones a través de medios electrónicos y/o el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), según corresponda.

(Texto según el artículo 62 de la Ley N.º 30225)

OPINIONES DEL OSCE

§ 939. La Entidad puede notificar su decisión respecto de la ampliación de plazo utilizando medios electrónicos, dicha decisión de notificar mediante medios electrónicos debe estar prevista en las bases del procedimiento de selección. CONSULTA: 2.1. “¿Con la normativa vigente en contrataciones del Estado, es posible y/o válida que las Entidades efectúen la notificación de su pronunciamiento respecto de solicitudes de ampliación de plazo (ya sea en el caso de bienes, servicio u obras) a través de un medio electrónico de comunicación (correo electrónico)?”. [...] 2.1.3. [La] Entidad puede notificar su decisión respecto a la ampliación de plazo, usando para esto los mecanismos tradicionales o algún medio electrónico de comunicación -para aquellos actos que no se encuentran regulados en la normativa de contrataciones del Estado con alguna formalidad específica- siempre que en las Bases del procedimiento de selección se haya previsto dicha circunstancia, así como los requisitos y parámetros establecidos en las leyes pertinentes y se garantice la debida notificación del contratista. [...] CONSULTA: 2.2. “De ser el caso, y si sea posible y/o válida efectuar la notificación del pronunciamiento respecto de solicitudes de ampliación de plazo

a través de un medio electrónico de comunicación (correo electrónico), tal condición ¿debe ser prevista en las bases del procedimiento de selección para luego ser establecida en el contrato original? o ¿puede ser establecida dentro de la vigencia del contrato original a través de la suscripción de una adenda?”. [...] [La] decisión de la Entidad de notificar las resoluciones de sus actos a través de medios tradicionales o a través de los medios electrónicos de comunicación, deberá estar prevista en las Bases del procedimiento de selección que posteriormente integrarán el contrato. Por su parte, es importante indicar que el numeral 34.1 del artículo 34 de la Ley establece que, “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 (...)” (El resaltado es agregado). En este punto, es importante señalar que la Ley y el Reglamento contemplan las modificaciones que pueden efectuarse respecto de un contrato, siendo estas: 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. [...] [P]uede concluirse que corresponde a la Entidad evaluar, en cada situación en concreto, si se configura alguna de las causales para la modificación del contrato antes descritas; de corresponder aquella prevista en el artículo 34-A de la Ley es necesario que en el informe que lo sustente se justifique que mediante la modificación no se varían los elementos esenciales del objeto de contratación y se realiza a efectos de cumplir con dicho objeto de manera oportuna y eficiente, entre los otros requisitos previstos en el artículo 142 del Reglamento. (Opinión N.º 191-2017/DTN, de 05-09-2017, ff. 2.1, 2.1.3 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rjr8y3>).

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera: Especialidad de la Ley y el reglamento. Aplicación supletoria a servicios y obras no sujetas al ámbito de aplicación de la presente ley.

La presente norma y su reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. Esta prevalencia también es aplicable a la regulación de los procedimientos administrativos sancionadores a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado.

Asimismo, son de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que no se sujeten al ámbito de aplicación de la presente norma, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las normas específicas que las regulan y sirvan para cubrir un vacío o deficiencia de dichas normas.

Las contrataciones del Estado se llevan a cabo conforme a la presente norma, a su reglamento así como a las directivas que se elabore para tal efecto.

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341 y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1444)

OPINIONES DEL OSCE

§ 941. **Concepto de supletoriedad de la Ley. 2.1.2.** [D]ebe indicarse que la aplicación supletoria [Entiéndase por supletoriedad la situación que implica la existencia de “(...) la norma uno, a la que le corresponde regular un hecho, pero no lo hace, denominada suplida, y a la norma dos, que sí contiene una regulación para tal hecho, llamada supletoria”, las que comúnmente se conectan o vinculan a través de una remisión] de normas supone la existencia de una normativa que, siendo aplicable a determinada relación o situación jurídica de manera obligatoria, no regula un caso o supuesto particular (norma suplida), por lo que resulta necesario recurrir a otra normativa distinta con la finalidad de suplir la falencia o vacío existente (norma supletoria). (Opinión N.º 050-2009/DTN, de 26-06-2009, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EseO68>).

§ 942. **Especialidad y aplicación supletoria de norma en materia de contrataciones.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley, referido a la especialidad de la norma, la Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. (Opinión N.° 029-2010/DTN. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T8vS9r>).

§ 943. **Las contrataciones excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado solo pueden ser establecidas mediante ley, ello no enerva la obligación, por parte de los funcionarios responsables de las actuaciones y actividades destinadas a la contratación, de observar y respetar los principios que rigen toda contratación pública.** 2.1.5. Puede advertirse que, a fin de determinar si una contratación se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, debe analizarse si la misma reúne las características de una contratación pública, es decir, si configura el ámbito objetivo y el subjetivo para la aplicación de dicha normativa. Si la contratación cumple con las características de toda contratación pública, debe determinarse además si la misma se encuentra incurso en alguno de los supuestos de excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado previstos en la Ley o en cualquier otra ley [...]. 2.1.6. [Si] bien las contrataciones excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado solo pueden ser establecidos mediante Ley, ello no enerva la obligación, por parte de los funcionarios responsables de las actuaciones y actividades destinadas a la contratación, de observar y respetar los principios que rigen toda contratación pública. Efectivamente, el artículo 2 de la Ley señala expresamente que para las contrataciones del Estado se tienen que tener en cuenta los principios de libertad de concurrencia, igualdad de trato, transparencia, publicidad, competencia, eficacia y eficiencia, entre otros, dado que sirven como criterios interpretativos o integradores y sobre todo como parámetros para las actuaciones de quienes intervengan en las contrataciones. Sin perjuicio de lo expuesto, como se indicó en los párrafos precedentes, cabe precisar que mediante ley pueden establecerse disposiciones especiales o excepcionales al régimen general de contrataciones del Estado, inaplicando, parcial o totalmente, sus disposiciones; tal y como lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional: “(...) si bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76 de la Constitución, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución, y cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública. Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario.” [Exp. N.° 020-2003-AI/TC, f. j. 19 (§ 162)] (Opinión N.° 194-2016/DTN, de 07-12-2016, ff. 2.1.5 y 2.1.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EMNArj>).

§ 944. **Las directivas emitidas por el OSCE contienen disposiciones de aplicación obligatoria.** CONSULTA: 2.1. “¿Cuál es el ámbito de aplicación y validez de la Directiva N.° 023-2016-OSCE/CD? Que emite disposiciones sobre la formulación y absolución de consultas y observaciones” [...] 2.2.2. [...] De lo expuesto, se desprende que la normativa de contrataciones del Estado incluye las directivas emitidas por el OSCE que contienen disposiciones de aplicación obligatoria para el desarrollo, participación y ejecución en los procesos de contratación estatal. 2.2.3. Finalmente, debe señalarse que la Directiva N.° 023-2016-OSCE/CD [D-020] fundamenta su validez y obligatoriedad en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú y en la normativa de contrataciones del Estado, conformada por la Ley, su Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE. En consecuencia, las disposiciones de la mencionada directiva son aplicables a las Entidades que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado y los proveedores que participan en los procedimientos de selección que realicen dichas Entidades. (Opinión N.° 009-2017/DTN, de 12-01-2017, ff. 2.1, 2.2.2 y 2.2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UcqfET>).

§ 945. **Supuestos de aplicación supletoria de la normativa de contrataciones del Estado.** CONSULTA: 2.1. “¿Resulta aplicable la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento a las contrataciones que se realicen bajo el ámbito de aplicación de la Ley N.° 30556 Ley que aprueba disposiciones de carácter

extraordinario para las intervenciones del Gobierno Nacional frente a desastres y que dispone la creación de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios', a pesar de que ésta, a diferencia de otras leyes especiales, no dispone su supletoriedad expresa y que, además, establece disposiciones extraordinarias, excepcionales y temporales?". [...] 2.2. "¿De ser así, qué extremos de la Ley y el Reglamento podrían resultar aplicables supletoriamente?". 3.1. La normativa de contrataciones del Estado resulta de aplicación supletoria a aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que se sujeten a un régimen legal de contratación, siempre que esta aplicación supletoria no resulte incompatible con las normas específicas de dicho régimen. 3.2. Corresponde a la Entidad responsable de aplicar las disposiciones de un régimen legal de contratación, determinar que extremos de la normativa de contrataciones del Estado pueden ser aplicados supletoriamente a las contrataciones que se sujeten a dicho régimen; para lo cual, previamente debe efectuar un análisis de compatibilidad a efectos de verificar que la norma suplida y la norma supletoria tienen una naturaleza semejante. (Opinión N.º 194-2017/DTN, de 06-09-2017, ff. 2.1, 2.2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ro7S2C>).

§ 946. **La normativa de contrataciones del Estado prevalece sobre las normas del procedimiento administrativo general.** 2.4. "La presente Ley y su reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre todas de derecho privado que le sean aplicables". (El subrayado es agregado). [...] Dentro de las normas de derecho público se encuentran las normas que regulan la organización de la actividad del Estado y demás entes públicos y sus relaciones entre ellos y entre los particulares, donde se encuentran las normas del procedimiento administrativo general. Dicho criterio ha sido considerado en la modificación de la referida Disposición Complementaria Final realizada mediante Decreto Legislativo N.º 1341, próximo a entrar en vigencia, que indica que: "La presente Ley y su reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre todas de derecho privado que le sean aplicables". (El subrayado es agregado). En ese sentido, la normativa de contrataciones del Estado prevalece sobre las normas del procedimiento administrativo general, como por ejemplo el Decreto Legislativo N.º 1246, por lo que se encuentran vigentes las disposiciones contenidas en dicha normativa. (Opinión N.º 090-2017/DTN, de 21-03-2017, f. 2.4. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2S1cZoa>).

§ 947. **Prevalencia de la normatividad en contrataciones del Estado sobre la del procedimiento administrativo general. Acreditación de los requisitos de calificación referidos a la capacidad legal y para el perfeccionamiento del contrato.** CONSULTA: ¿PROMPERU debe seguir solicitando aquella documentación que, de acuerdo a la normativa de contrataciones del Estado y las Bases Estándar aprobadas por el OSCE, debe presentar el postor para acreditar los requisitos de calificación referidos a la capacidad legal y aquellos establecidos para el perfeccionamiento del contrato, algunos de los cuales, sin embargo, no pueden ser exigidos de acuerdo al Decreto Legislativo N.º 1246 y la Ley N.º 27444? CONCLUSIÓN: 3. La normativa de contrataciones del Estado prevalece sobre las normas del procedimiento administrativo general, como por ejemplo el Decreto Legislativo N.º 1246, por lo que siguen vigentes las disposiciones contenidas en Reglamento y las Bases Estándar en lo referido a la forma de acreditar los requisitos de calificación referidos a la capacidad legal y los requisitos para el perfeccionamiento del contrato, específicamente respecto a la presentación de la copia del DNI y de la vigencia de poder. (Opinión N.º 081-2017/DTN, de 13-03-2017, f. 3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Uaxigb>).

§ 948. **El Árbitro Único o al Tribunal Arbitral deberá ceñirse a lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado, en particular la primera Disposición Complementaria Final de la Ley.** 2.1.1. [...] [L]as controversias surgidas durante la etapa de ejecución contractual deben resolverse mediante conciliación o arbitraje. Así, de acuerdo con el artículo 45 de la Ley, la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato deben someterse a conciliación y/o arbitraje, salvo la nulidad del contrato que solo puede ser sometida a arbitraje. Por tanto, la Entidad y el proveedor pueden recurrir a la vía arbitral para resolver las controversias relativas al contrato únicamente en los supuestos previstos en la Ley y su Reglamento. No obstante, corresponde al Árbitro Único o al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre su competencia para conocer determinado conflicto de interés, para lo cual deberá ceñirse a lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado, en particular la primera

Disposición Complementaria Final de la Ley. De otro lado, cabe señalar que las partes en el convenio arbitral pueden establecer la realización de un Arbitraje Institucional, es decir, la parte interesada puede recurrir a la institución arbitral elegida en aplicación del respectivo reglamento arbitral institucional o haber pactado un Arbitraje Ad hoc donde la parte interesada debe remitir a la otra la solicitud de arbitraje por escrito con la finalidad de elegir el Árbitro Único o constituir el Tribunal Arbitral que resolverá la controversia. (Opinión N.º 152-2016/DTN, de 12-09-2016, f. 2.1.1. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Lv06x3>).

§ 949. **Criterios para establecer el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado.** Véase la jurisprudencia del artículo 3º de la Ley [§ 213]. (Opinión N.º 036-2016/DTN, de 23-02-2016, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TGZHLm>).

§ 950. **Límites al ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado.** Véase la jurisprudencia del artículo 3º de la Ley [§ 214]. (Opinión N.º 019-2010/DTN, de 12-02-2010, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Fx5YG3>).

§ 951. **Elementos para determinar si una contratación se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado.** Véase la jurisprudencia del artículo 3º de la Ley [§ 216]. (Opinión N.º 055-2018/DTN, de 24-04-2018, ff. 3.2 al 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BPd9X0>).

§ 952. **Los principios de la Ley de Contrataciones del Estado resultan de observancia obligatoria a aquellas contrataciones que se sujeten a un régimen especial de contratación, aun cuando estas contrataciones se encuentren excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado por disposición expresa de la Ley.** Véase la jurisprudencia del artículo 2º de la Ley [§ 99]. (Opinión N.º 194-2016/DTN, de 07-12-2016, ff. 2.1, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EMNArj>).

§ 954. **Para la convocatoria de una Adjudicación Simplificada, derivada de un Concurso Público declarado desierto, corresponde aplicar las Bases Estándar del procedimiento de Adjudicación Simplificada que forman parte de la Directiva vigente con las modificaciones introducidas por otra resolución posterior.** Véase la jurisprudencia del artículo 65º del Nuevo Reglamento [§ 1454]. (Opinión N.º 200-2016/DTN, de 20-12-2016, f. 3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2sH5iVP>).

Segunda: Plazo para la promulgación del reglamento.

Mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, se aprobará el reglamento de la presente norma, dentro de los ciento ochenta (180) días calendario siguientes a su publicación, el cual contendrá un glosario de términos.

(Texto según la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30225)

OPINIONES DEL OSCE

§ 955. **Los procedimientos de selección iniciados antes de la entrada en vigencia de la presente Ley se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria.** 2.3. [...] [L]a Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley establece que *“Los procedimientos de selección iniciados antes de la entrada en vigencia de la presente Ley se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria.”* (El subrayado es agregado). Como puede apreciarse, la Ley establece una disposición transitoria que tiene por objeto que los procedimientos de selección (y, como consecuencia, la ejecución contractual) iniciados antes de su entrada en vigencia, continúen rigiéndose por las normas vigentes al momento de su convocatoria; permitiéndose la aplicación ultractiva del Decreto Legislativo N.º 1017, siempre

que se haya convocado el respectivo procedimiento de selección bajo dicho marco normativo. En dicho contexto, la referida disposición transitoria establece la aplicación ultractiva de la anterior normativa de contratación pública, lo que configuraría una excepción a la regla de aplicación inmediata de la ley desde su entrada en vigencia. Por ende, si la convocatoria de un procedimiento de selección para la ejecución de una obra se llevó a cabo con la anterior normativa de contratación pública, corresponde mantener su aplicación durante la ejecución contractual (incluidas las reglas que rigen la autorización y ejecución de prestaciones adicionales), con la finalidad de mantener inalterables las condiciones de selección y contratación para generar seguridad jurídica y así promover una mayor participación de proveedores. En virtud de lo expuesto, la delegación de facultades para autorizar prestaciones adicionales de obra derivado de un proceso de selección convocado antes de la entrada en vigencia de la Ley (es decir, antes del 9 de enero de 2016), debería continuar rigiéndose por la legislación anterior. En tal sentido, corresponde a las Entidades observar el mandato legal que establece que los procedimientos de selección y los contratos que deriven de ellos se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria. (Opinión N.º 258-2017/DTN, de 14-12-2017, f. 2.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2W6Njpg>).

Tercera: Aprobación del reglamento.

Mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, se aprueba el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) y el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE).

(Texto según la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30225)

Cuarta: Aplicación de los principios de trato nacional y no discriminación.

En aquellas contrataciones que se encuentren bajo el ámbito de tratados u otros compromisos internacionales, que impliquen la aplicación de los principios de Trato Nacional y No Discriminación, las Entidades deben conceder incondicionalmente a los bienes, servicios y proveedores de la otra parte, un trato similar o no menos favorable que el otorgado por la normativa peruana a los bienes, servicios y proveedores nacionales, de conformidad con las reglas, requisitos y procedimientos establecidos en la presente norma, su reglamento y en la normativa de la materia.

(Texto según la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30225)

Quinta: Actuación discrecional.

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.º 29622, Ley que modifica la Ley N.º 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.

(Texto según la Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30225)

Sexta: Contratación con proveedores de insumos

Los insumos directamente utilizados en los procesos productivos por las empresas del Estado que se dediquen a la producción de bienes o prestación de servicios, pueden ser contratados a proveedores nacionales o internacionales mediante el método de contratación que especifique el reglamento, a precios

de mercado, siempre que se verifique una situación de escasez acreditada por el Titular de la Entidad. No se requiere la verificación de una situación de escasez en el caso de empresas que por la naturaleza de su actividad requieran un suministro periódico o continuo, incluyendo la entrega en un solo acto de los insumos, bienes o servicios.

La lista de los insumos directamente vinculados en los procesos productivos, que corresponden a cada empresa, es establecida mediante resolución ministerial del Ministerio de Economía y Finanzas.

Las contrataciones deben aprobarse mediante resolución del Titular de la Entidad e informarse mensualmente al Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE), y a la Contraloría General de la República, bajo responsabilidad del Directorio.

En el procedimiento necesariamente se designa a un comité de selección conforme a las reglas de contrataciones del Estado. La adjudicación de la Buena Pro se realiza mediante acto público.

Los órganos de control institucional participan como veedores en el método de contratación respectivo, conforme a la normativa del Sistema Nacional de Control.

Todos los actos realizados dentro de los procedimientos a que se refiere la presente disposición se comunican obligatoriamente al Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) en la oportunidad y forma que señale la presente norma, el reglamento y las directivas que emite el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

Las contrataciones que se realicen de acuerdo a la presente disposición no requieren de la constitución de la garantía de fiel cumplimiento, siempre que la prestación se cumpla por adelantado.

(Texto según la Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30225)

Séptima: Entrada en vigencia

La presente norma entra en vigencia a los treinta (30) días calendario contados a partir de la publicación de su reglamento, excepto la segunda y tercera disposiciones complementarias finales, que entran en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de la presente norma en el Diario Oficial El Peruano.

(Texto según la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30225)

Octava: Informe del impacto de la presente ley en las contrataciones públicas.

Dispónese que el Ministerio de Economía y Finanzas remita anualmente al Congreso de la República un informe sobre el impacto de la presente norma en las contrataciones públicas. Dicho informe será elaborado sobre la base de la información remitida por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y la Central de Compras Públicas-Perú Compras.

(Texto según la Novena Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30225)

Novena: Inaplicación total o parcial por parte de PROINVERSION.

Mediante acuerdo de su Directorio, la Agencia de la Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSION) puede exceptuar de la aplicación total o parcial de la presente norma a las contrataciones vinculadas a las fases de los proyectos a que se refieren el Decreto Legislativo 674 y Decreto Legislativo 1224 y modificatorias.

(Texto según la Décima Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30225, modificada por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1341)

Décima: Tribunal de Contrataciones del Estado

El Tribunal de Contrataciones del Estado debe resguardar la predictibilidad, bajo responsabilidad. Para tal efecto, revisa semestralmente las resoluciones emitidas por las salas y emite acuerdos en Sala Plena

mediante los cuales califican resoluciones como precedentes de observancia obligatoria o establece nuevos precedentes.

(Texto según la Duodécima Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30225 incorporada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1341)

Décimo Primera: Ejecución de los proyectos

Las Entidades ejecutan las obras públicas considerando la eficiencia de los proyectos en todo su ciclo de vida. Mediante Decreto Supremo se establecen los criterios para la incorporación progresiva de herramientas obligatorias de modelamiento digital de la información para la ejecución de la obra pública que permitan mejorar la calidad y eficiencia de los proyectos desde su diseño, durante su construcción, operación y hasta su mantenimiento.

(Texto según la Decimotercera Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30225 incorporada por el artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1444)

Décimo Segunda: Reglas especiales de contratación

Mediante Decreto Supremo, con voto aprobatorio de Consejo de Ministros, se establecen reglas especiales para la contratación de bienes, servicios y obras necesarias para la rehabilitación y reconstrucción de zonas afectadas por la ocurrencia de desastres, de conformidad con la normativa de la materia.

(Texto según la Decimocuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30225 incorporada por el artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1444)

Décimo Tercera: Obligaciones del supervisor de obra.

El supervisor de obra está obligado a remitir a la Contraloría General de la República, en la misma oportunidad que a la Entidad, los informes u opiniones emitidos respecto a los adicionales de obra, solicitudes de mayores gastos generales, variación en calendario de obra, ampliaciones de plazo, aplicación de penalidades y otros emitidos en el marco de sus funciones, de acuerdo a los lineamientos regulados por dicho organismo autónomo de control a través de Directiva. Esta obligación no representa la paralización del plazo de ejecución de obra, sin perjuicio del ejercicio del control concurrente que realice la Contraloría General, de ser el caso.

(Texto según la Decimoquinta Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30225 incorporada por el artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1444)

Décimo Cuarta: Confidencialidad del banco de preguntas utilizadas en la evaluación de las partes encargadas de las contrataciones

La información contenida en el banco de preguntas utilizado para la rendición del examen para la certificación de los profesionales y técnicos de los órganos encargados de las contrataciones, y en el banco de preguntas para la evaluación de árbitros para su inscripción en el Registro Nacional de Árbitros que administra el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), se encuentra sujeta a la excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información, por calificar como información confidencial, de acuerdo a lo estipulado por el numeral 1 del artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N.º 043-2003-PCM.

(Texto según la Decimosexta Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30225 incorporada por el artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1444)

Décimo Quinta: Valor referencial.

En el Reglamento se establecen objetos en los que se puede utilizar el valor referencial, así como las disposiciones que permitan definir los límites mínimos y máximos de las ofertas en tales casos.

(Texto según la Decimoséptima Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30225 incorporada por el artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1444)

Décimo Sexta: Caducidad de un contrato de Asociación Público Privada o Proyecto en Activos

Cuando se produzca la caducidad de un contrato de Asociación Público Privada o Proyecto en Activos, en el marco de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N.º 1362, Decreto Legislativo que Regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, la Entidad titular del proyecto, puede contratar directamente bajo el supuesto de desabastecimiento contenido en el literal c) del artículo 27 de la presente norma a aquellos proveedores necesarios para garantizar la continuidad del proyecto.

(Texto según la Decimooctava Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30225 incorporada por el artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1444)

Décimo Séptima: Interpretación del artículo 27

Las actividades y operaciones a que se refiere el literal c) del artículo 27 de la presente norma comprenden los servicios de operación y mantenimiento de redes de infraestructura de telecomunicaciones financiadas por el Estado.

(Texto según la Decimonovena Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30225 incorporada por el artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1444)

Décimo Octava: Contrataciones del Sistema Nacional de Salud

Excepcionalmente, la adquisición de bienes que realice el ente rector del Sistema Nacional de Salud para la satisfacción de las necesidades de los usuarios del sistema puede efectuarse con proveedores no domiciliados, siempre que se sustente que dicha contratación resulta más ventajosa, no aplicándose las disposiciones de la presente norma. Las contrataciones deben realizarse conforme a los compromisos internacionales vigentes suscritos por el Estado Peruano y se sujetan a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

El ente rector del Sistema Nacional de Salud está obligado a emplear el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) para el registro de las contrataciones que realice.

La presente disposición es aplicable al Seguro Social de Salud (ESSALUD), para la adquisición de productos farmacéuticos o dispositivos médicos.

(Texto según la Vigésima Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30225 incorporada por el artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1444)

Décimo Novena: Extensión del artículo 38.

Mediante Decreto Supremo se puede hacer extensivo lo dispuesto en el numeral 38.3 del artículo 38 de la Ley para el manejo de los recursos que se reciban a título de pago.

(Texto según la Vigésima Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30225 incorporada por el artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1444)

Vigésima: Procedimiento administrativo sancionador

Las reglas establecidas en los numerales 1 al 8 de la Décimo Sexta Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF son de aplicación a los expedientes administrativos sancionadores que se generen a partir del día siguiente de la publicación del Decreto Legislativo, así como a aquellos que se encuentren en trámite en el Tribunal en los que aún no se hubiera dispuesto el inicio del procedimiento sancionador.

Son de aplicación a los expedientes en trámite así como a los que se generen a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo, las reglas de suspensión del procedimiento y de prescripción establecidas en el Título VIII del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.

(Texto según la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1444)

Vigésima Primera: Contratos de Estado a Estado

En las contrataciones que realice el Estado con otro Estado, la adquisición de bienes, contratación de servicios, ejecución de obras, la gestión, desarrollo u operación, pueden ser ejecutadas por el otro Estado a través de sus propios organismos, dependencias, empresas públicas o privadas nacionales o extranjeras. La contratación de Estado a Estado se regula bajo los alcances del comercio internacional y por las normas y principios del derecho internacional.

La contratación de Estado a Estado debe autorizarse mediante Decreto Supremo refrendado por el titular del sector correspondiente, declarando de interés nacional el objeto de contratación, la cual debe cumplir con las siguientes condiciones:

(i) Indagación de mercado que permita identificar a los posibles Estados que puedan cumplir con lo requerido por el Estado peruano.

(ii) Informe técnico-económico que compare las condiciones ofrecidas por los Estados interesados y evidencie las ventajas para el Estado peruano de contratar con otro Estado.

(iii) Informe de la oficina de presupuesto o la que haga las veces del sector correspondiente, que señale que se cuenta con el financiamiento necesario para dicha contratación, salvo que, se requiera concertar una operación de endeudamiento, en cuyo caso, la misma debe estar contemplada en el Programa Anual de Endeudamiento del año respectivo.

(iv) Declaratoria de viabilidad y/o aprobación en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, cuando corresponda.

Los contratos o convenios pueden incluir cláusulas que contemplen: i) plan de transferencia de conocimientos relacionados con el objeto del acuerdo; ii) plan para el legado del país; iii) compromiso de implementar una Oficina de Gestión de Proyectos (PMO) cuando el objeto incluya la gestión de proyectos; y, iv) la obligación de remitir la documentación referida a la ejecución del contrato o convenio por parte del otro Estado. Esta información debe ser puesta en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y de los órganos que conforman Sistema Nacional de Control, cuando estos lo soliciten.

Si la contratación tiene como objeto la adquisición de bienes, la entrega puede realizarse en zona primaria o en el lugar que los gobiernos contratantes convengan. Si el objeto de contratación es un servicio este se realiza en el lugar donde las partes contratantes convengan.

(Texto según la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1444)

Vigésima Segunda: Arbitraje institucional

Mediante Decreto Supremo, la Presidencia del Consejo de Ministros establece la autoridad competente para acreditar las instituciones arbitrales. Dicha autoridad regula el procedimiento para tal efecto.

(Texto según la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1444)

Vigésima Tercera: Prácticas Anticompetitivas en contrataciones del Estado

En el marco de lo regulado en la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, cuando el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) determina una infracción a dicha Ley calificada como muy grave y la sanción quede firme, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) procede a la inscripción de los infractores en el registro de inhabilitados o el que haga sus veces para contratar con el Estado por el plazo de un año.

(Texto según la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1444)

Vigésima Cuarta: Plan de Homologación

La Central de Compras Públicas-Perú Compras remite a los Ministerios el listado de los objetos que pueden ser homologados. En un plazo de sesenta (60) días hábiles, las entidades competentes tienen la obligación de conformar equipos de trabajo para evaluar la información remitida e informar a la Central de Compras Públicas-Perú Compras si los objetos del listado son pasibles de ser homologados. En caso proceda la homologación, corresponde al Ministerio elaborar un Plan de Homologación inicial.

El listado de los objetos que se someten al proceso de homologación a cargo del Ministerio y el Plan de Homologación se remiten a la Central de Compras Públicas-Perú Compras, quien realiza el acompañamiento respectivo.

(Texto según la Novena Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1444)

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

Primera: Régimen laboral de la actividad privada del personal del OSCE

En tanto culmine el proceso de implementación al régimen del Servicio Civil, el personal del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) continúa sujeto al régimen laboral de la actividad privada.

(Texto según la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N.º 30225)

Segunda: Aplicación temporal de las normas en los procedimientos de selección

Los procedimientos de selección iniciados antes de la entrada en vigencia de la presente norma se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria.

(Texto según la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N.º 30225)

OPINIONES DEL OSCE

§ 956. Normativa aplicable a los procesos de selección. 3.1. Cuando se declare la nulidad de solo determinados actos al interior del proceso de selección convocado bajo el ámbito de la anterior Ley, toda vez que el proceso de selección mantiene su validez, este debe retrotraerse a la etapa en que se cometió el vicio de nulidad, correspondiendo continuar con el desarrollo del proceso conforme a las normas vigentes al momento de su convocatoria. 3.2. Cuando el vicio de nulidad se verifica desde el inicio del proceso de selección, debiendo declararse la nulidad total del mismo, si la nueva convocatoria se realiza el 9 de enero del año 2016 o en fecha posterior, debe cumplir con las disposiciones de la Ley

N.º 30225 y los métodos de contratación previstos en esta. (Opinión N.º 099-2016/DTN, de 08-07-2016, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PLxcJw>).

§ 957. Cuando se declare la nulidad de solo determinados actos al interior del proceso de selección (posteriores a la convocatoria) convocado bajo el ámbito de una Ley anterior, este debe retrotraerse a la etapa en que se cometió el vicio de nulidad, correspondiendo continuar con el desarrollo del proceso conforme a las normas vigentes al momento de su convocatoria. Véase la jurisprudencia del artículo 44º de la Ley [§ 677]. (Opinión N.º 129-2016/DTN, de 12-08-2016, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Cku57Z>).

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA MODIFICATORIA

Única: Modificación de normas

Modifícase el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1018, Decreto Legislativo que crea la Central de Compras Públicas - Perú Compras, en los términos siguientes:

.....
(Texto según la Única Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.º 30225)

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

Única: Derogación de normas

A partir de la vigencia de la presente norma, deróganse los siguientes dispositivos y disposiciones:

- a) Decreto Legislativo N.º 1017, Ley de Contrataciones del Estado y normas modificatorias.
- b) La primera y tercera disposiciones complementarias finales del Decreto Legislativo N.º 1018, Decreto Legislativo que crea la Central de Compras Públicas - Perú Compras.

.....
(Texto según la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N.º 30225)

TERCERA PARTE

**(NUEVO)
REGLAMENTO
DE LA LEY N.º 30225,
LEY DE CONTRATACIONES
DEL ESTADO**

**DECRETO SUPREMO N.º 344-2018-EF
(EP, 31-12-2018)**

REGLAMENTO DE LA LEY N.º 30225, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

DECRETO SUPREMO N.º 344-2018-EF

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, mediante el Decreto Legislativo N.º 1444 se modificó la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, a fin de impulsar la ejecución de políticas públicas nacionales y sectoriales mediante la agilización de los procesos de contratación; así como fortalecer al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado y a la Central de Compras Públicas - Perú Compras para fomentar la eficiencia en las contrataciones;

Que, la Primera Disposición Complementaria Final del mencionado Decreto Legislativo, dispone que mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, se modifique el Reglamento de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles, contados a partir de la publicación de dicho Decreto Legislativo;

Que, a efecto de garantizar la adecuada implementación de las modificaciones incorporadas al régimen de contratación pública a través del Decreto Legislativo N.º 1444, se ha estimado conveniente que dicha modificación normativa sea total, correspondiendo de ese modo la aprobación del Reglamento de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado;

De conformidad con lo establecido en el inciso 8) del artículo 118 de la Constitución Política del Perú; en la Ley N.º 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; y, en la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado;

DECRETA:

Artículo 1: Objeto.- Apruébese el Reglamento de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, el mismo que consta de diez (10) títulos, doscientos setenta (270) artículos, veintidós (22) disposiciones complementarias finales, trece (13) disposiciones complementarias transitorias y dos (2) Anexos, que forman parte integrante del presente Decreto Supremo.

Artículo 2: Vigencia.- La norma entra en vigencia a los treinta (30) días calendario, contados a partir de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 3: Publicación.- Dispóngase la publicación del Decreto Supremo, el Reglamento de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y sus Anexos aprobados en el artículo 1 en el Portal del Estado Peruano (www.peru.gob.pe) y en el Portal Institucional del Ministerio de Economía y Finanzas (www.mef.gob.pe), en la misma fecha de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano".

Artículo 4: Financiamiento.- Lo establecido en el Decreto Supremo se financia con cargo al presupuesto institucional de los pliegos involucrados, sin demandar recursos adicionales del Tesoro Público.

Artículo 5: Refrendo.- El Decreto Supremo es refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

Única: Derogación.- Deróganse el Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y la Resolución Ministerial N.º 495-2017-EF/15, Aprueban lineamientos y criterios para el encargo de procedimientos de selección a organismos internacionales.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintinueve días del mes de diciembre del año dos mil dieciocho.

MARTÍN ALBERTO VIZCARRA CORNEJO

Presidente de la República

CARLOS OLIVA NEYRA

Ministro de Economía y Finanzas

REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1: Acrónimos y referencias

1.1. En el Reglamento se emplean los siguientes acrónimos y referencias:

- a) Ley: Ley N.º 30225 - Ley de Contrataciones del Estado.
- b) OSCE: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- c) Entidad: Entidades señaladas en el artículo 3 de la Ley.
- d) Tribunal: Tribunal de Contrataciones del Estado.
- e) PERÚ COMPRAS: Central de Compras Públicas.
- f) SEACE: Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado.
- g) RNP: Registro Nacional de Proveedores.
- h) UIT: Unidades Impositivas Tributarias.
- i) Oferta: se entiende que alude a propuesta.
- j) TUPA: Texto Único de Procedimientos Administrativos.

1.2. Cuando se mencione un artículo sin hacer referencia a norma alguna, está referido al presente Reglamento.

Artículo 2: Competencias en materia de contrataciones del Estado

2.1. Las normas sobre contrataciones del Estado establecidas en la Ley y el Reglamento son de ámbito nacional, siendo competencia exclusiva del Ministerio de Economía y Finanzas el diseño de políticas sobre dicha materia y su regulación.

2.2. Es nulo de pleno derecho cualquier disposición o acto que se emita en contravención de lo dispuesto en el numeral anterior.

PLENO JURISDICCIONAL CONSTITUCIONAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA

§ 958. Comunicados del OSCE pueden ser objeto de control constitucional mediante el proceso de acción popular. *¿Un comunicado de una entidad pública [en este caso del OSCE] puede ser objeto de control constitucional mediante el proceso de acción popular? En todo caso, ¿cuáles deben ser los criterios sobre la base de los cuales los jueces deben identificar las normas que son objeto de control en los procesos constitucionales de acción popular?* El Pleno acordó por unanimidad: **1.** Un comunicado de una entidad pública

puede ser objeto de control constitucional mediante el proceso de acción popular siempre que se trate de una norma infralegal de carácter general que se incorpora al ordenamiento jurídico con vocación de permanencia. 2. Para identificar las normas -reglamentos, normas administrativas, decretos y resoluciones de carácter general- que son objeto de control en los procesos constitucionales de acción popular, y en consecuencia evaluar su procedencia, los jueces deberán observar los criterios de (1) pertenencia al ordenamiento jurídico, (2) consunción y (3) generalidad. (Pleno Jurisdiccional Supremo en materias Constitucional y Contencioso Administrativo, Lima, 02-12-2015 y 10-12-2015. Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente y Transitorias. Texto completo: <bit.ly/2R8lQA2>).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

§ 959. **Los comunicados o pronunciamientos emitidos por el OSCE no son pasibles de ser cuestionadas en un proceso constitucional de acción popular. Décimo octavo.** Corresponde a esta Sala Suprema determinar, en primer lugar, si el pronunciamiento emitido por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) el 04 de mayo de 2009, bajo el título “Precisión sobre bonificación del 20% adicional” y publicado en el portal institucional de dicha entidad, constituye una norma legal contra la cual procede interponer una demanda de acción popular, conforme a lo establecido por el artículo 200°, inciso 5, de la Constitución Política del Estado y el artículo 76° del Código Procesal Constitucional. [...] [...] **Vigésimo.** [...] [Una] actuación estatal será calificada como una fuente de derecho de índole normativo, no sólo en función a la forma que dicha actuación presenta o la denominación que recibe, sino que como consecuencia de una evaluación que permita determinar la verdadera naturaleza de tal actuación; para lo cual corresponde examinar cuál es la autoridad que la emite, si sus efectos son normativos o no, que rango normativo poseen, entre otros aspectos. Siendo ello así, esta Sala Suprema considera que el pronunciamiento titulado “Precisión sobre bonificación del 20% adicional”, emitido por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en su condición de ente rector del cumplimiento, implementación e interpretación de la normativa de contrataciones estatales, constituye, por su naturaleza, una norma legal en la medida que sus efectos y alcances son abstractos, generales y obligatorios (*erga omnes*) [...]. Por tales consideraciones [...] declararon improcedente [la demanda de acción popular contra dicho pronunciamiento del OSCE]. (Proceso de Acción Popular. Expediente N.º 6859-2012-Lima, de 05-09-2013, ff. jj. 18 y 20. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. Texto completo: <bit.ly/2S4Nqm6>).

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 960. **El Ministerio de Economía y Finanzas es la entidad competente para determinar el diseño y regulación de políticas sobre las contrataciones del Estado. 3.5.** Dentro de la relación de documentos facultativos a presentar en la propuesta técnica se hace referencia a la Ley N.º 27633, norma que otorga una bonificación a los proveedores que oferten bienes o servicios producidos o prestados en el territorio nacional. Al respecto, el artículo 4 del Reglamento [cfr. art. 2 del Nuevo Reglamento] establece que el *Ministerio de Economía y Finanzas es la Entidad competente* para determinar el diseño y regulación de políticas sobre las contrataciones del Estado. Sobre la base de dicha disposición es que el Ministerio de Economía y Finanzas ha interpretado, en función a la política de compras que el sector pretende aplicar, el sentido de las normas y disposiciones relacionadas con la contratación estatal. Ahora bien, es a través del Informe N.º 662-2009-EF/60.01, remitido mediante Oficio N.º 616-2009-EF/13.01, que el Ministerio de Economía y Finanzas establece como política de contrataciones pública, que la bonificación del veinte por ciento (20%) sobre bienes y servicios elaborados o prestados dentro del territorio nacional no puede aplicarse actualmente. Por tanto, al no ser aplicable la bonificación correspondiente, deberá suprimirse la posibilidad de aplicar la referida bonificación. (Pronunciamiento N.º 497-2012/DSU, de 24-10-2012, f. 3.5. Dirección de Supervisión. Texto completo: <bit.ly/2W8F1NN>).

Artículo 3: Otras organizaciones

Pueden realizar contrataciones en el marco de la Ley y el Reglamento, las organizaciones creadas conforme al ordenamiento jurídico nacional, así como los órganos desconcentrados de las Entidades siempre que cuenten con autonomía y capacidad para gestionar sus contrataciones, conforme a sus normas autoritativas.

OPINIONES DEL OSCE

§ 961. La unidad ejecutora constituye el nivel descentralizado u operativo en las entidades y organismos del Sector Público. 2.3. [...] [Para] determinar si un órgano u organización puede considerarse Entidad, se requiere evaluar la norma de creación de dicho órgano u organización y las demás normas de la materia que le atribuyan la capacidad para gestionar sus contrataciones, para el cumplimiento de sus funciones. 2.4. [...] [En] cuanto a las unidades ejecutoras, es preciso indicar que el numeral 6.1 del artículo 6 de la Ley N.º 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, dispone que la unidad ejecutora constituye el nivel descentralizado u operativo en las entidades y organismos del Sector Público, con el cual se vinculan e interactúan los órganos rectores de la Administración Financiera del Sector Público, la misma que debe contar con un nivel de desconcentración administrativa que le permita: (i) Determinar y recaudar ingresos; (ii) contraer compromisos, devengar gastos y ordenar pagos con arreglo a la legislación aplicable; (iii) registrar la información generada por las acciones y operaciones realizadas; (iv) informar sobre el avance y/o cumplimiento de metas; (v) recibir y ejecutar desembolsos de operaciones de endeudamiento; y/o (vi) emitir y/o colocar obligaciones de deuda. (Opinión N.º 086-2016/DTN, de 20-06-2016, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2A24G1b>).

§ 962. Para dilucidar si un órgano u organización califica como Entidad según los alcances de la normativa de contrataciones estatales, debe analizarse según sus normas de creación y otras aplicables si cuenta con capacidad para realizar por sí misma contrataciones con cargo a fondos públicos. En caso de no calificar como Entidad, esta organización debe realizar sus contrataciones a través de la Entidad legitimada de la que dependan. Véase la jurisprudencia del artículo 3º de la Ley [§ 217]. (Opinión N.º 082-2016/DTN, de 03-06-2016, ff. 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CdtDyR>).

§ 963. De considerarse que un órgano u organización califica como Entidad bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, este debe determinar, conforme a sus normas de creación y de organización interna, qué órgano o funcionario es el competente para aprobar las contrataciones directas que realice. Véase la jurisprudencia del artículo 3º de la Ley [§ 220]. (Opinión N.º 087-2016/DTN, de 20-06-2016, ff. 3.1-3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2U8OUJC>).

§ 964. Ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. Los requisitos de tener calidad de "Entidad" y brindar la contraprestación con cargo a recursos públicos, deben presentarse de manera concurrente para que le sea aplicable la normativa de contrataciones del Estado. Véase la jurisprudencia del artículo 3º de la Ley [§ 222]. (Opinión N.º 120-2016/DTN, de 01-08-2016, ff. 2.2, 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FDUEry>).

Artículo 4: Supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión

4.1. Los convenios a los que se refiere el literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley, en ningún caso se utilizan para encargar la realización de las actuaciones preparatorias o del procedimiento de selección.



4.2. Las contrataciones a las que se refieren los literales c) y f) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley requieren de informe técnico e informe legal que sustenten la configuración del supuesto de inaplicación.

Artículo 5: Organización de la Entidad para las contrataciones

5.1. Cada Entidad identifica en su Reglamento de Organización y Funciones u otros documentos de organización y/o gestión al órgano encargado de las contrataciones, de acuerdo con lo que establece el Reglamento.

5.2. El órgano encargado de las contrataciones tiene como función la gestión administrativa del contrato, que involucra el trámite de su perfeccionamiento, la aplicación de las penalidades, el procedimiento de pago, en lo que corresponda, entre otras actividades de índole administrativo. Las normas de organización interna de la Entidad pueden asignar dicha función a otro órgano. La supervisión de la ejecución del contrato compete al área usuaria o al órgano al que se le haya asignado tal función.

5.3. Los servidores del órgano encargado de las contrataciones de la Entidad que, en razón de sus funciones intervienen directamente en alguna de las fases de la contratación, son profesionales y/o técnicos certificados.

5.4. Las Entidades implementan, de manera gradual, medidas dirigidas a delimitar las funciones y las competencias de los distintos servidores que participan en las diferentes fases de los procesos de contratación, a fin de promover que, en lo posible, las mismas sean conducidas por funcionarios o equipos de trabajo distintos. ^{(a) (b)}

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

- (a) Véase la Directiva N.º 002-2018-OSCE/CD, "Certificación de los profesionales y técnicos que laboren en los órganos encargados de las contrataciones de las entidades públicas" (EP, 08-01-2019) [D-035].
- (b) Véase la Directiva N.º 011-2017-OSCE/CD, "Procedimiento para la emisión, actualización y desactivación del certificado SEACE, así como las responsabilidades por su uso" (EP, 31-03-2017) [D-006].

OPINIONES DEL OSCE

§ 965. El área usuaria es la encargada de supervisar la ejecución del contrato. El órgano encargado de las contrataciones es aquel órgano encargado de la gestión administrativa del contrato, la cual comprende todas aquellas actividades que guardan relación con su elaboración, verificación de requisitos, perfeccionamiento, entre otros. CONSULTA: 2.1. "La LCE y el RLCE establecen que se encuentran encargados de los procesos de contratación: el Titular de la Entidad, el Área Usuaria y el Órgano Encargado de las Contrataciones (OEC), sin embargo para fines de la administración del contrato en su etapa de ejecución ¿Cuál de estos órganos es el encargado de cautelar el cumplimiento del contrato?" [...] 2.2. "Considerando las funciones dadas por la LCE al OEC y siendo que las Bases estandarizadas precisan el modelo de contrato ¿Cuál sería el área u órgano más adecuado para la verificación de requisitos y elaboración del contrato?" [...] CONCLUSIONES: 3.1. El área usuaria -o el órgano que se le haya asignado tal función-, es la encargada de supervisar la ejecución del contrato, es decir, verificar o determinar que el contratista haya cumplido a cabalidad con la ejecución de las prestaciones asumidas, por lo que para ello debe emitir un informe sobre el cumplimiento de las condiciones contractuales, el cual da lugar a la conformidad. 3.2. Corresponde al órgano encargado de las contrataciones la gestión administrativa del contrato, la cual comprende todas aquellas actividades que guardan relación con su elaboración, verificación de requisitos, perfeccionamiento, entre otros. (Opinión N.º 184-2017/DTN, de 29-08-2017, ff. 2.1, 2.2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T4dZJH>).

§ 966. El órgano encargado de las contrataciones tiene la función de administrar el contrato y el área usuaria debe supervisar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista. 2.1.3. [...] Al respecto, las penalidades que la entidad puede aplicar al contratista son la "penalidad por

mora en la ejecución de la prestación” y las “*otras penalidades*”, [...]. Así, la penalidad por mora se aplica automáticamente por cada día de retraso injustificado en el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista; mientras que las otras penalidades se aplican cuando la entidad verifica los supuestos contemplados en los documentos del procedimiento de selección -distintos al retraso o mora-, y siempre que dichas penalidades previstas sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. **2.1.4.** En la línea de lo expuesto, debe precisarse que [...] “*la Entidad controla los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien es el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato [...]*”. [El resaltado es nuestro]. Como se aprecia, cuando se trata de obras, el inspector o supervisor, según sea el caso, es el profesional que tiene a su cargo el control de las actividades que se lleven a cabo en la ejecución de la obra, verificando de forma inmediata el cumplimiento de los términos contractuales. En esa medida, en la ejecución de una obra el inspector o supervisor, según corresponda, es la persona encargada de verificar directamente que se ha configurado el retraso para la aplicación de la penalidad por mora o el supuesto de hecho que sirve de base para la imposición de las otras penalidades. **2.1.5.** Ahora bien, aun cuando el inspector o supervisor, según corresponda, es la persona encargada de advertir, de forma directa e inmediata, el cumplimiento de los supuestos de hecho para la aplicación de las penalidades en el marco de un contrato de obra, ello no enerva la obligación del área usuaria -o de la unidad orgánica correspondiente- de supervisar la ejecución contractual, ni la responsabilidad del órgano encargado de las contrataciones de administrar el contrato. En este sentido, corresponde precisar que las normas de organización interna de cada Entidad son las que deben definir qué unidades orgánicas participan en las distintas etapas del proceso de contratación de bienes, servicios u obras, precisando en que forma y oportunidad se realiza dicha intervención, teniendo en cuenta, además, la naturaleza del contrato. [...] **3. CONCLUSIÓN:** Las normas de organización interna de cada Entidad son las que deben definir qué unidades orgánicas deben participar en las distintas etapas del proceso de contratación de bienes, servicios u obras, precisando en qué forma y oportunidad se realiza dicha intervención; sin perjuicio de ello, el órgano encargado de las contrataciones tiene la función de administrar el contrato y el área usuaria -o la unidad orgánica correspondiente- debe supervisar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, valiéndose para ello del control efectuado por el inspector o supervisor, cuando se trate de obras. (Opinión N.º 209-2016/DTN, de 29-12-2016, ff. 2.1.3, 2.1.4, 2.1.5 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CADd8y>).

§ 967. Los servidores públicos del órgano encargado de las Contrataciones, que intervengan directamente en las actividades comprendidas en alguna de las 3 fases del proceso de contratación pública, deben contar con la certificación emitida por el OSCE. CONSULTA: 2. “*Al referirse la vigente normativa de contrataciones del Estado que la certificación es obligatoria para los servidores que laboren en el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad y que intervengan directamente en alguna de las fases de contratación: ¿La referida obligación alcanza, a todos los analistas y jefes (profesionales y técnicos) que intervienen directamente en i) la elaboración del Plan Anual de Contrataciones (PAC) y/o expediente de contratación; iii) conduzcan el proceso de selección; o ii) controlen y/o supervisen la ejecución del contrato?; Asimismo, teniendo en cuenta que a ciertos jefes, el titular de la Entidad les ha delegado facultades como las de aprobar expedientes de contratación y bases administrativas, designar los Comités de Selección, autorizar prestaciones adicionales y reducción de los mismos, aprobar ampliaciones de plazo, resolver contratos, y otras facultades delegables, ¿también les alcanza la acotada obligación?*”. [...] **2.2.** Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el numeral 4.3 del artículo 4 del Reglamento [cfr. art. 5.3 del Nuevo Reglamento] “*Los servidores del órgano encargado de las contrataciones de la Entidad que, en razón de sus funciones intervienen directamente en alguna de las fases de la contratación, deben ser profesionales y/o técnicos certificados*”. (El resaltado es agregado). Para dicho efecto, la Directiva N.º 003-2017-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 002-2018-OSCE/CD (D-035)] (en adelante, “la Directiva”) regula el “*Procedimiento para la certificación de profesionales y técnicos que laboren en los órganos encargados de las contrataciones de las Entidades*”, cuya finalidad es que las Entidades públicas cuenten con profesionales y técnicos certificados que laboren en los órganos encargados de las contrataciones. Al respecto, debe indicarse que, en concordancia con lo establecido en el acápite III de la Directiva, las disposiciones contenidas en dicho dispositivo **son**



de aplicación obligatoria para los profesionales y técnicos que laboren en los órganos encargados de las contrataciones de las Entidades sujetas a la Ley, y que intervengan directamente en alguna de las fases de la contratación pública, cualquiera sea el vínculo laboral o contractual que mantengan con la respectiva Entidad. En esa medida, se advierte que los profesionales y/o técnicos que deben estar certificados conforme a la normativa de contrataciones del Estado, son: aquellos servidores que laboren en el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, que de acuerdo a sus funciones, intervienen directamente en alguna de las fases del proceso de contratación, con independencia de la relación laboral o contractual que los vincule con la Entidad. [...] 3.4. [En] el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, se advierte que la obligación de contar con la certificación emitida por el OSCE alcanza a todos los servidores públicos que laboren en el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad y que intervengan directamente en las actuaciones y/o actividades comprendidas en alguna de las tres (3) fases del proceso de contratación pública, esto es, en la fase de actuaciones preparatorias, en la fase selectiva o en fase de ejecución contractual; con independencia del cargo que éstos posean. (Opinión N.º 134-2017/DTN, de 15-06-2017, ff. 2, 2.2 y 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PmTCRa>).

§ 968. La normativa de contratación pública no ha previsto un procedimiento para que el personal que se desempeña en el órgano encargado de las contrataciones que no cuenta con el perfil profesional o técnico descrito pueda optar por certificarse en los niveles básico, intermedio o avanzado descritos. CONSULTA: 2. “¿Cuál es el procedimiento que deberá seguir el personal que no cuenta con el requisito de formación académica de “egresado de educación superior técnico o universitaria” para renovar su certificación conforme a lo dispuesto en la Directiva N.º 013-2017-OSCE/CD?” [...] 2.2. Asimismo, la Directiva N.º 013-2017-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 002-2018-OSCE/CD (D-035)] (en adelante, “la Directiva”) regula la Certificación por Niveles de los Profesionales y Técnicos que Laboren en los Órganos Encargados de las Contrataciones de las Entidades Públicas, cuya finalidad es implementar la certificación por niveles de los profesionales y técnicos que laboren en los órganos encargados de las contrataciones, que contribuya a garantizar una gestión eficiente y competente de las contrataciones por parte de las Entidades. Al respecto, debe indicarse que, en concordancia con lo establecido en el acápite III de la Directiva, las disposiciones contenidas en dicho dispositivo son de aplicación obligatoria para los profesionales y técnicos que laboren en los órganos encargados de las contrataciones de las Entidades sujetas a la Ley, y que intervengan directamente en alguna de las fases de la contratación pública, cualquiera sea el vínculo laboral o contractual que mantengan con la respectiva Entidad. [...] 2.5. Por lo expuesto, de conformidad con lo establecido en el numeral 4.3 del artículo 4 del Reglamento, la Directiva sólo prevé que los profesionales o técnicos que se ajusten a los perfiles y requisitos descritos puedan optar por certificarse en los niveles básico, intermedio o avanzado descritos y con ello desempeñarse en el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad (en las fases de planificación y actos preparatorios, de selección o de ejecución contractual), con independencia de la relación laboral o contractual que los vincule con esta. En dicho contexto, la normativa de contratación pública y, consecuentemente, la Directiva no han previsto un procedimiento para que el personal que se desempeña en el órgano encargado de las contrataciones que no cuenta con el perfil profesional o técnico descrito pueda optar por certificarse en los niveles básico, intermedio o avanzado descritos. (Opinión N.º 245-2017/DTN, de 21-11-2017, ff. 2, 2.2 y 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QAgXEv>).

§ 969. La política nacional conducente a la profesionalización de la función pública en todos los niveles tiene como finalidad contar con personas calificadas en la administración pública. 2.1. [...] Ahora bien, el numeral 4.3 del artículo 4 del Reglamento [cfr. art. 5.3 del Nuevo Reglamento] establece que: “Los servidores del órgano encargado de las contrataciones de la Entidad que, en razón de sus funciones intervienen directamente en alguna de las fases de la contratación, deben ser profesionales o técnicos certificados.” (El resaltado es agregado). Es del caso destacar que el nivel profesional o técnico requerido a los servidores del órgano encargado de las contrataciones se encuentra alineado a las políticas nacionales de contratación establecidas en los perfiles de puesto de la Autoridad Nacional

del Servicio Civil - SERVIR. Dicha Entidad, a su vez, cimienta sus labores en las políticas de Estado suscritas en el Acuerdo Nacional y en la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública. En dicho contexto, el numeral 2.3 de la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública al 2021 establece que la misma tiene como objetivo general: *“Orientar, articular e impulsar en todas las entidades públicas, el proceso de modernización hacia una gestión pública para resultados que impacte positivamente en el bienestar del ciudadano y el desarrollo del país. Para lograrlo se plantea los siguientes objetivos específicos: (...) 5. Promover que el sistema de recursos humanos asegure la profesionalización de la función pública a fin de contar con funcionarios y servidores idóneos para el puesto y las funciones que desempeñan (...)”* Del mismo modo, el acápite 4 del numeral 3.2 de la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública al 2021, refiere respecto al servicio civil meritocrático, que: *“(...) La reforma del servicio civil iniciada por SERVIR se orienta a mejorar el desempeño y el impacto positivo que el ejercicio de la función pública debe tener sobre la ciudadanía sobre la base de los principios de mérito e igualdad de oportunidades como principales características del servicio civil. // Para ello, el modelo se orienta a la profesionalización de la función pública en todos los niveles, buscando atraer a personas calificadas a los puestos clave de la administración pública, y priorizando la meritocracia en el acceso, promoción, evaluación y permanencia a través de un sistema de gestión del capital humano del sector público, acorde con las nuevas tendencias del empleo a nivel mundial (...)”*. Además, la certificación por niveles también recoge las estrategias diseñadas en el Plan Estratégico de Contrataciones Públicas del Estado Peruano y las recomendaciones formuladas por organismos internacionales como la OCDE y el BID. En consecuencia, la política nacional conducente a la profesionalización de la función pública en todos los niveles tiene como finalidad contar con personas calificadas en la administración pública, lo cual ha sido recogido por la normativa de contratación pública a través de la exigencia de la certificación por niveles para los servidores del Órgano Encargado de las Contrataciones. Ello contribuirá a garantizar una gestión eficiente y competente de las contrataciones que las entidades realicen orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados. (Opinión N.º 245-2017/DTN, de 21-11-2017, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QAgXEv>).

§ 970. Los procesos de contratación en los que intervenga personal no certificado mantienen su validez. 3.2. La participación del personal no certificado por el OSCE en la realización de los procesos de contratación no es causal de nulidad, suspensión, cancelación o cualquier tipo de paralización del proceso de contratación, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que corresponda. (Opinión N.º 245-2017/DTN, de 21-11-2017, f. 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QAgXEv>).

§ 971. Las contrataciones de bienes o servicios realizadas a través de los Catálogos Electrónicos del Acuerdo Marco deben encontrarse incluidas en el Plan Anual de Contrataciones, salvo que su monto sea igual o menor a 8 UIT. Véase la jurisprudencia del artículo 115º del Nuevo Reglamento [§ 1571]. (Opinión N.º 139-2017/DTN, de 23-06-2017, ff. 2.1, 2.3, 3.1, 3.2, 3.3 y 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2B1bufi>).

§ 972. Corresponde a cada Entidad determinar, en su ROF u otros documentos de gestión interna, el órgano que tiene como función realizar las gestiones propias del abastecimiento, y será dicho órgano el responsable de la custodia del Expediente de Contratación. Véase la jurisprudencia del artículo 42º del Nuevo Reglamento [§ 1164]. (Opinión N.º 100-2018/DTN, de 27-06-2018, ff. 3.2 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zBCFNL>).

Artículo 6: Plan Anual de Contrataciones

6.1. El Plan Anual de Contrataciones es aprobado por el Titular de la Entidad o por el funcionario a quien se hubiera delegado dicha facultad, de conformidad con las reglas previstas en la normatividad del Sistema Nacional de Abastecimiento.

6.2. Luego de aprobado, el Plan Anual de Contrataciones, puede ser modificado en cualquier momento durante el año fiscal para incluir o excluir contrataciones.

6.3. La Entidad pública su Plan Anual de Contrataciones y sus modificaciones en el SEACE y, cuando lo tuviere, en su portal institucional. Dicha publicación se realiza dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la aprobación del Plan Anual de Contrataciones o de sus modificaciones, e incluye la publicación del correspondiente documento aprobatorio o modificatorio, de ser el caso.

6.4. Es requisito para la convocatoria de los procedimientos de selección, salvo para la Comparación de Precios, que estén incluidos en el Plan Anual de Contrataciones, bajo sanción de nulidad. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 002-2019-OSCE/CD, "Plan anual de contrataciones" (EP, 29-01-2019) [D-025].

OPINIONES DEL OSCE

§ 973. **Supuestos en los que se puede modificar el Plan Anual de Contrataciones.** 2.1.2. Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 del Reglamento [cfr. art. 6 del Nuevo Reglamento] y el numeral 6 de la Directiva N.º 005-2009-OSCE/CD [cfr. numeral 7.6 de la Directiva N.º 002-2019-OSCE/CD (D-025)] "Plan Anual de Contrataciones", el PAC puede ser modificado en cualquier momento durante el ejercicio fiscal, siempre que se produzca una reprogramación de las metas institucionales o una modificación de la asignación presupuestal, cuando se tenga que incluir o excluir procesos de selección o el valor referencial difiera [...] del valor estimado y ello varíe el tipo de proceso de selección. Para dicho efecto, resulta necesario que el Titular de la Entidad o el funcionario al cual se haya delegado la aprobación del PAC, emita el instrumento correspondiente, debiendo publicar el PAC modificado en el SEACE dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su aprobación, a través de los mismos medios con los que se publicó el PAC originalmente aprobado. Como puede apreciarse, la modificación del PAC está prevista para dos supuestos: (i) cuando una Entidad requiera incluir o excluir un proceso de selección; o (ii) cuando encontrándose previsto un proceso de selección dentro del PAC, como resultado del estudio de posibilidades que ofrece el mercado se haya determinado que el valor referencial difiere [...] del valor estimado (el cual figura en el PAC) y en consecuencia varía el tipo de proceso de selección. Siendo así, para que un proceso de selección que originalmente se encontraba previsto en el PAC sea excluido, debe concurrir alguno de los dos supuestos descritos, de forma tal que sea necesario excluir definitivamente el proceso de selección, al no existir la necesidad de contratar el objeto determinado o, de ser el caso, excluir el proceso de selección para, en su lugar, incluir otro tipo de proceso de selección por el mismo objeto de contratación. (Opinión N.º 052-2016/DTN, de 04-04-2016, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2GeobZR>).

§ 974. **El plan anual de contrataciones no puede ser modificado por causales distintas a las contenidas en la normativa de contrataciones del Estado y sus normas complementarias, como la Directiva sobre Plan Anual de Contrataciones.** CONSULTA: 2.2. "¿Puede ser modificado el Plan Anual de Contrataciones por causales diferentes a (i) Cuando la Entidad requiera incluir o excluir un proceso de selección en el Plan Anual de Contrataciones-PAC; y (ii) Cuando la Entidad requiera modificar el tipo de procedimiento de selección previsto en el Plan Anual de Contrataciones-PAC, en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado vigente y sus normas complementarias?" Como se ha indicado al absolver la consulta anterior, la modificación del PAC está prevista para dos supuestos: (i) cuando una Entidad tenga que incluir o excluir contrataciones; o (ii) cuando una Entidad varíe el tipo de procedimiento de selección. Por consiguiente, el PAC no puede ser modificado por otros supuestos. (Opinión N.º 172-2016/DTN, de 18-10-2016, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TdWsdE>).

§ 975. **Alcances de la modificación del PAC cuando la entidad requiera "incluir o excluir contrataciones".** CONSULTA: 2.3. "¿Qué comprende la modificación del Plan Anual de Contrataciones "Cuando la Entidad requiera incluir o excluir un proceso de selección en el Plan Anual de Contrataciones-PAC"?". Tal y como se señaló al absolver la consulta anterior, uno de los supuestos en los que debe modificarse

el PAC se da “cuando se tenga que incluir o excluir contrataciones”. Ahora bien, conforme se indica en la Directiva N.º 003-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 002-2019-OSCE/CD (D-025)], dicha causal de modificación se aplica cuando se produzca una reprogramación de las metas institucionales propuestas o una modificación de la asignación presupuestal que genere la inclusión o exclusión de contrataciones en el PAC. Es preciso mencionar que, si bien la programación de las contrataciones supone prever la satisfacción oportuna de los bienes, servicios y obras requeridos por la Entidad, en función a los objetivos y metas institucionales vinculados al Plan Operativo Institucional, así como sobre la base de la respectiva disponibilidad presupuestaria asignada en el presupuesto institucional aprobado en cada ejercicio fiscal, pueden producirse situaciones en las cuales producto de una reprogramación de las metas institucionales propuestas o de una modificación de la asignación presupuestal, deban incluirse o excluirse contrataciones en el PAC, situación en la que corresponde efectuar la modificación de dicho instrumento de gestión. (Opinión N.º 172-2016/DTN, de 18-10-2016, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TdWsdE>).

§ 976. Alcances de la causal de modificación del PAC cuando la entidad requiera “modificar el tipo de procedimiento de selección previsto” en el Plan Anual de Contrataciones. CONSULTA: 2.4. *“¿Qué comprende la modificación del Plan Anual de Contrataciones “Cuando la Entidad requiera modificar el tipo de procedimiento de selección previsto en el Plan Anual de Contrataciones-PAC”?”*. Tal y como se señaló al absolver la segunda consulta, uno de los supuestos en los que debe modificarse el PAC se da “cuando se modifique el tipo de procedimiento de selección”. Ahora bien, conforme se indica en la Directiva N.º 003-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 002-2019-OSCE/CD (D-025)], dicha causal de modificación se aplica cuando como resultado de la actualización del valor estimado, en caso de bienes, servicios y consultorías en general; o, de la determinación del valor referencial, en el caso de obras y consultoría de obras, se produzca una modificación en el tipo de procedimiento de selección. Es preciso mencionar que los montos indicados en el PAC pueden ser objeto de modificación debido a la actualización del valor estimado o del valor referencial, según corresponda, conforme a lo previsto en los artículos 12 y 13 del Reglamento, en caso se modifiquen dichos valores y ello implique variar el tipo del procedimiento de selección, corresponderá modificar el PAC. (Opinión N.º 172-2016/DTN, de 18-10-2016, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TdWsdE>).

§ 977. La modificación de la fecha prevista en la Convocatoria de un proceso de selección contemplado en el plan Anual de Contrataciones no implica la modificación del PAC. CONSULTA: 2.5. *“¿La modificación de fecha prevista en la Convocatoria de un proceso de selección contemplado en el Plan Anual de Contrataciones-PAC implica necesariamente la modificación del PAC, en el marco de lo regulado por el artículo 6º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [...] y el numeral 7.6 de la Directiva N.º 003-2016-OSCE/DN [cfr. Directiva N.º 002-2019-OSCE/CD (D-025)] [...]?”* Como se ha indicado al absolver las consultas anteriores, existen dos supuestos en donde corresponde la modificación del PAC: (i) cuando una Entidad tenga que incluir o excluir contrataciones; o (ii) cuando una Entidad varíe el tipo de procedimiento de selección. Al respecto, dentro de dichos supuestos no se encuentra el hecho de que se haya modificado la fecha prevista para la convocatoria de un procedimiento de selección previsto en el PAC. Sobre el particular, el acápite 7.7.1 del numeral 7.7 de la Directiva N.º 003-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 002-2019-OSCE/CD (D-025)] establece que es responsabilidad del Titular de la Entidad o del funcionario encargado de la aprobación y/o modificación del PAC, así como del órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, la ejecución de los procedimientos de selección y las contrataciones programadas en el PAC en la fecha prevista, sin perjuicio de la responsabilidad de los demás órganos y de todo funcionario o servidor de la Entidad que intervenga en los procesos de contratación en el marco de sus funciones previstas en la Ley, el Reglamento y las normas de organización interna de la Entidad. (Opinión N.º 172-2016/DTN, de 18-10-2016, f. 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TdWsdE>).

§ 978. La convocatoria de un proceso de selección en una fecha diferente a la fecha prevista en el Plan Anual de Contrataciones no es causal de nulidad. CONSULTA: 2.6. *“¿La convocatoria de un proceso de selección en una fecha diferente a la fecha prevista en la Convocatoria de un proceso de selección*



contemplado en el Plan Anual de Contrataciones-PAC, constituye causal de nulidad del referido proceso de selección de llevarse a cabo?” Uno de los elementos que debe incluirse en el PAC como parte de la información de las contrataciones de bienes, servicios u obras que se realicen durante un determinado ejercicio presupuestal es la fecha prevista para la convocatoria del procedimiento de selección. Así, dicho elemento permite establecer una fecha referencial en la cual se efectuará la convocatoria y cuyo incumplimiento acarrea las responsabilidades indicadas en el numeral 7.7.1 de la Directiva N.º 003-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 002-2019-OSCE/CD (D-025)] antes mencionado. Ahora bien, el hecho de realizar la convocatoria de un procedimiento de selección en una fecha distinta a la fecha prevista en el PAC no invalida o afecta el propio acto de la convocatoria ni el desarrollo del procedimiento de selección, el mismo que se realiza de manera independiente. (Opinión N.º 172-2016/DTN, de 18-10-2016, f. 2.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TdWsdE>).

§ 979. Los Convenios Interinstitucionales no requieren ser incluidos en el Plan Anual de Contrataciones, sin embargo, las contrataciones que se llevaran a cabo para alcanzar la finalidad perseguida por tales convenios si deben ser incluidas obligatoriamente en el PAC. Véase la jurisprudencia del artículo 15º de la Ley [§ 427]. (Opinión N.º 114-2016/DTN, de 25-07-2015, ff. 2.1, 2.1.4 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SQATzA>).

§ 980. No se configurará el fraccionamiento indebido si con posterioridad a la aprobación del PAC surge una necesidad extraordinaria que implique contratar un bien o servicio con características similares al de una contratación ya programada. Véase la jurisprudencia del artículo 40º del Nuevo Reglamento [§ 1155]. (Opinión N.º 034-2012/DTN, de 28-02-2012, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CZSP5D>).

REMISIÓN

§ 980a. Sobre el Plan anual de contrataciones. Véase también la jurisprudencia del artículo 15º de la Ley [§ 427 ss.] y de la Directiva N.º 002-2019-OSCE/CD [§ 2258 ss.].

Artículo 7: Impedimentos

7.1. El impedimento previsto en el literal n) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley se aplica a:

a) Las personas jurídicas, cuyos representantes legales o personas vinculadas han sido condenados en el país o en el extranjero, mediante sentencia consentida o ejecutoriada, por delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, delitos cometidos en remates o procedimientos de selección o delitos equivalentes en otros países.

b) Las personas jurídicas, cuyos representantes legales o personas vinculadas hubiesen admitido o reconocido la comisión de cualquiera de los delitos señalados en el literal precedente, ante alguna autoridad nacional o extranjera competente.

c) Los consorciados cuyos representantes legales o personas vinculadas han sido condenados en el país o en el extranjero, mediante sentencia consentida o ejecutoriada, por los delitos previstos en el literal a) del presente artículo, o han admitido o reconocido la comisión de cualquiera de dichos delitos, ante alguna autoridad nacional o extranjera competente.

7.2. En relación con lo previsto en el literal n) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, se entiende como persona vinculada a una persona natural o jurídica a:

a) Cualquier persona jurídica que sea propietaria directa de más del treinta por ciento (30%) de las acciones representativas del capital o tenedora de participaciones sociales en dicho porcentaje en la propiedad de esta.

b) Cualquier persona natural o jurídica que ejerce un control sobre esta y las otras personas sobre las cuales aquella ejerce también un control.

7.3. Los impedimentos previstos en los literales m) y n) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley se mantienen vigentes por el plazo de la condena o, en el caso de admisión o reconocimiento de la comisión del delito, por el plazo mínimo previsto como pena para este.

OPINIONES DEL OSCE

§ 981. El impedimento previsto en el literal n) del artículo 11 de la Ley se aplica, en el caso de consorcios, únicamente a los integrantes del consorcio cuyos representantes legales o personas vinculadas han sido condenados o han admitido la comisión de cualquiera de los delitos previstos en el referido literal. Véase la jurisprudencia del artículo 11.1.n de la Ley [§ 395]. (Opinión N.º 088-2017/DTN, de 21-03-2017, ff. 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2VFsam1>).

REMISIÓN

§ 981a. Sobre los impedimentos para contratar con el Estado. Véase la jurisprudencia del artículo 11º de la Ley [§ 329 ss.].

TÍTULO II REGISTRO

CAPÍTULO I REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES

Artículo 8: Finalidad y organización

8.1. El RNP, mediante mecanismos de revisión, análisis y control soportados en el uso de tecnologías de información, administra y actualiza la base de datos de los proveedores para la provisión de bienes, servicios, consultoría de obras y ejecución de obras, a las Entidades.

8.2. El RNP está organizado por procedimientos de inscripción, actualización de información de las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, interesadas en contratar con el Estado, así como por procedimientos de publicidad de esta información, promoción de acceso y fidelización de permanencia, incluyendo procedimientos de monitoreo y control para asegurar la veracidad y la calidad de la información. Para la tramitación electrónica de los procedimientos seguidos ante el RNP los proveedores usan las plataformas informáticas disponibles.

8.3. El RNP opera los siguientes registros: i) proveedores de bienes, ii) proveedores de servicios, iii) consultores de obras, y iv) ejecutores de obras. ^{(a) (b) (c) (d)}

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

- (a) Véase la Directiva N.º 016-2016-OSCE/CD, "Procedimiento para la inscripción, renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad y categorías e inscripción de subcontratos de ejecutores y consultores de obra en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)" (EP, 11-01-2016) [D-010].
- (b) Véase la Directiva N.º 015-2016-OSCE/CD, "Procedimiento para la inscripción y renovación de inscripción de proveedores de bienes y servicios en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)" (EP, 11-01-2016) [D-011].
- (c) Véase la Directiva N.º 012-2016-OSCE/CD, "Procedimiento de declaración del récord de ejecución y consultoría de obras en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)" (EP, 11-01-2016) [D-014].
- (d) Véase la Directiva N.º 009-2012-OSCE/CD, "Directiva para la fiscalización posterior aleatoria de los procedimientos administrativos seguidos ante el Registro Nacional de Proveedores" (EP, 18-09-2012) [D-015].



REMISIÓN

§ 981a. Sobre el Registro Nacional de Proveedores. Véase la jurisprudencia del artículo 46° de la Ley [§ 772 ss.].

Artículo 9: Inscripción en el RNP

9.1. Los proveedores se incorporan al RNP mediante el procedimiento de inscripción, cuyos requisitos se establecen en el Reglamento.

9.2. En el RNP se inscriben todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que deseen participar en procedimientos de selección y/o contratar con el Estado, para la provisión de bienes, servicios, consultoría de obras y la ejecución de obras, sea que se presenten de manera individual o en consorcio.

9.3. Al momento de la inscripción, en el caso de consultores de obras, el RNP les asigna una especialidad y una categoría conforme a dicha especialidad; y, en el caso de ejecutores de obras, una capacidad máxima de contratación.

9.4. La inscripción en el RNP tiene vigencia indeterminada. Dicha vigencia está sujeta al cumplimiento, por parte del proveedor, de las reglas de actualización de información previstas en el Reglamento.

9.5. El incumplimiento de dichas reglas afecta la vigencia de la inscripción conforme se establece en el Reglamento.

9.6. La información declarada por los proveedores, así como la documentación o información presentada en cumplimiento de las reglas de actualización y de los procedimientos seguidos ante el RNP, tienen carácter de declaración jurada, sujetándose al Principio de Presunción de Veracidad.

9.7. El proveedor, su apoderado y representante legal, al utilizar el usuario y clave del RNP asignados, son responsables de su uso adecuado, así como de la información y de la documentación presentada.

9.8. El proveedor, a partir del día siguiente de su inscripción o reinscripción en el RNP, puede acceder electrónicamente a su constancia de inscripción a través del portal institucional.

9.9. Los proveedores son responsables de no estar impedidos, al registrarse como participantes, en la presentación de ofertas, en el otorgamiento de la buena pro y en el perfeccionamiento del contrato.

9.10. En los momentos previstos en el numeral anterior, las Entidades verifican en el RNP el estado de la vigencia de inscripción de los proveedores.

9.11. El RNP, a efectos de verificar la información declarada por los proveedores, hace uso de la información que figure registrada ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP, la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones - SBS; así como ante los Colegios Profesionales y otras entidades públicas, según corresponda. (a) (b) (c) (d) (e)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

- (a) Véase la Directiva N.º 016-2016-OSCE/CD, "Procedimiento para la inscripción, renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad y categorías e inscripción de subcontratos de ejecutores y consultores de obra en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)" (EP, 11-01-2016) [D-010].
- (b) Véase la Directiva N.º 015-2016-OSCE/CD, "Procedimiento para la inscripción y renovación de inscripción de proveedores de bienes y servicios en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)" (EP, 11-01-2016) [D-011].
- (c) Véase la Directiva N.º 014-2016-OSCE/CD, "Disposiciones aplicables al procedimiento de actualización de información en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)" (EP, 11-01-2016) [D-012].
- (d) Véase la Directiva N.º 012-2016-OSCE/CD, "Procedimiento de declaración del récord de ejecución y consultoría de obras en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)" (EP, 11-01-2016) [D-014].
- (e) Véase la Directiva N.º 009-2012-OSCE/CD, "Directiva para la fiscalización posterior aleatoria de los procedimientos administrativos seguidos ante el Registro Nacional de Proveedores" (EP, 18-09-2012) [D-015].

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 982. Si el postor presenta una propuesta sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores, se configura infracción, sin necesidad de requisitos adicionales. El postor no puede presentar propuestas si su solicitud de registro aún se encuentra en trámite. Véase la jurisprudencia del artículo 50.1.k de la Ley [§ 893]. (Resolución N.º 2441-2016-TCE-S3, de 14-10-2016, ff. 6, 13 y 20. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2TlhCHk>).

§ 983. Para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista del Estado se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP). Véase la jurisprudencia del artículo 46º de la Ley [§ 777]. (Resolución N.º 2847-2016-TCE-S4, de 02-12-2016, ff. 3 al 5. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2BLEo4j>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 984. Es obligación de la Entidad verificar que la inscripción de los proveedores en el RNP se encuentre vigente durante todo el proceso de selección, hasta la suscripción del contrato. Actuación del Comité de selección en caso se verifique la falta de inscripción en el RNP del postor ganador de la buena pro. 2.1. CONSULTA: “La Inscripción en el Registro Nacional de Proveedores habilita a las personas naturales o jurídicas para ser participantes, postores y/o contratistas en los diversos procesos de selección que convoquen las Entidades del Estado. Siendo ello así, una vez convocado un Procesos de Selección, la Entidad ¿En qué etapas del proceso de selección está obligada a verificar la inscripción y vigencia del RNP?” 3. CONCLUSIONES: 3.1. Es obligación de la Entidad verificar que la inscripción de los proveedores en el RNP se encuentre vigente durante todo el proceso de selección, hasta la suscripción del contrato. 3.2. Si al momento de otorgar la buena pro el Comité Especial advierte que el postor ganador perdió la vigencia de su inscripción en el RNP durante alguna etapa previa del proceso de selección, la propuesta de dicho postor debe ser descalificada, no pudiéndose otorgarle la buena pro. 3.3. Si al momento del otorgamiento de la buena pro el Comité Especial advierte que el postor que quedó en primer lugar no cuenta con el RNP vigente, debe descalificar dicha propuesta y otorgar la buena pro al postor que quedó en segundo lugar. No obstante, si sólo existía una oferta válida corresponde que el Comité Especial declare desierto el proceso de selección. 3.4. El Titular de la Entidad sólo puede declarar la nulidad de oficio del proceso de selección, cuando exista en su desarrollo un vicio que determine su ilegalidad, por lo que, si al momento de otorgar la buena pro, se advierte que el postor no cuenta con inscripción vigente en el RNP corresponde que el Comité Especial descalifique la propuesta. 3.5. De acuerdo a lo indicado en la “Guía rápida de Inscripción de Proveedores de Bienes y Servicios” del portal del Registro Nacional de Proveedores, la vigencia de la inscripción de un proveedor en el RNP se encuentra en “estado suspendido”, cuando este no cumple con subsanar, dentro del plazo establecido, las observaciones formuladas a su trámite de inscripción en dicho Registro. (Opinión N.º 050-2012/D/TN, de 23-03-2012, ff. 2.1, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4 y 3.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ByuuBW>).

§ 985. Para determinar si una sociedad de auditoría debe estar inscrita en el RNP se debe observar las normas que establezca dicho régimen legal. CONSULTA: “Teniendo en cuenta que las Entidades contratan a las Sociedades de Auditoría, ¿Resulta obligatorio que dichas Sociedades cuenten con RNP?” [...] 2.3. [...] [Es] importante señalar que si bien la normativa de contrataciones del Estado contempla -de manera expresa- los supuestos que se encuentran excluidos de su ámbito de aplicación, ello no implica que estos sean los únicos casos en los cuales no resulten aplicables las disposiciones de dicha normativa, toda vez que mediante ley pueden establecerse “mecanismos excepcionales de adquisición” al régimen general de contratación pública (en virtud de los cuales puede inaplicarse total o parcialmente las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado); tal como lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional [Exp. N.º 020-2003-AI/TC (§ 36)]. Al respecto, tomando en consideración el tenor de la consulta planteada, se puede apreciar que la misma está referida a las contrataciones que realizan las Entidades con las Sociedades de Auditoría, conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley N.º 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la Re-



pública. Como se aprecia, el marco normativo que regula las contrataciones con las Sociedades de Auditoría corresponde a un régimen legal que forma parte del Sistema Nacional de Control, y está a cargo de la Contraloría General de la República. De esta manera, si bien dichas contrataciones involucran la erogación de fondos públicos para asumir el pago de los servicios realizados por las Sociedades de Auditoría en las Entidades, estas se realizan al amparo de un marco normativo regulado por la Contraloría General de la República; el cual no forma parte de la normativa de contrataciones del Estado y, por tal motivo, no puede ser objeto de análisis por parte de esta Dirección. 2.4. Por lo expuesto, se advierte que la obligación de contar con inscripción en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) es exigible en el marco de los procesos de contratación que se realicen al amparo de la normativa de contrataciones del Estado; sin perjuicio de lo cual, a efectos de verificar si tal exigencia resulta aplicable a las contrataciones con las Sociedades de Auditoría que regula la Contraloría General de la República, corresponde observar las normas que establezca dicho régimen legal. (Opinión N.º 098-2018/DTN, de 27-06-2018, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KOKZhL>).

§ 986. Los proveedores extranjeros no domiciliados que no cuenten con representante legal o apoderado en el Perú pueden participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado la provisión de bienes sofisticados y/o servicios especializados, siempre que se encuentran inscritos en el Registro Nacional de Proveedores. CONSULTA: 2.1. *“Con respecto a los Proveedores Extranjeros, ¿Deben encontrarse inscritos en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) los Proveedores Extranjeros No Domiciliados sin representante legal ni apoderado, que deseen ser Participantes, Postores y/o Contratistas en los Procedimientos de Selección, en marco de la Normativa de Contrataciones?”*. [...] Al respecto, debe señalarse que, de conformidad con el artículo 46 de la Ley, para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP). En ese mismo sentido, el artículo 238 del Reglamento [cfr. arts. 9 y 11 del Nuevo Reglamento] señala que las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que deseen participar en procedimientos de selección y/o contratar con el Estado la provisión de bienes, servicios, consultoría de obras y ejecución de obras, ya sea de manera individual o en consorcio, deben encontrarse inscritas en el Registro Nacional de Proveedores; para lo cual, deberán contar con: i) capacidad legal, ii) solvencia económica, y iii) capacidad técnica. Asimismo, el mencionado artículo establece un listado de supuestos bajo los cuales se acredita la capacidad legal, precisando en su numeral 5 lo siguiente: “Las personas jurídicas extranjeras no domiciliadas en el Perú para la provisión de bienes y servicios deben haber sido constituidas de conformidad con la ley de su lugar de origen, y cumplir con los requisitos establecidos en el presente Reglamento y las normas conexas.” Así, la normativa de contrataciones del Estado permite a las personas jurídicas extranjeras no domiciliadas en el Perú, inscribirse en el capítulo de proveedores de bienes y/o servicios del RNP, siempre que estas acrediten contar -entre otras condiciones- con capacidad legal, para lo cual, deben encontrarse constituidas conforme al ordenamiento jurídico de su lugar de origen y cumplir con los demás requisitos previstos en el Reglamento y las normas que emita el OSCE para tales efectos. Precizando lo anterior, debe señalarse que la Directiva N.º 015-2016-OSCE/CD [D-011], “Procedimiento para la inscripción y renovación de inscripción de proveedores de bienes y servicios en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)” (en adelante, la “Directiva”), establece las condiciones y requisitos que deben acreditar los proveedores extranjeros no domiciliados en el Perú, que deseen inscribirse o renovar su inscripción como proveedores de bienes y/o servicios en el RNP. En tal sentido, el numeral 7.3 de la misma Directiva precisa que las Entidades que requieran contratar bienes sofisticados y/o servicios especializados con proveedores extranjeros no domiciliados sin representante legal o apoderado en el Perú, podrán designar a un funcionario que se encargue de realizar las gestiones para la inscripción y/o renovación de inscripción de dichos proveedores en el capítulo de bienes y/o servicios del RNP; a efectos de que estos puedan participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado. Adicionalmente, cabe precisar que la Directiva N.º 016-2016-OSCE/CD [D-010], “Procedimiento y plazos para la inscripción, renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad e inscripción de subcontratos de ejecutores y consultores de obras en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)”, no ha previsto procedimiento alguno mediante el cual los proveedores extranjeros no domiciliados sin representante legal o apoderado en el Perú, puedan

registrarse en el capítulo de consultores y ejecutores de obras del RNP. En consecuencia, los proveedores extranjeros no domiciliados sin representante legal o apoderado en el Perú, podrán ser inscritos por un funcionario de la Entidad interesada, únicamente en el capítulo de proveedores de bienes y servicios del Registro Nacional de Proveedores, siguiendo el procedimiento establecido en el numeral 7.3 de la Directiva N.º 015-2016-OSCE/CD, a efectos de participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado. (Opinión N.º 103-2016/DTN, de 13-06-2016, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ltu5X>).

§ 987. Cuando una Entidad requiera contratar con un proveedor no domiciliado en el país sin representante legal bajo la normativa de contrataciones del Estado, deberá requerir al proveedor la inscripción en el RNP siguiendo el procedimiento previsto en la Directiva N.º 015-2016-OSCE/CD. CONSULTA: “(...) formular consulta respecto al procedimiento a seguir para contratar los servicios jurídicos (informes jurídicos escritos) que serán brindados por una prestigiosa Universidad extranjera, a través de uno de sus profesionales altamente calificados. Cabe señalar que tales servicios jurídicos serán contratados por montos no mayores a las 8 UITs”. [...] CONCLUSIONES: **3.1.** Cuando una Entidad requiera contratar con un proveedor no domiciliado en el país, bajo los métodos de contratación previstos en la normativa de contrataciones del Estado, incluidas las contrataciones iguales o menores a 8 UIT, deberá requerir al proveedor que se encuentre inscrito en el RNP. **3.2.** El proveedor no domiciliado en el país, debe inscribirse en el RNP, siguiendo el procedimiento previsto en el numeral 7.3 de la Directiva N.º 015-2016-OSCE/CD [D-011] y el Procedimiento N.º 44 del TUPA del OSCE. (Opinión N.º 146-2016/DTN, de 01-09-2016, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LvyOqq>).

§ 988. Los proveedores extranjeros no domiciliados que no cuenten con representante legal o apoderado en el Perú pueden participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado la provisión de bienes sofisticados y/o servicios especializados, siempre que se encuentran inscritos en el Registro Nacional de Proveedores. CONSULTA: **2.1.** “Con respecto a los Proveedores Extranjeros, ¿Deben encontrarse inscritos en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) los Proveedores Extranjeros No Domiciliados sin representante legal ni apoderado, que deseen ser Participantes, Postores y/o Contratistas en los Procedimientos de Selección, en marco de la Normativa de Contrataciones?”. [...] Al respecto, debe señalarse que, de conformidad con el artículo 46 de la Ley, para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP). En ese mismo sentido, el artículo 238 del Reglamento [cfr. arts. 9 y 11 del Nuevo Reglamento] señala que las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que deseen participar en procedimientos de selección y/o contratar con el Estado la provisión de bienes, servicios, consultoría de obras y ejecución de obras, ya sea de manera individual o en consorcio, deben encontrarse inscritas en el Registro Nacional de Proveedores; para lo cual, deberán contar con: i) capacidad legal, ii) solvencia económica, y iii) capacidad técnica. Asimismo, el mencionado artículo establece un listado de supuestos bajo los cuales se acredita la capacidad legal, precisando en su numeral 5 lo siguiente: “Las personas jurídicas extranjeras no domiciliadas en el Perú para la provisión de bienes y servicios deben haber sido constituidas de conformidad con la ley de su lugar de origen, y cumplir con los requisitos establecidos en el presente Reglamento y las normas conexas.” Así, la normativa de contrataciones del Estado permite a las personas jurídicas extranjeras no domiciliadas en el Perú, inscribirse en el capítulo de proveedores de bienes y/o servicios del RNP, siempre que estas acrediten contar -entre otras condiciones- con capacidad legal, para lo cual, deben encontrarse constituidas conforme al ordenamiento jurídico de su lugar de origen y cumplir con los demás requisitos previstos en el Reglamento y las normas que emita el OSCE para tales efectos. Precisando lo anterior, debe señalarse que la Directiva N.º 015-2016-OSCE/CD [D-011], “Procedimiento para la inscripción y renovación de inscripción de proveedores de bienes y servicios en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)” (en adelante, la “Directiva”), establece las condiciones y requisitos que deben acreditar los proveedores extranjeros no domiciliados en el Perú, que deseen inscribirse o renovar su inscripción como proveedores de bienes y/o servicios en el RNP. En tal sentido, el numeral 7.3 de la misma Directiva precisa que las Entidades que requieran contratar bienes sofisticados y/o servicios especializados con proveedores extranjeros no domiciliados sin representante

legal o apoderado en el Perú, podrán designar a un funcionario que se encargue de realizar las gestiones para la inscripción y/o renovación de inscripción de dichos proveedores en el capítulo de bienes y/o servicios del RNP; a efectos de que estos puedan participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado. Adicionalmente, cabe precisar que la Directiva N.º 016-2016-OSCE/CD [D-010], “Procedimiento y plazos para la inscripción, renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad e inscripción de subcontratos de ejecutores y consultores de obras en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)”, no ha previsto procedimiento alguno mediante el cual los proveedores extranjeros no domiciliados sin representante legal o apoderado en el Perú, puedan registrarse en el capítulo de consultores y ejecutores de obras del RNP. En consecuencia, los proveedores extranjeros no domiciliados sin representante legal o apoderado en el Perú, podrán ser inscritos por un funcionario de la Entidad interesada, únicamente en el capítulo de proveedores de bienes y servicios del Registro Nacional de Proveedores, siguiendo el procedimiento establecido en el numeral 7.3 de la Directiva N.º 015-2016-OSCE/CD, a efectos de participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado. (Opinión N.º 103-2016/DTN, de 13-06-2016, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ldu5X>).

§ 989. Una persona jurídica matriz que posee una sucursal domiciliada en el país y esta última cuenta con inscripción en el RNP, no podrá efectuar un nuevo registro como persona jurídica extranjera no domiciliada, aún si la sucursal tuviese un objeto social más limitado. Véase la jurisprudencia del numeral 2 del Anexo de Procedimientos del Reglamento [§ 2194]. (Opinión N.º 190-2016/DTN, de 02-12-2016, ff. 2.2, 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LBsZYy>).

§ 990. Las contrataciones iguales o inferiores a 8 UIT pero mayores a 1 UIT requieren que el proveedor que realizará dicha contratación se encuentre inscrito en el Registro Nacional de Proveedores. Véase la jurisprudencia del artículo 5.1.a de la Ley [§ 270]. (Opinión N.º 046-2016/DTN, de 21-03-2016, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2GdWjW1>).

REMISIÓN

§ 990a. Sobre el procedimiento para la inscripción y renovación de inscripción de proveedores y servicios en el RNP. Véase también la jurisprudencia de la Directiva N.º 015-2016-OSCE/CD [§ 2235 ss.].

Artículo 10: Excepciones

No requieren inscribirse como proveedores en el RNP:

- a) Las Entidades del Estado comprendidas en el artículo 3 de la Ley.
- b) Las sociedades conyugales y las sucesiones indivisas para celebrar contratos sobre bienes y servicios.
- c) Aquellos proveedores cuyas contrataciones sean por montos iguales o menores a una (1) UIT. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

- (a) Véase la Directiva N.º 011-2017-OSCE/CD, “Procedimiento para la emisión, actualización y desactivación del certificado SEACE, así como las responsabilidades por su uso” (EP, 31-03-2017) [D-006].

OPINIONES DEL OSCE

§ 991. El Estado posibilita la participación de las sociedades conyugales en aras de obtener mejores propuestas y que los proveedores cuenten con mayores posibilidades de acceso a los procesos de selección (art. 10.b). 2.1. [...] De conformidad con la normativa vigente, pueden participar en los procesos de selección y contratar con el Estado todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o

extranjeras, que cuenten con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores y que no estén incursas en alguno de los impedimentos establecidos en [...] la Ley. Sobre el particular, cabe indicar que las definiciones de “proveedor” y “postor” que se encuentran incluidas en el Anexo de Definiciones del Reglamento, están referidas a la calidad de personas “naturales” y “jurídicas” para brindar bienes, servicios o ejecutar obras, o para presentar su propuesta en un proceso de selección, respectivamente; sin embargo, dicha conceptualización resulta reducida ante la existencia de otros sujetos de derecho que podrían participar en un proceso de selección y, eventualmente, realizar prestaciones a favor del Estado, como es el caso de las sociedades conyugales. En efecto, siendo que la sociedad conyugal responde a una vinculación típicamente familiar entre marido y mujer, de la cual se derivan numerosos efectos, entre otros, de orden civil, como en el caso de la mancomunidad de bienes que, cualquiera que fuese el cónyuge que los adquirió durante el matrimonio, son representados como patrimonio autónomo, nada obstaría que, al representar un patrimonio común que no se encuentra dividido en partes alícuotas, pueda contratar con el Estado. Adicionalmente a ello, cabe señalar que la normativa vigente no establece restricción alguna que impida la participación de las sociedades conyugales en los procesos de selección o limite la celebración de contratos con las Entidades del Estado, sino por el contrario, posibilita su participación en aras de obtener mejores propuestas y que los proveedores cuenten con mayores posibilidades de acceso a los procesos de selección. Tal es el caso, de lo dispuesto en el inciso 2) del artículo 256º del Reglamento [cfr. art. 10.b del Nuevo Reglamento], en el que se ha previsto que, para la participación de las sociedades conyugales, tanto en los procesos de selección, como en la celebración de los contratos con el Estado, no se requiere que estas se encuentren inscritas en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), lo cual constituye un requisito indispensable que todo proveedor debe cumplir a efectos de contratar con la Administración Pública. [...] (Opinión N.º 015-2010/DTN, de 09-02-2010, f. 2.1. Dirección Técnico Normativo. Texto completo: <bit.ly/2B0Fo3W>).

§ 992. Si uno de los cónyuges se presenta a un concurso público como persona natural ofreciendo en su propuesta técnica el arrendamiento de un bien perteneciente a la sociedad conyugal, deberá acreditar poder suficiente bajo la formalidad exigida en las bases administrativas del procedimiento. 2.2. *“Si uno de los cónyuges se presenta a un concurso público como persona natural con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores y una carta simple del otro cónyuge, ofreciendo en su propuesta técnica el arrendamiento de un inmueble que pertenece a la sociedad conyugal ¿Puede participar dicho cónyuge en el proceso de selección? En caso hubiere sido admitido, obteniendo la buena pro, y suscrito el contrato, ¿es válido el contrato? ¿El contrato es nulo? ¿El contrato es anulable? ¿Cuáles son las consecuencias legales que recae sobre el mismo?”.* [...] [P]uede darse el caso que uno de los cónyuges se presente como persona natural dentro del proceso de selección, ofertando la propiedad que forma parte de la sociedad de gananciales. En estos casos, es importante resaltar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 1667 del Código Civil *“Puede dar en arrendamiento el que tenga esta facultad respecto de los bienes que administra”*. Asimismo, el artículo 313 del Código Civil precisa que, *“Corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social. Sin embargo, cualquiera de ellos puede facultar al otro para que asuma exclusivamente dicha administración respecto de todos o de algunos de los bienes”*. [...] De esta forma, en un proceso de selección que tiene por objeto la contratación de un arrendamiento, la sociedad conyugal puede encontrarse representada por uno de los cónyuges, debiendo la Entidad verificar que este se encuentre debidamente facultado para efectuar actos de administración sobre el inmueble ofrecido. [...] En dicho sentido, en lo que respecta a los actos de administración sobre los bienes comunes a los que se refiere el artículo 313 del Código Civil, el poder conferido se califica como uno general, que según lo dispuesto por el artículo 155 del Código Civil, es otorgado para la realización de todos los actos que normalmente realizaría un titular para la administración de su patrimonio. [...] Sin embargo, si bien la legislación nacional ha optado por la representación como uno de los mecanismos que permite la gestión del patrimonio común por uno sólo de los cónyuges, no se ha regulado la formalidad que ha de revestir el acto de apoderamiento que otorga un cónyuge a favor del otro. Esto es, la formalidad con la cual debe contar el poder general otorgado; si es que bastará una carta de autorización simple, una carta con firmas legalizadas o un poder inscrito en los registros públicos. [...] Para que dicho poder, surta los efectos deseados resulta necesario que se encuentre revestido de



cierta formalidad, la misma que le otorgara validez y eficacia para su ejecución. Así, en la contratación pública, las formalidades que se requieren para la presentación de los documentos en un proceso de selección, son aquellas que se establecen en las bases administrativas del proceso y la normativa de contrataciones del Estado. De esta forma, corresponde a cada Entidad definir con precisión, dentro de las bases administrativas del proceso, la formalidad requerida para el poder a través del cual uno de los cónyuges podrá acreditar estar facultado para arrendar una propiedad común, que forma parte de la sociedad de gananciales. Para ello, las Entidades deberán considerar la envergadura del proceso, así como los principios de moralidad, razonabilidad y economía que deben regir en todos los procesos de selección. (Opinión N.º 049-2015/DTN, de 06-04-2015, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MqsS2c>).

§ 993. En los contratos de servicios celebrados antes del 09 de enero de 2016 no resulta obligatorio que los proveedores cuenten con inscripción vigente en el RNP, siempre y cuando el monto del contrato sea igual o inferior a 3 UIT. CONSULTA: 2.1. “*Los contratos de servicios (Locación de Servicios), que se suscribieron antes del 09 de enero del 2016, y cuyo monto es mayor a 1 UIT y menor a 8 UIT, es obligatorio que los proveedores cuenten con su RNP vigente.*” 2.1.1. [...] En consecuencia, cuando se trate de procesos de selección convocados antes de la entrada en vigencia de la Ley, se deben aplicar las disposiciones del Decreto Legislativo N.º 1017 y de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 184-2008-EF, los cuales, junto con las directivas correspondientes, constituían la anterior normativa de contrataciones del Estado, [...] 2.1.3. [...] Por tanto, para el caso de los contratos de servicios suscritos antes del 9 de enero de 2016 no resultaba obligatorio que los proveedores cuenten con inscripción vigente en el RNP cuando el monto del contrato era igual o inferior a tres (3) Unidades impositivas Tributarias (3 UIT); no obstante ello, cuando el importe de la contratación superaba las 3 UIT, los proveedores debían mantener vigente su inscripción hasta el momento de la suscripción del contrato. (Opinión N.º 096-2016/DTN, de 06-07-2016, ff. 2.1, 2.1.1. y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2NyJt4l>).

§ 994. En los contratos de servicios celebrados después del 09 de enero de 2016 no resulta obligatorio que los proveedores cuenten con inscripción vigente en el RNP, siempre y cuando el monto del contrato sea igual o inferior a 1 UIT. CONSULTA: 2.2. “*Los contratos de servicios (Locación de Servicios), que se suscribieron después del 09 de enero del 2016, y cuyo monto es mayor a 1UIT y menor a 8 UIT, es obligatorio que los proveedores cuenten con su RNP vigente.*” 2.2.1. [...] En esa línea, cuando la normativa de contrataciones del Estado vigente sea de aplicación, debe considerarse que el literal a) del artículo 5 de la Ley establece que las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias -vigentes al momento de la transacción- constituyen supuestos de inaplicación sujetos a supervisión por parte del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE. No obstante ello, el segundo párrafo de la Segunda Disposición Complementaria Final del Reglamento dispone que, “*A las contrataciones que se realicen bajo el supuesto del literal a) del artículo 5 de la Ley, les aplica la obligación de contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores, en el registro que corresponda, salvo en aquellas contrataciones con montos iguales o menores a una Unidad Impositiva Tributaria (1 UIT).*” [cfr. art. 10 del Nuevo Reglamento] [...] (Opinión N.º 096-2016/DTN, de 06-07-2016, ff. 2.2 y 2.2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2NyJt4l>).

§ 995. Las contrataciones iguales o inferiores a 8 UIT pero mayores a 1 UIT requieren que el proveedor que realizará dicha contratación se encuentre inscrito en el Registro Nacional de Proveedores. Véase la jurisprudencia del artículo 5.1.a de la Ley [§ 270]. (Opinión N.º 046-2016/DTN, de 21-03-2016, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2GdWjW1>).

§ 996. Si bien las sociedades conyugales están exceptuadas de inscribirse en el RNP, es obligatorio para ellas tramitar el certificado SEACE para poder participar en los procesos de contratación que llevan a cabo las Entidades (art. 10.b). Véase la jurisprudencia del artículo 26º del Nuevo Reglamento [§ 1016]. (Opinión N.º 049-2015/DTN, de 06-04-2015, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MqsS2c>).

§ 997. Una municipalidad provincial no está impedida para celebrar contratos como proveedor con una empresa del Estado de derecho público. Las Entidades del Estado no se encuentran obligadas a inscribirse en el RNP. Véase la jurisprudencia del artículo 11° de la Ley [S 344]. (Opinión N.º 023-2012/DTN, de 15-02-2012, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Q3eCMV>).

Artículo 11: Actualización de información en el RNP

11.1. Los proveedores están obligados a tener actualizada la información registrada en el RNP para su intervención en el proceso de contratación. La falta de actualización afecta la vigencia de la inscripción en el RNP.

11.2. La actualización de la información legal de proveedores de bienes, servicios, consultorías de obras y ejecución de obras comprende la variación de la siguiente información: domicilio, nombre, denominación o razón social, transformación societaria, objeto social, la condición de domiciliado o no domiciliado del proveedor extranjero, fecha de designación del representante legal de la sucursal, fecha de la adquisición de la condición de socios, accionistas, participacionistas o titular, fecha de designación de los miembros de los órganos de administración, el capital social suscrito y pagado, patrimonio, número total de acciones, participaciones o aportes, valor nominal, que son comunicados conforme a los requisitos establecidos en la Directiva correspondiente.

11.3. Para que los consultores y ejecutores de obra actualicen su información técnica, siguen el procedimiento de ampliación de categoría y aumento de capacidad máxima de contratación.

11.4. La actualización de la información financiera por parte de los consultores y ejecutores de obra se realiza anualmente, de acuerdo a la Directiva correspondiente y de la siguiente manera:

a) Las personas naturales y jurídicas nacionales actualizan su información financiera para determinar la solvencia económica hasta el mes de junio de cada año.

b) Las personas naturales y jurídicas extranjeras actualizan su información financiera para determinar la solvencia económica hasta el mes de setiembre de cada año.

c) Las personas naturales y jurídicas nacionales actualizan su información financiera, cuando se realice una declaración rectificatoria ante la SUNAT, posterior a la presentada al RNP, siempre que influya en la determinación de solvencia económica.

d) Las personas naturales nacionales y extranjeras que modifiquen su capital contable, actualizan su información financiera mediante la presentación de estados financieros situacionales.

e) Las personas jurídicas nacionales y extranjeras que realicen un aumento o reducción de su capital social inscrito en SUNARP o ante autoridad competente, según corresponda, actualizan su información financiera mediante la presentación de estados financieros situacionales.

11.5. Para los casos señalados en los literales c), d) y e) del numeral anterior la actualización de información se realiza dentro del mes siguiente de ocurrida la variación. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 014-2016-OSCE/CD, "Disposiciones aplicables al procedimiento de actualización de información en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)" (EP, 11-01-2016) [D-012].

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 998. Mantener la vigencia de la inscripción en el RNP se considera requisito indispensable para ser considerado postor hábil. Aceptar la participación de un postor que no cuente con inscripción vigente en el RNP vulneraría el principio de legalidad. 13. En consecuencia, este Colegiado concluye que resulta un requisito indispensable para ser considerado postor hábil que las personas naturales o jurídicas mantengan vigente durante su participación en el proceso de selección hasta la

suscripción del contrato su inscripción en el Registro Nacional de Proveedores, porque así lo exige la Ley y el Reglamento. Considerar lo contrario, significaría atentar contra el principio de legalidad consagrado en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, según el cual, las autoridades administrativas deben actuar con respecto a la Ley y al Derecho, en detrimento del deber de este Colegiado de velar por el cumplimiento de las normas que rigen la materia de su competencia y ejercer el control de la legalidad respecto de las actuaciones de las Entidades frente a las directrices que norman el sistema de contratación pública. **14.** Adicionalmente, cabe señalar que la renovación oportuna de las personas naturales y jurídicas de su inscripción en el Registro Nacional de Proveedores es de su exclusiva responsabilidad, para lo cual deben tomar en consideración los plazos máximos concedidos a la Administración para la aprobación del trámite correspondiente a fin de que no se produzcan interrupciones en la vigencia de su inscripción que perjudiquen su capacidad legal para seguir siendo considerados, independientemente o en Consorcio, postores hábiles en un proceso de selección. (Resolución N.º 419-2012-TC-S1, de 26-04-2012, ff. 13 y 14. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2FRH7fc>).

§ 999. Los documentos presentados por el postor deben estar vigentes, los documentos caducos no generan efectos a favor en el postor. **38.** En ese sentido, debe advertirse que no es posible la renovación de una garantía cuando su vigencia ha vencido; más aún, si para el caso concreto el postor impugnante ha debido tener la debida diligencia de renovar oportunamente la garantía que es materia de cuestionamiento del presente procedimiento, más aún cuando justamente esta garantía ya presentaba problemas que dieron lugar a su descalificación y que son materia de la presente impugnación. Esta actitud muestra una falta de la diligencia ordinaria que le es exigible a cualquier postor. (Resolución N.º 2118-2009-TC-S2, de 30-09-2009, f. 38. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2Tj3U7L>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1000. La normativa de contrataciones del Estado no ha establecido que el solo hecho de no comunicar la actualización de información ante el RNP faculta a las Entidades a no contratar con dicho proveedor. CONSULTA: **2.** “¿El hecho de no comunicar la actualización de la información del RNP otorga la potestad a las Entidades Públicas convocantes para no contratar con algún participante, postor, contratista y/o subcontratista?” [...] **2.3.** [Debe] indicarse que la normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona natural o jurídica, que cumpla con los requisitos previstos en esta, puede ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que las Entidades efectúan para abastecerse de bienes, servicios u obras necesarias para el cumplimiento de sus funciones, salvo que se encuentren inmersos en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley. En ese sentido, cabe señalar que los impedimentos ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones solo pueden ser establecidos mediante ley; ello debido a la reserva de ley contemplada en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú, en virtud de la cual, la ley regula el procedimiento de toda contratación pública, sus excepciones y sus respectivas responsabilidades. Asimismo, es importante anotar que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que establecen excepciones o restringen derechos; motivo por el cual, los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley -los cuales restringe la libre participación de los proveedores en las contrataciones públicas- son taxativos, no siendo posible su extensión por analogía a supuestos no contemplados en dicho artículo. **2.4.** [Se] advierte que la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido que el solo hecho de no comunicar la actualización de información ante el RNP, -que resultaba ser materia de actualización por parte de un proveedor conforme a la Directiva respectiva-, faculta a las Entidades a no contratar con dicho proveedor; ello sin perjuicio de las consecuencias que deriven de su incumplimiento. (Opinión N.º 045-2018/DTN, de 09-04-2018, ff. 2, 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SkMLJQ>).

§ 1001. En un procedimiento de renovación de inscripción de ejecutores de obra, los proveedores, incluidas las personas jurídicas extranjeras, deben observar lo dispuesto en el Reglamento, el TUPA del OSCE y la Directiva. Véase la jurisprudencia del numeral 2 del Anexo de Procedimientos

del Reglamento [§ 2195]. (Opinión N.º 078-2018/DTN, de 06-06-2018, ff. 2.1, 2.1.1, 2.1.2 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KDiL9f>).

§ 1002. Es obligación de la Entidad verificar que la inscripción de los proveedores en el RNP se encuentre vigente durante todo el proceso de selección, hasta la suscripción del contrato. Actuación del Comité de selección en caso se verifique la falta de inscripción en el RNP del postor ganador de la buena pro. Véase la jurisprudencia del artículo 9º del Nuevo Reglamento [§ 984]. (Opinión N.º 050-2012/DTN, de 23-03-2012, ff. 2.1, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4 y 3.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ByuuBW>).

§ 1003. Los proveedores extranjeros no domiciliados que no cuenten con representante legal o apoderado en el Perú pueden participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado la provisión de bienes sofisticados y/o servicios especializados, siempre que se encuentran inscritos en el Registro Nacional de Proveedores. Véase la jurisprudencia del artículo 9º del Nuevo Reglamento [§ 986]. (Opinión N.º 103-2016/DTN, de 13-06-2016, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LtlU5X>).

§ 1004. La normativa de contrataciones del Estado vigente, al igual que la anterior, no contempla la posibilidad de regularizar el cumplimiento de la obligación de mantener vigente la inscripción en el RNP al momento de suscribir un contrato. Véase la jurisprudencia del artículo 46º de la Ley [§ 779]. (Opinión N.º 096-2016/DTN, de 06-07-2016, ff. 2.3 y 2.3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2NyJt4l>).

REMISIÓN

§ 1004a. Sobre la actualización de la información en el RNP. Véase también la jurisprudencia de la Directiva N.º 014-2016-OSCE/CD [§ 2235 ss.].

Artículo 12: Situaciones que afectan la vigencia de inscripción y retiro temporal del RNP

En los casos siguientes, el OSCE dispone el retiro temporal del RNP, afectando con ello la vigencia de la inscripción del proveedor en el RNP:

- a) Cuando incumple su obligación de actualizar su información según lo dispuesto en el artículo anterior, pese a haber sido requerido previamente por el RNP.
- b) Cuando de la evaluación de la información financiera el proveedor resulte insolvente.
- c) A solicitud del proveedor.

Artículo 13: Recuperación de la vigencia de inscripción en el RNP

Los proveedores cuya vigencia en el RNP se encuentre afectada por los supuestos previstos en los literales a) y b) del artículo anterior, pueden recuperar la vigencia actualizando su información, según lo previsto en el artículo 11.

Artículo 14: Retiro definitivo del RNP

14.1. El retiro definitivo del RNP extingue la inscripción del proveedor en el RNP y puede ser a su solicitud, o de oficio cuando el OSCE advierta alguna de las siguientes causales:

- a) Muerte o extinción del proveedor.
- b) Por haber sido sancionado con inhabilitación definitiva, conforme al literal c) del numeral 50.4 del artículo 50 de la Ley, mediante resolución firme.

14.2. Un tercero puede solicitar el retiro del RNP de un proveedor por las mismas causales previstas en los literales anteriores.

Artículo 15: Especialidad de los consultores de obras

Las especialidades de los consultores de obras que prevé el RNP son las siguientes:

a) Consultoría de obras en edificaciones y afines

Construcción, reconstrucción, remodelación, ampliación, mejoramiento y/o rehabilitación de todo tipo de edificaciones, vías urbanas, espacios públicos y recreacionales, y afines a los antes mencionados.

Tratándose de obras rurales, se considera construcción, reconstrucción, ampliación y/o rehabilitación de granjas, galpones, establos, locales comunales, pavimentación de calles con adoquín o empedrado; y afines a los antes mencionados.

b) Consultoría en obras viales, puertos y afines

Construcción, mejoramiento, ampliación y/o rehabilitación de carreteras, pistas de aterrizaje, puentes, viaductos, intercambios viales a desnivel, túneles, líneas férreas, puertos, teleféricos; y afines a los antes mencionados.

Tratándose de obras rurales, se considera construcción, mejoramiento, ampliación y/o rehabilitación de caminos vecinales con un IMD menor o igual a 50 vehículos/día, puentes con una de longitud máxima de 10 m., huaros, muelles y embarcaderos artesanales; y afines a los antes mencionados.

c) Consultoría en obras de saneamiento y afines

Construcción, instalación, ampliación, mejoramiento, reconstrucción y/o rehabilitación de sistemas y líneas de agua potable, alcantarillado y desagüe, plantas de tratamiento de agua, plantas de tratamiento de residuos sólidos; y afines a los antes mencionados.

Tratándose de obras rurales, se considera construcción, instalación, ampliación, reconstrucción y/o rehabilitación de tanques sépticos, pozo percolador; y afines a los antes mencionados.

d) Consultoría en obras electromecánicas, energéticas, telecomunicaciones y afines

Instalación, ampliación y/o mejoramiento de líneas de transmisión eléctrica y redes de conducción de corriente eléctrica, subestaciones de transformación, plantas de generación de energía eléctrica, sistemas de telecomunicaciones, líneas y redes de conducción de combustibles, gases; y afines a los antes mencionados.

e) Consultoría en obras de represas, irrigaciones y afines

Construcción, instalación, mejoramiento, ampliación, rehabilitación y/o reconstrucción de represas de concreto, tierra y otros; estructuras de almacenamiento hídrico con fines de riego; obras de captación de agua; obras de conducción y distribución de agua para riego (incluye obras de arte); sistemas de riego tecnificado (gravedad y presurizados); obras de encauzamiento y defensas ribereñas; obras de aprovechamiento de aguas subterráneas con fines de riego; obras de drenaje; y afines a los antes mencionados.

Tratándose de obras rurales, se considera instalación, mejoramiento, ampliación, rehabilitación y/o reconstrucción de obras de infraestructura de riego menor (canales laterales, canales sub laterales, canales parcelarios), sistemas de riego tecnificado, pozos tubulares; y afines a los antes mencionados.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1005. Diferencia entre especialidades y categorías. No constituye infracción que un postor y/o contratista suscriba un contrato sin contar con la “categoría” correspondiente, ya que tal sanción sólo aplica a quienes suscriban un contrato sin contar con la especialidad autorizada por el RNP. Las conductas expresamente descritas como sancionables no admiten interpretación extensiva o analógica. Véase la jurisprudencia del artículo 16° del Nuevo Reglamento [§ 1006]. (Resolución N.º 1598-2017-TCE-S3, de 25-07-2017, ff. 11 y 12. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2PYv8SA>).

Artículo 16: Asignación de especialidad y de categoría a los consultores de obras

16.1. El RNP asigna una (1) o varias especialidades a los consultores de obras, y les asigna categorías que les permiten participar en las contrataciones de consultoría de obra de su especialidad hasta por el monto que se determine en la Directiva que emite el OSCE. Las categorías que asigna el RNP son A, B, C y D, teniendo esta última el nivel más alto, conforme a lo previsto en la Directiva correspondiente.

16.2. La especialidad y categoría de los consultores de obras se asigna conforme a lo siguiente:

a) A las personas jurídicas se les puede otorgar todas las especialidades y a las personas naturales las especialidades que correspondan de acuerdo a su profesión.

b) Para cada una de las especialidades referidas en el literal a) del presente numeral, la especialidad se determina de acuerdo al objeto de la consultoría de obra que acredita como experiencia, y la categoría de acuerdo al monto del presupuesto del expediente técnico de la obra en el que realizó la referida consultoría, afectado por su porcentaje de consorcio de ser el caso. La experiencia acreditada se inscribe en el módulo del registro de experiencia del RNP. La categoría de cada especialidad se asigna con la consultoría de obra inscrita en el módulo del registro de experiencia.

16.3. Solo se considera la experiencia obtenida directamente, sea como persona natural o persona jurídica, en la realización de elaboración de expedientes técnicos de obra, supervisión de obras y/o supervisión de expedientes técnicos de obra, o términos equivalentes cuando la experiencia provenga del extranjero. No se considera como tales aquellas actividades ejecutadas como dependientes, bajo la dirección de otro consultor de obras o a través de una subcontratación.

16.4. La antigüedad máxima de permanencia en el módulo del registro de experiencia de la consultoría de obras, es la misma que se establece para los requisitos de calificación en los procedimientos de selección de Concurso Público, la cual se mide desde la fecha de culminación de la consultoría de obra.

16.5. En el caso de consultores que no acrediten experiencia, se les asigna la categoría A en su especialidad. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 016-2016-OSCE/CD, "Procedimiento para la inscripción, renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad y categorías e inscripción de subcontratos de ejecutores y consultores de obra en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)" (EP, 11-01-2016) [D-010].

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1006. Diferencia entre especialidades y categorías. No constituye infracción que un postor y/o contratista suscriba un contrato sin contar con la "categoría" correspondiente, ya que tal sanción sólo aplica a quienes suscriban un contrato sin contar con la especialidad autorizada por el RNP. Las conductas expresamente descritas como sancionables no admiten interpretación extensiva o analógica. 11. [...] [D]ebemos indicar que conforme se ha señalado previamente, y de conformidad con la Directiva N.º 016-2016-OSCE/CD [D-010], aprobada por la Resolución N.º 023-2016-OSCE/PRE, debe distinguirse los conceptos de "especialidad" y "categoría". Así, las "Especialidades" habilitan a los postores a participar en los procedimientos de selección, mientras que las "Categorías" son los niveles que un consultor de obras logra obtener de acuerdo a su experiencia y, delimitan la participación de los postores en dichos procedimientos de selección, en virtud del monto objeto de la convocatoria. En este contexto conviene recordar que la infracción imputada, indica que los postores y/o contratistas, incurrir en sanción cuando: "Se registren como participantes, presenten propuestas o suscriban contrato o Acuerdos Marco sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) o suscriban contrato por montos mayores a su capacidad libre de contratación, o en especialidades distintas a las autorizadas por el RNP". Nótese que, en dicho texto normativo, el legislador no ha considerado como materia de infracción, que los postores y/o contratistas que no cuenten con la "Categoría" correspondiente, deban ser sancionados; siendo que solo ha



establecido que resulta sancionable solamente la suscripción del contrato sin contar con la especialidad autorizada por el RNP. 12. Adicionalmente a ello, debemos indicar que el numeral 4 del artículo 246 del TUO de la Ley N.º 444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N.º 006-2017-JUS, en adelante la LPAG, consagra el *principio de tipicidad* conforme al cual las conductas expresamente descritas como sancionables no pueden admitir interpretación extensiva o analógica. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha establecido que, el principio de legalidad, constituye una garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos, consagrado en el literal d) del numeral 24 del artículo 2 de nuestra Constitución Política, que en el caso específico del derecho administrativo sancionador, constituye un principio básico, el cual exige que las conductas prohibitivas solamente se establezcan por ley, debiendo evitarse tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones. (Resolución N.º 1598-2017-TCE-S3, de 25-07-2017, ff. 11 y 12. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2PYv8SA>).

NOTA: Según la anterior normativa de contrataciones con el Estado, sólo constituía infracción el suscribir un contrato en especialidades distintas a las autorizadas por el RNP, mas no cuando se tratase de una “categoría diferente”. La normativa actual (art. 50º de la Ley) contempla ambos supuestos para evidenciar una infracción.

REMISIÓN

§ 1006a. Sobre el procedimiento para el aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad y categorías de ejecutores y consultores de obra en el RNP. Véase también la jurisprudencia de la Directiva N.º 016-2016-OSCE/CD [§ 2231 ss.].

Artículo 17: Capacidad máxima de contratación

17.1. La capacidad máxima de contratación es el monto hasta por el cual un ejecutor de obras está autorizado a contratar la ejecución de obras públicas simultáneamente, y está determinada por la ponderación del capital y las obras registradas en el módulo de experiencia, de la siguiente manera:

$$\text{CMC} = 10 \text{ C} + 2 \sum \text{Obras}$$

Donde:

CMC = Capacidad máxima de contratación

C = Capital

∑ Obras = Sumatoria de los montos de las obras registradas en el módulo de experiencia.

17.2. La antigüedad máxima de permanencia de la obra en el módulo del registro de experiencia, es la misma que se establece para los requisitos de calificación en los procedimientos de selección de Licitación Pública, la cual se mide desde la fecha de culminación de la obra.

17.3. En el caso de personas naturales nacionales, se considera el capital contable declarado en los libros y/o documentación contable presentada en el procedimiento de inscripción, reinscripción o aumento de CMC y, para las personas naturales extranjeras, se acredita mediante documentos equivalentes que correspondan al domicilio del solicitante.

17.4. Para las personas jurídicas nacionales, el capital está representado por su capital social suscrito y pagado, inscrito en SUNARP.

17.5. Para las personas jurídicas extranjeras no domiciliadas (matrices), y domiciliadas (sucursales), el capital se refiere al capital social suscrito y pagado o equivalente, inscrito ante la autoridad competente, conforme a las formalidades exigidas en su país de origen.

17.6. Tratándose de capitales o contratos de obras celebrados en moneda extranjera, se determina su equivalente en la moneda de curso legal vigente en el país, utilizando el factor de conversión del promedio ponderado venta de la SBS u otros medios en los que se informe el tipo de conversión oficial, en el caso de capitales a la presentación de la solicitud, y para el caso de contratos a la fecha de su suscripción.

17.7. La capacidad máxima de contratación otorgada se mantiene, en tanto el capital no disminuya y/o las obras que la sustenten no superen la antigüedad permitida para los requisitos de calificación en los procedimientos de Licitación Pública, en cuyo caso se reduce.

17.8. En el caso de ejecutores que no acrediten experiencia, se les otorga una capacidad máxima de contratación hasta por un total equivalente al monto de quinientos mil con 00/100 Soles (S/ 500 000,00).^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 016-2016-OSCE/CD, "Procedimiento para la inscripción, renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad y categorías e inscripción de subcontratos de ejecutores y consultores de obra en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)" (EP, 11-01-2016) [D-010].

OPINIONES DEL OSCE

§ 1007. La entidad tiene la obligación de verificar la capacidad de contratación (capacidad máxima y capacidad libre) del subcontratista. CONSULTA: **2.1.** *"¿Para que proceda la subcontratación de un proveedor del Estado ¿es necesario considerar su capacidad máxima de contratación o su capacidad libre de contratación? ¿O basta con que únicamente se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 35 de la Ley de Contrataciones del Estado y en el artículo 124 de su Reglamento, y por tanto este proveedor puede subcontratarse en obras del Estado sin tener un límite debido a su capacidad máxima de contratación ni a su capacidad de contratación?"* [...] **2.1.4.** [...] En ese sentido, debe indicarse que el RNP asigna una máxima capacidad de contratación para los ejecutores de obras públicas, independientemente de la calidad de contratista o subcontratista, dicha capacidad determina el monto hasta por el cual un ejecutor de obras está autorizado a contratar simultáneamente la ejecución de obras públicas. **2.1.5.** Por lo tanto, si bien la normativa de contrataciones del Estado establece que la constancia libre de contratación únicamente debe ser presentada por el proveedor ganador de la buena pro, ello no exime a la Entidad de la obligación de verificar el cumplimiento de los artículos 35 de la Ley y el 124 del Reglamento, y que el subcontratista, en su calidad de ejecutor de obras inscrito en el RNP, posea una capacidad de contratación que garantice el nivel técnico y la solvencia económica suficientes para ejecutar obras públicas, disminuyéndose el riesgo de posibles incumplimientos de las obligaciones contractuales objeto de la subcontratación que fueron aprobadas por la Entidad. (Opinión N.º 022-2017/DTN, de 31-01-2017, ff. 2.1, 2.1.4 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DtZMMH>).

§ 1008. Cuando la Directiva N.º 016-2016-OSCE/CD emplea el término "obra pública" en la acreditación de experiencia para la determinación de la capacidad máxima de contratación, se está refiriendo a aquellas obras públicas desarrolladas en el marco de la normativa de contrataciones del Estado. CONSULTA: **2.1.** *"¿Cuál es el concepto de obra pública que la Directiva N.º 16-2016-OSCE/CD, utiliza para la acreditación de experiencia en el caso de la solicitud para aumento de capacidad máxima, sea a través de contratos o subcontratos?"* [...] **2.2.** *"¿Si a fin de poder acreditar dicha experiencia ante el Registro Nacional de Proveedores (RNP), resulta factible la presentación de subcontratos de obras públicas a nivel nacional, sin importar que estos se hayan celebrado bajo el marco de la normativa de Contrataciones con el Estado o bajo normativa que regula la Promoción de la Inversión Privada?"* [...] **3.** CONCLUSIONES. **3.1.** Cuando la Directiva N.º 016-2016-OSCE/CD [D-010] vigente emplea el término "obra pública" en la acreditación de experiencia para la determinación de la capacidad máxima de contratación, así como el trámite para su aumento, ya sea a través de contratos y subcontratos, se está refiriendo a aquellas obras públicas desarrolladas en el marco de la normativa de contrataciones del Estado. **3.2.** En el marco de la Directiva N.º 016-2016-OSCE/CD vigente, a fin de acreditar experiencia en el RNP como ejecutor de obra es factible la presentación de subcontratos de obras públicas, siempre que estos se hayan celebrado bajo el marco de la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 247-2017/DTN, de 28-11-2017, ff. 2.1, 2.2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Cj1OI4>).



REMISIÓN

§ 1008a. Sobre el procedimiento para el aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad y categorías de ejecutores y consultores de obra en el RNP. Véase también la jurisprudencia de la Directiva N.º 016-2016-OSCE/CD [§ 2231 ss.].

Artículo 18: Declaración de récord de ejecución o consultoría de obras

18.1. Los ejecutores y consultores de obras registran electrónicamente los contratos suscritos, a través del módulo correspondiente en la sección del RNP del portal institucional del OSCE.

18.2. Los ejecutores de obras registran las valorizaciones periódicas aprobadas por el inspector o supervisor, adicionales y/o deductivos aprobados por la Entidad si los hubiera, hasta el mes de realizada la última valorización en la que advierta la culminación de la obra, según lo señalado en el contrato; asimismo, el proveedor adjunta como sustento, en el módulo electrónico, el resumen de la valorización del mes registrado, visado y aprobado por el inspector o supervisor de la obra, donde conste la valorización periódica que corresponde estar comprendida por el costo directo, gastos generales, utilidad e impuesto general a las ventas, tomando como referencia los costos considerados en el monto de la obra.

18.3. La declaración del récord de ejecución de obras se realiza dentro del mes siguiente de haber suscrito el contrato y/o de haber realizado las valorizaciones de la obra; tratándose de consultoría de obras se realiza, por única vez, dentro del mes siguiente de haber suscrito el contrato.

18.4. La declaración extemporánea del récord de consultoría de obras puede regularizarse, siempre que no haya contratado por especialidades y categorías distintas a las otorgadas por el RNP.

18.5. La declaración extemporánea del récord de ejecución de obras puede regularizarse siempre que la omisión no haya beneficiado al ejecutor en la suscripción de contratos por montos superiores a su capacidad libre de contratación y/o en su participación en otros procedimientos de selección.

18.6. Mediante la modificación de récord de ejecución o consultoría de obras, el proveedor puede rectificar, incluir o retirar obras o consultorías de obras registradas en la declaración o regularización de récord de ejecución o consultoría de obras, debiendo presentar el documento que sustente la modificación, conforme a lo establecido por OSCE mediante la Directiva correspondiente. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 012-2016-OSCE/CD, "Procedimiento de declaración del récord de ejecución y consultoría de obras en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)" (EP, 11-01-2016) [D-014].

Artículo 19: Publicación de los proveedores sancionados por el Tribunal

19.1. La información de los proveedores sancionados se publica mensualmente en el portal institucional del OSCE, al quedar consentida o firme la sanción impuesta por el Tribunal. Dicha publicación se realiza dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al término de cada mes.

19.2. La información a ser publicada incluye la referida a los socios o titulares y de los integrantes de los órganos de administración que figuran a la fecha de imposición de la sanción y se publica de acuerdo a la base de datos del RNP, conforme a lo declarado por los proveedores, bajo su responsabilidad. Se considera como órganos de administración los siguientes: gerente general, directorio, administradores, junta directiva, junta de administración, consejo de administración, consejo universitario o consejo directivo, o el órgano equivalente inscrito ante autoridad competente en el país de origen, en el caso de personas jurídicas extranjeras.

19.3. La información de los proveedores sancionados contiene el récord de sanciones de los últimos cuatro (4) años desde la fecha de imposición de la sanción.

Artículo 20: Constancia de capacidad de libre contratación

20.1. La constancia de capacidad libre de contratación es el documento expedido por el OSCE que certifica el monto no comprometido de la capacidad máxima de contratación, hasta por el cual puede contratar un ejecutor de obras, acreditando con ello que el ejecutor de obras cuenta con capacidad suficiente para perfeccionar el contrato. Asimismo, de ser el caso, recoge información de los actos judiciales que suspenden la sanción impuesta por el Tribunal u otros organismos autorizados por ley.

20.2. La constancia de capacidad libre de contratación es solicitada al RNP a partir del registro en el SEACE del consentimiento de la buena pro o de que esta haya quedado administrativamente firme, siempre que no se encuentre en aquellos casos establecidos en el literal c) del artículo 52 de la Ley.

20.3. A solicitud del proveedor, el RNP revoca la constancia emitida y restituye el monto de la capacidad libre de contratación afectado, cuando se susciten circunstancias sobrevinientes a la emisión, tales como declaratoria de desierto, nulidad del procedimiento de selección, entre otras.

DEFINICIONES

BUENA PRO ADMINISTRATIVAMENTE FIRME: Se produce cuando habiéndose presentado recurso de apelación, ocurre alguno de los siguientes supuestos: i) Se publica en el SEACE que el recurso de apelación ha sido declarado como no presentado o improcedente; ii) Se publica en el SEACE la resolución que otorga y/o confirma la buena pro; y iii) Opera la denegatoria ficta del recurso de apelación.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1009. La entidad tiene la obligación de verificar la capacidad de contratación (capacidad máxima y capacidad libre) del subcontratista. Véase la jurisprudencia del artículo 17° del Nuevo Reglamento [§ 1007]. (Opinión N.º 022-2017/DTN, de 31-01-2017, ff. 2.1, 2.1.4 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DtZMMH>).

Artículo 21: Notificación de actos administrativos del RNP

21.1. Los actos administrativos que emita el RNP en los procedimientos de su competencia, incluidas las resoluciones expedidas sobre recursos de reconsideración y apelación, nulidad, y retiro temporal o definitivo del RNP, se notifican a través de la bandeja de mensajes del RNP, siendo responsabilidad del proveedor el permanente seguimiento de dicha bandeja a partir de su inscripción.

21.2. La notificación se entiende efectuada el día del envío a la bandeja de mensajes.

Artículo 22: Monitoreo y medición del desempeño

22.1. El monitoreo es el proceso sistemático mediante el cual el RNP revisa y analiza la información legal, financiera y técnica del proveedor que se encuentre con inscripción vigente, a través de la interoperabilidad con RENIEC, SUNARP, SUNAT, SBS, Colegios Profesionales y otras entidades que se vayan incorporando a dicha interoperabilidad, según corresponda.

22.2. Cuando del monitoreo de la información o ante la denuncia de tercero, se advierta el incumplimiento de la obligación del proveedor de actualizar su información, el OSCE dispone el retiro temporal del RNP.

22.3. El RNP mide y publicita el desempeño de los proveedores que contraten con el Estado, sobre la base de la información del proveedor declarada ante el RNP, la que proporcione el Tribunal, el SEACE y las Entidades, bajo mecanismos de interoperabilidad. Asimismo, orienta sus actividades de promoción y fidelización de proveedores de calidad.

Artículo 23: Fiscalización posterior de la información registral

23.1. Por la fiscalización posterior el RNP está obligado a verificar, mediante el sistema de muestreo, la autenticidad de las declaraciones, documentos, informaciones y traducciones, tanto en medios físicos, electrónicos, digitales u otros de naturaleza análoga, proporcionados por los proveedores o sus representantes, en los procedimientos de aprobación automática o evaluación previa. Dicha fiscalización se sujeta a los Principios de Presunción de Veracidad y de Privilegio de Controles Posteriores.

23.2. El proceso de fiscalización posterior es de carácter inspectivo, de comprobación administrativa y se desarrolla de forma reservada por lo que el inicio del procedimiento de fiscalización no es notificado a los proveedores, conforme a lo previsto en el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N.º 006-2017-JUS, salvo en los casos que se requiera verificar alguna información directamente con el proveedor investigado.

23.3. La presentación de documentación falsa y/o información inexacta ante el RNP habilita la declaración de nulidad del acto administrativo correspondiente. En este caso los hechos se ponen en conocimiento del Tribunal y de la Procuraduría Pública del OSCE a fin de que, de acuerdo a sus atribuciones, adopten las acciones legales correspondientes.

23.4. La declaración de nulidad del acto administrativo tiene efecto declarativo y retroactivo a la fecha de su aprobación, conservándose como válida la información correspondiente al acto anterior, de ser el caso. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 009-2012-OSCE/CD, "Directiva para la fiscalización posterior aleatoria de los procedimientos administrativos seguidos ante el Registro Nacional de Proveedores" (EP, 18-09-2012) [D-015].

OPINIONES DEL OSCE

§ 1010. El Comité de selección debe considerar como válida la información consignada en los Registros Públicos, no pudiendo argumentar que la desconoce. 2.1.3. Por otro lado, el artículo 2012 del Código Civil establece, respecto de los Registros Públicos, que "se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones". Al presumirse que lo consignado en los Registros Públicos es conocido por todos sin excepción, los participantes y el Comité Especial deben guiarse por lo consignado en los citados Registros. Adicionalmente, el artículo 2013 del mencionado Código, refiriéndose a los Registros Públicos, establece que "El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez" (resaltado nuestro). De acuerdo a lo anterior, al no haberse modificado el apoderado designado en los Registros Públicos, estos datos se toman como ciertos. 2.1.4. Esto se ve confirmado, por los principios que rigen las contrataciones públicas, contemplados en el artículo 4 de la Ley [cfr. art. 2 de la Ley vigente], como por ejemplo el Principio de Transparencia y de Publicidad. En virtud de estos principios, si no se publican estas modificaciones en los Registros Públicos, no hay forma de que los potenciales participantes o postores puedan tener conocimiento cabal de la situación de una empresa participante, lo que acarrea que se pueda desincentivar la participación, pues no existió difusión adecuada de un hecho que afecta a una empresa postora. Por otro lado, el Comité Especial de un proceso tampoco tiene forma de saber, en un caso concreto, si una empresa se encuentra dentro de una causal de impedimento si su situación societaria ha sido modificada y esta modificación no ha sido consignada en los Registros Públicos. En ese sentido, si bien se encuentra reconocido el Principio de Presunción de Veracidad, el cual respalda la declaración jurada presentada por el postor durante un proceso de selección, esta presunción admite como prueba en contrario que durante el proceso exista una inscripción en Registros Públicos que demuestre que hasta cierta fecha la persona jurídica no había modificado a sus integrantes o representantes. Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Comité Especial debe considerar como válida la información consignada en los Registros Públicos, no pudiendo argu-

mentar que la desconoce. En ese sentido, de encontrarse un integrante de una persona jurídica, dentro de los supuestos de impedimento de acuerdo a la información de los mencionados Registros, la citada persona jurídica estaría impedida de ser participante, postor o contratista en los procesos de contratación con el Estado. (Opinión N.º 079-2011/DTN, de 19-08-2011, ff. 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LZZH5W>).

CAPÍTULO II REGISTRO DE ENTIDADES CONTRATANTES

Artículo 24: Registro de las Entidades contratantes

24.1. Las Entidades comprendidas en el artículo 3 de la Ley que sean creadas y reconocidas por el ordenamiento jurídico nacional, siempre que cuenten con autonomía para gestionar sus contrataciones y cuenten con presupuesto asignado, se inscriben en el Registro de Entidades Contratantes (REC) administrado por el OSCE, conforme a los requisitos establecidos en la Directiva que emita el OSCE.

24.2. Las Entidades actualizan, a través del SEACE, las modificaciones a la información proporcionada en el REC, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles de producida.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1011. Las organizaciones cuyas normas autoritativas, normas de creación y demás normas que resulten pertinentes, le atribuyan la suficiente autonomía y capacidad para gestionar sus propias contrataciones, son calificadas como Entidad y si además de ello utilizan fondos públicos para abastecerse de bienes, servicios u obras para el cumplimiento de sus funciones, deberán utilizar la normativa de contrataciones del Estado para realizar sus contrataciones. CONSULTA: 2. *“Siendo nuestra institución (SATT) un organismo público descentralizado, cuya finalidad es la administración, fiscalización y recaudación de tributos municipales; debe sujetarse de manera estricta a lo dispuesto por la Ley, el Reglamento y toda norma de contrataciones y adquisiciones del Estado que resulte aplicable, sin que pueda adicionarse supuestos no contemplados expresamente por la normativa o que no deriven dichas suposiciones, sin embargo de acuerdo a lo establecido en el artículo 3 del Decreto Supremo N.º 056-2017-EF: “Pueden realizar contrataciones en el marco de la Ley y el Reglamento, las organizaciones creadas conforme al ordenamiento jurídico nacional, así como los órganos desconcentrados de las entidades siempre que cuenten con capacidad de gestionar sus contrataciones, conforme a sus normas autoritativas” (subrayado es agregado), en ese sentido SOLICITAMOS, se nos pueda indicar si las normas autoritativas indicada en la alusiva norma, se refiere a una directiva, un reglamento o una resolución de Gerencia General, y con la necesidad de atender los contratos iguales o menores de 8 UITs, por favor indicar las normas autoritativas que hace referencia la norma”. [...]* **3. CONCLUSIONES. 3.1.** Esta Dirección no tiene competencia para determinar si un instrumento normativo de un organismo en específico constituye o no una norma autoritativa, toda vez que ello excede la habilitación legal conferida a través del literal o) del artículo 52 de la Ley. **3.2.** Las organizaciones creadas conforme al ordenamiento jurídico nacional cuyas normas autoritativas, normas de creación y las demás normas que resulten pertinentes, le atribuyan la suficiente autonomía y capacidad para gestionar sus propias contrataciones, son calificadas como Entidad y si además de ello utilizan fondos públicos para abastecerse de bienes, servicios u obras para el cumplimiento de sus funciones, deberán utilizar la normativa de contrataciones del Estado para realizar sus contrataciones. **3.3.** Las contrataciones cuyos montos son iguales o inferiores a ocho (8) UIT, al encontrarse fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, se realizan de acuerdo a los lineamientos establecidos por la Entidad en sus normas de organización interna, empleando los mecanismos apropiados para garantizar la eficiencia y transparencia en el uso de los recursos públicos, en el marco de

los principios que regulan la contratación pública. (Opinión N.º 230-2017/DTN, de 20-10-2017, ff. 2, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rzuOvH>).

§ 1012. **Un órgano u organización debe contar con suficiente autonomía y capacidad para gestionar sus propias contrataciones. Si un órgano no califica como Entidad ello no implica que sus contrataciones de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos lo puedan hacer sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado.** CONSULTA: 2.1. *“Es posible que una Entidad de Derecho Público, que no constituye pliego presupuestal, no tiene instrumentos de gestión (PEI, POI, PAC) y por lo tanto, no puede emitir certificación presupuestal o constancia, pero que sin embargo cuenta con recursos suficientes, ¿pueda adquirir bienes y servicios con sus propios recursos?”*. [...] CONCLUSIONES: [...] 3.1. A fin de dilucidar si un determinado órgano o una organización califica como Entidad bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, debe analizarse si, conforme a sus normas autoritativas y de creación, así como las demás normas que resulten aplicables, cuenta con la capacidad suficiente que le permita realizar por sí misma la contratación de bienes, servicios y obras con cargo a fondos públicos. 3.2. En caso se determine que un órgano u organización no califica como Entidad bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, ello no implica que pueda realizar sus contrataciones de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, sino que dichas contrataciones deberán ser efectuadas por la Entidad de la que dependa, siempre que ésta última cuente con la autonomía y capacidad para tales efectos. (Opinión N.º 188-2017/DTN, de 31-08-2017, ff. 2.1, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Qck05E>).

TÍTULO III SISTEMA ELECTRÓNICO DE CONTRATACIONES DEL ESTADO - SEACE

Artículo 25: Obligatoriedad

25.1. Las Entidades están obligadas a registrar, dentro de los plazos establecidos, información sobre su Plan Anual de Contrataciones, las actuaciones preparatorias, los procedimientos de selección, los contratos y su ejecución, así como todos los actos que requieran ser publicados, conforme se establece en la Ley, en el Reglamento y en la Directiva que emita el OSCE.

25.2. Las Entidades registran en el SEACE las contrataciones correspondientes a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley sujetos a supervisión del OSCE y las demás contrataciones que no se sujeten a su ámbito de aplicación conforme a la Directiva que emita el OSCE.

25.3. Las demás contrataciones a las que se refiere el numeral anterior se sujetan a los lineamientos y/o precisiones funcionales y técnicas para el uso del SEACE o a los documentos que el OSCE emita al respecto. ^{(a) (b)}

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

- (a) Véase la Directiva N.º 007-2019-OSCE/CD, “Disposiciones aplicables al registro de información en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE” (EP, 29-01-2019) [D-007].
- (b) Véase la Directiva N.º 011-2017-OSCE/CD, “Procedimiento para la emisión, actualización y desactivación del certificado SEACE, así como las responsabilidades por su uso” (EP, 31-03-2017) [D-006].

OPINIONES DEL OSCE

§ 1013. Las notificaciones a través del SEACE prevalecen sobre cualquier medio adicional que se haya utilizado para notificar. Véase la jurisprudencia del artículo 47º de la Ley [§ 786]. (Opi-

nión N.º 035-2012/DTN, de 29-02-2012, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DbWwFE>).

§ 1014. Las Entidades se encuentran obligadas a utilizar el SEACE para publicar la información de sus contrataciones de bienes, servicios u obras, aun cuando estas no se encuentren bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. Véase la jurisprudencia del artículo 48º de la Ley [§ 787]. (Opinión N.º 132-2016/DTN, de 17-08-2016, ff. 2.2.2 y 3.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2S69mKo>).

REMISIÓN

§ 1014a. Sobre las disposiciones aplicables al registro de información en el SEACE. Véase también la jurisprudencia de la Directiva N.º 007-2019-OSCE/CD [§ 2223].

Artículo 26: Acceso al SEACE

26.1. Para acceder e interactuar con el SEACE, las Entidades, proveedores, árbitros u otros usuarios autorizados solicitan el Certificado SEACE, conforme al procedimiento establecido mediante Directiva.

26.2. La emisión, utilización y desactivación del Certificado SEACE se rige por las reglas contenidas en la Directiva que emita el OSCE.

26.3. Los usuarios del Certificado SEACE se encuentran obligados a utilizar responsablemente el sistema, evitando realizar actos que dañen, inutilicen, sobrecarguen, deterioren o impidan la utilización de todas o algunas de sus funcionalidades.

26.4. Es responsabilidad de la Entidad solicitar ante el OSCE la desactivación del Certificado SEACE de aquellos funcionarios - usuarios que ya no se encuentran autorizados para registrar información en el SEACE.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1015. El comité de Selección debe especificar en las bases, de manera indubitable, si el procedimiento de selección será convocado por relación de ítems, de lo contrario incurriría en causal de nulidad. Aun cuando en el resumen ejecutivo y en el SEACE se registró que el procedimiento de selección fue convocado por relación de ítems, esta debe guardar relación con el contenido de las bases. Véase la jurisprudencia del artículo 39º del Nuevo Reglamento [§ 1147]. (Resolución N.º 2368-2016-TCE-S4, de 06-10-2016, ff. 7 al 13. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2RopmX8>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1016. Si bien las sociedades conyugales están exceptuadas de inscribirse en el RNP, es obligatorio para ellas tramitar el certificado SEACE para poder participar en los procesos de contratación que llevan a cabo las Entidades (art. 10.b). 2.1. *“¿Las sociedades conyugales están obligadas a tramitar un ‘usuario para proveedores exceptuados’ para participar en los procesos de selección que convoque una entidad pública o suscribir contratos con las mismas? En caso la sociedad conyugal no haya tramitado dicho usuario o código, pero haya participado y obtenido la buena pro, ¿Debería quedar sin efecto dicha adjudicación de buena pro?”* [...] [S]egún lo dispuesto en del Reglamento, están exceptuados de inscribirse en el RNP, [...] las sociedades conyugales y las sucesiones indivisas para celebrar contratos sobre bienes y servicios. Al respecto, el numeral VIII.3 de la Directiva N.º 012-2012-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 011-2017-OSCE/CD (D-006)] “Procedimiento y plazos para la inscripción y renovación de inscripción de proveedores de bienes y/o servicios en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)”, precisa que *“Los proveedores exceptuados de inscribirse en el RNP comprendidos en el artículo 256 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado* [cfr. art. 10 del Nuevo Reglamento], *para poder interactuar con el*

SEACE, deberán iniciar el trámite de “Creación de Usuario-Proveedor Exceptuado”, conforme a los requisitos fijados en el TUPA del OSCE.” Como puede apreciarse, en el caso de las sociedades conyugales, si bien se encuentran exceptuadas de inscribirse como proveedores en el RNP, para poder participar en los procesos de contratación que llevan a cabo las entidades del Estado, resulta necesario que tramiten un Usuario-Proveedor Exceptuado, esto con el fin de poder interactuar con el SEACE. De esta forma, si una sociedad conyugal quiere participar como tal, en un proceso de selección convocado por una Entidad del Estado, deberá contar con su Usuario-Proveedor Exceptuado, de forma tal que la Entidad contratante pueda registrarla como participante dentro del proceso de selección y de ser el caso, adjudicarle la buen pro, registrando y publicando dicha información en el SEACE. De darse el caso que una sociedad conyugal no cuente con este Usuario - Proveedor Exceptuado, no podrá interactuar con el SEACE, y por consiguiente la Entidad no podrá realizar el registro y publicación de sus actuaciones en el SEACE. (Opinión N.º 049-2015/DTN, de 06-04-2015, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MqsS2c>).

NOTA: La Directiva N.º 011-2017-OSCE/CD [D-006] establece disposiciones que permiten el acceso a interactuar con el SEACE. En esta Directiva ya no se contempla la figura de “Usuario-Proveedor Exceptuado” sino la figura del “Certificado SEACE”, el cual cumple la misma función a efectos de habilitar a la sociedad conyugal y la sociedad indivisa para interactuar en el sistema SEACE.

REMISIÓN

§ 1016a. Sobre el procedimiento para la emisión, actualización y desactivación del certificado SEACE. Véase también la jurisprudencia de la Directiva N.º 011-2017-OSCE/CD [§ 2222].

Artículo 27: Registro de la información

27.1. La información que se registra en el SEACE es idéntica al documento final y actuaciones que obran en el expediente de contratación, bajo responsabilidad del funcionario que hubiese solicitado la activación del Certificado SEACE y de aquel que hubiera registrado la información.

27.2. La información del laudo arbitral y de otras resoluciones arbitrales que se registran en el SEACE es idéntica a la del original suscrito por el o los árbitros, bajo responsabilidad del árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, según corresponda.

27.3. El SEACE no verifica ni aprueba la legalidad de los actos y actuaciones expedidos por la Entidad o los árbitros, siendo estos responsables de velar porque los mismos se sujeten a la normativa vigente.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1017. Los documentos del procedimiento de selección que son publicados a través del SEACE deben estar debidamente visados por la autoridad correspondiente. CONSULTA: 2. “(...) ¿los documentos del procedimiento de selección deben ser publicados a través del SEACE con las firmas o vistos del comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones en formato PDF o similar? o ¿los documentos del procedimiento de selección pueden ser publicado a través del SEACE en formato Word (.doc) sin estar necesariamente visados o firmados, siempre que los mismos sean idénticos en contenido respecto de los que obran en los expedientes de contratación correspondientes?”. 2.3. Es decir, que el SEACE es el sistema electrónico, desarrollado, administrado y operado por el OSCE, que permite el intercambio de información referente a las contrataciones así como la difusión de las contrataciones, en el cual las Entidades están obligadas a registrar todos los documentos vinculados al proceso. En virtud de lo expuesto, el artículo 251 del Reglamento [cfr. art. 27 del Nuevo Reglamento] establece que: “La información que se registra en el SEACE debe ser idéntica al documento final y actuaciones que obran en el expediente de contratación,

bajo responsabilidad del funcionario que hubiese solicitado la activación del Certificado SEACE y de aquel que hubiera registrado la información. // Asimismo, la información del laudo arbitral y de otras resoluciones arbitrales que se registran en el SEACE debe ser idéntica a la del original suscrito por el o los árbitros, bajo responsabilidad del árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, según corresponda. // El SEACE no verifica ni aprueba la legalidad de los actos y actuaciones expedidos por la Entidad, siendo ella responsable de velar porque éstos se sujeten a la normativa vigente.” (El subrayado es agregado). Ahora bien, a efectos de determinar qué documentos deben obrar en el expediente de contratación, el numeral 21.1 del artículo 21 del Reglamento [cfr. art. 42.1 del Nuevo Reglamento] precisa que el Órgano Encargado de las Contrataciones debe llevar un expediente del proceso de contratación, en el que debe ordenarse, archivar y preservarse la documentación que respalda las actuaciones realizadas desde la formulación del requerimiento del área usuaria hasta el cumplimiento total de las obligaciones derivadas del contrato, incluidas las incidencias del recurso de apelación y los medios de solución de controversias de la ejecución contractual, según corresponda. Además, resulta pertinente referir que el primer párrafo del artículo 26 del Reglamento [cfr. art. 47 del Nuevo Reglamento] estipula que: “Los documentos del procedimiento de selección son las bases, las solicitudes de expresión de interés para selección de consultores individuales, así como las solicitudes de cotización para comparación de precios, los cuales se utilizan atendiendo al tipo de procedimiento de selección.” Asimismo, el referido artículo establece en su último párrafo que: “Los documentos del procedimiento de selección deben estar debidamente visados en todas sus páginas por los integrantes del Comité de Selección o el Órgano Encargado de las Contrataciones, según corresponda, y ser aprobados por el funcionario competente de acuerdo a las normas de organización interna.” (El subrayado es agregado). 2.4. De la normativa analizada se desprende que el expediente de contratación preserva las actuaciones realizadas desde el requerimiento del área usuaria hasta el cumplimiento total de las obligaciones derivadas del contrato. Por ende, dado que los documentos del procedimiento de selección (entre los cuales se encuentran los documentos que respaldan las actuaciones realizadas) forman parte del expediente de contratación, los mismos deben estar debidamente visados por el Comité de Selección o el Órgano Encargado de las Contrataciones, según corresponda. [...] (Opinión N.º 013-2018/DTN, de 26-01-2018, ff. 2, 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Kxo8XA>).

§ 1018. La normativa de contratación pública no ha previsto un tipo de archivo electrónico específico (Word, PDF, etc.) para registrar en el SEACE la información del expediente de contratación. CONSULTA: 2. “(...) ¿los documentos del procedimiento de selección deben ser publicados a través del SEACE con las firmas o vistos del comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones en formato PDF o similar? o ¿los documentos del procedimiento de selección pueden ser publicado a través del SEACE en formato Word (.doc) sin estar necesariamente visados o firmados, siempre que los mismos sean idénticos en contenido respecto de los que obran en los expedientes de contratación correspondientes?”. [...] 2.4. [...] [El] expediente de contratación preserva las actuaciones realizadas desde el requerimiento del área usuaria hasta el cumplimiento total de las obligaciones derivadas del contrato. [...] Respecto a la información que se registra en el SEACE debe ser idéntica en contenido a los documentos y a las actuaciones que obran en el expediente de contratación, de conformidad con lo previsto en el artículo 251 del Reglamento [cfr. art. 27 del Nuevo Reglamento]. La normativa de contratación pública no ha previsto específicamente una formalidad ni tipo de archivo para registrar en el SEACE la información que obra en el expediente de contratación, siendo responsabilidad de cada Entidad determinar ello para su debido registro, considerando las condiciones tecnológicas que permita el SEACE. (Opinión N.º 013-2018/DTN, de 26-01-2018, ff. 2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Kxo8XA>).

REMISIÓN

§ 1018a. Sobre el registro de información en el SEACE. Véase también la jurisprudencia de la Directiva N.º 007-2019-OSCE/CD [§ 2223 ss.].

Artículo 28: Procedimientos electrónicos

Los procedimientos de selección se realizan en forma electrónica y se difunden, íntegramente, a través del SEACE, conforme a la Directiva que emita el OSCE.

TÍTULO IV ACTUACIONES PREPARATORIAS

CAPÍTULO I REQUERIMIENTO Y PREPARACIÓN DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

Artículo 29: Requerimiento

29.1. Las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico de obra, que integran el requerimiento, contienen la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, y las condiciones en las que se ejecuta, incluyendo obligaciones de levantamiento digital de información y tecnologías de posicionamiento espacial, tales como la georreferenciación, en obras y consultorías de obras. El requerimiento incluye, además, los requisitos de calificación que se consideren necesarios.

29.2. Para la contratación de obras, la planificación incluye la identificación y asignación de riesgos previsible de ocurrir durante la ejecución, así como las acciones y planes de intervención para reducirlos o mitigarlos, conforme a los formatos que apruebe el OSCE. El análisis de riesgos implica clasificarlos por niveles en función a: i) su probabilidad de ocurrencia y ii) su impacto en la ejecución de la obra.

29.3. Al definir el requerimiento no se incluyen exigencias desproporcionadas al objeto de la contratación, irrazonables e innecesarias referidas a la calificación de los potenciales postores que limiten o impidan la concurrencia de los mismos u orienten la contratación hacia uno de ellos.

29.4. En la definición del requerimiento no se hace referencia a fabricación o procedencia, procedimiento de fabricación, marcas, patentes o tipos, origen o producción determinados, ni descripción que oriente la contratación hacia ellos, salvo que la Entidad haya implementado el correspondiente proceso de estandarización debidamente autorizado por su Titular, en cuyo caso se agregan las palabras "o equivalente" a continuación de dicha referencia.

29.5. El requerimiento puede incluir las referencias antes mencionadas tratándose de material bibliográfico existente en el mercado, cuya adquisición obedezca a planes curriculares y/o pedagógicos, por su contenido temático, nivel de especialización u otras especificaciones debidamente justificadas por el área usuaria, debiendo establecerse el título, autor y edición que corresponda a las características requeridas.

29.6. Adicionalmente, el requerimiento incluye las exigencias previstas en leyes, reglamentos técnicos, normas metrológicas y/o sanitarias, reglamentos y demás normas que regulan el objeto de la contratación con carácter obligatorio. Asimismo, puede incluir disposiciones previstas en normas técnicas de carácter voluntario, siempre que: i) sirvan para asegurar el cumplimiento de los requisitos funcionales o técnicos; ii) se verifique que existe en el mercado algún organismo que pueda acreditar el cumplimiento de dicha norma técnica; y, iii) no contravengan las normas de carácter obligatorio mencionadas.

29.7. El requerimiento de bienes o servicios en general de carácter permanente, cuya provisión se requiera de manera continua o periódica se realiza por periodos no menores a un (1) año.

29.8. El área usuaria es responsable de la adecuada formulación del requerimiento, debiendo asegurar la calidad técnica y reducir la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de contratación.

29.9. En la definición del requerimiento la Entidad analiza la necesidad de contar con prestaciones accesorias a fin de garantizar, entre otros, el mantenimiento preventivo y correctivo en función de la naturaleza del requerimiento.

29.10. Antes de formular el requerimiento, el área usuaria en coordinación con el órgano encargado de las contrataciones, verifica si su necesidad se encuentra definida en una ficha de homologación, en el listado de bienes y servicios comunes, o en el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco. En dicho caso, el requerimiento recoge las características técnicas ya definidas.

29.11. El requerimiento puede ser modificado para mejorar, actualizar o perfeccionar las especificaciones técnicas, los términos de referencia y el expediente técnico de obra, así como los requisitos de calificación, previa justificación que forma parte del expediente de contratación, bajo responsabilidad. Las modificaciones cuentan con la aprobación del área usuaria. ^{(a) (b)}

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

- (a) Véase la Directiva N.º 012-2017-OSCE/CD, "Gestión de riesgos en la planificación de la ejecución de obras" (EP, 09-05-2017) [D-017].
- (b) Véase la Directiva N.º 004-2016-OSCE/CD, "Lineamientos para la contratación en la que se hace referencia a determinada marca o tipo particular" (EP, 09-01-2016) [D-022].

DEFINICIONES

ESTANDARIZACIÓN: Proceso de racionalización consistente en ajustar a un determinado tipo o modelo los bienes o servicios a contratar, en atención a los equipamientos preexistentes.

EXPEDIENTE TÉCNICO DE OBRA: El conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios.

SERVICIO EN GENERAL: Cualquier servicio que puede estar sujeto a resultados para considerar terminadas sus prestaciones.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1019. El requerimiento referido al plazo de entrega del producto debe estar correctamente delimitado en el requerimiento al tratarse de un aspecto fundamental de la contratación (art. 29.1). 12. Según se observa del citado numeral, las Bases no contienen especificaciones referidas al *Plazo de Entrega y la Garantía del Producto*. Sin embargo, dichos parámetros si fueron considerados como factores de evaluación. A este respecto, resulta relevante precisar que la determinación de los requerimientos referidos al *Plazo de Entrega y la Garantía del Producto*, resultan aspectos sustantivos y trascendentes, a efectos de lograr que el producto requerido por la entidad licitante sea entregado en el período de tiempo que resulte más conveniente para ésta, así como para garantizar el correcto funcionamiento del bien que se desea adquirir. En torno a ello, se concluye que la trascendencia de la determinación del *Plazo de Entrega y Garantía del Producto*, como requerimientos de obligatorio cumplimiento, radica en el hecho que guardan estricta relación con la operatividad y funcionamiento del bien requerido por la Entidad, máxime si se tiene en cuenta que, en el presente caso, el Comité Especial ha admitido, calificado y otorgado la buena pro a un postor que omitió consignar u ofertar un plazo de entrega preciso y determinado. 13. Conforme con lo anotado, cabe indicar que no resulta razonable ni coherente que la Entidad haya determinado establecer factores de evaluación, sin haber delimitado, como mínimo, aspectos que resultan de vital importancia, a fin de satisfacer sus necesidades en tiempo y forma oportuna, en plena observancia de lo indicado en el Principio de Eficiencia. [...] 16. Por las consideraciones expuestas, se concluye que las Bases han incurrido en imprecisiones que vician su legalidad, lo cual ha derivado en la sustanciación de un proceso de selección que deviene irregular y al margen del marco jurídico que le es aplicable, propiamente en lo que se refiere a la evaluación y calificación de las propuestas. 17. Por ende, [...] corresponde a este Tribunal declarar de oficio la nulidad del ítem N.º 1 del proceso de selección, debiendo retrotraerse a la etapa de convocatoria, previa reformulación de las Bases,



para lo cual la Entidad deberá incluir un período mínimo de entrega y garantía, así como determinar escalas precisas e idóneas que permitan calificar el factor relativo al Plazo de Entrega. [...] (Resolución N.º 111-2008-TC-S4, de 14-01-2008, ff. 12, 13, 16 y 17. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2sufiC1>).

§ 1020. En la definición del requerimiento no se hace referencia a fabricación o procedencia, salvo que la Entidad haya implementado el correspondiente proceso de estandarización (art. 29.4). 29. En concordancia con ello, en el artículo 8 del Reglamento [cfr. art. 29 del Nuevo Reglamento] se dispone que ‘Las Especificaciones Técnicas, los Términos de Referencia o el Expediente Técnico, según corresponda, que integran el requerimiento, contienen la descripción objetiva y precisa de las características v/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, y las condiciones en las que debe ejecutarse la contratación, El requerimiento puede incluir, además, los requisitos de calificación que se consideren necesarios. En la definición del requerimiento no se hace referencia a fabricación o procedencia, procedimiento de fabricación, marcas, patentes o tipos, origen o producción determinados, ni descripción que oriente la contratación hacia ellos, salvo que la Entidad haya implementado el correspondiente proceso de estandarización debidamente autorizado por su Titular. En cuyo caso debe agregarse las palabras “o equivalente” a continuación de dicha referencia. 30. De lo antes referido, puede concluirse que está prohibido que en la definición del requerimiento se haga referencia a marcas o a alguna descripción que oriente la contratación a un proveedor (en este caso, fabricante determinado), salvo que la Entidad haya implementado el correspondiente proceso de estandarización autorizado por el Titular de la Entidad. En el presente caso, se advierte que la Entidad no ha informado a este Colegiado que haya aprobado tal proceso, pese a que el Impugnante ha cuestionado que en la denominación del producto a adquirir se hace alusión a una marca determinada, situación que el Titular de la Entidad debe verificar a fin de dar el cumplimiento a lo establecido en la normativa de contrataciones estatales en cuanto a dicha situación. (Resolución N.º 2954-2016-TCE-S3, de 15-12-2016, ff. 29 y 30. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2FhyfAL>).

§ 1021. El requerimiento puede incluir exigencias previstas en normas sanitarias (art. 29.6). 14. Asimismo, el “Manual de Buenas Prácticas de Manufactura de Insumos de Uso Médico-Quirúrgico u Odontológico Estériles y Productos Sanitarios Estériles”, aprobado mediante Resolución Ministerial N.º 204.2000-SA/DM del 19 de junio de 2000, establece su aplicación por parte de los fabricantes y asegura que todos los lotes de los productos han sido elaborados con materias primas de calidad adecuada, que cumplen con las especificaciones declaradas para la obtención del Registro Sanitario, que han sido envasados y rotulados correctamente y que los productos serán estables durante su vida útil, es decir, garantiza el cumplimiento de las normas técnicas en lo que se refiere al proceso de fabricación de los bienes de uso médico. 15. El BPM no constituye una mera formalidad; por el contrario, es una característica esencial que deben cumplir las empresas dedicadas a la elaboración de productos farmacéuticos y a fines para garantizar estándares mínimos de calidad en las medicinas que se ofrecen a las Entidades, con lo cual este requisito es absolutamente objetivo, congruente, racional y proporcionado con relación al bien que se pretende adquirir. 16. En el caso de productos fabricados por etapas en diferentes países y comercializados en uno de ellos, a tenor de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 31 de Reglamento [cfr. art. 29 del Nuevo Reglamento] para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos y afines aprobado por Decreto Supremo N.º 010-97-SA, el interesado deberá presentar un Certificado de Libre Comercialización, el Certificado de consumo o uso del país en el que éste se comercializa y el Certificado de Buenas Prácticas de Manufactura u otro documento que acredite su cumplimiento emitido por la autoridad competente de cada país que intervino en el proceso de fabricación. (Resolución N.º 410-2008-TC-S1, de 06-02-2008, ff. 14, 15 y 16. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2VFFEOH>).

§ 1022. No corresponde declarar la nulidad de un procedimiento de selección de ejecución de obras por haber requerido la presentación de una copia de ficha RUC (requisito no previsto en la normativa) dado que, por su naturaleza y facilidad de acceso, no constituiría un desincentivo a la participación de los postores. 16. [Es] preciso señalar que si bien se ha incluido en las bases un requisito de calificación no previsto para la ejecución de obras, en el presente caso, debe atenderse a la

naturaleza de dicho requisito. Así, haber exigido la presentación de copia de la ficha RUC no implica un desincentivo a la mayor participación de potenciales postores [ni debe afectar la selección de los postores presentados] en la medida que se trata de un documento al cual se accede desde la web de la SUNAT, siempre que se tenga RUC. Considerando que para registrarse como participante en el procedimiento de selección se debe contar con RNP vigente, el cual, tratándose de postores domiciliados, requiere para su obtención de la identificación del RUC ante el OSCE, resulta válido presumir [tratándose de postores domiciliados] que si se cuenta con RNP, se cuenta con RUC. Cabe añadir que en relación al RUC, la página web de la SUNAT permite a cualquier ciudadano, y por ende, a la Entidad, hacer búsquedas a través del link “Consultas RUC”, e identificar los datos correspondientes al titular del RUC como nombre comercial, fecha de inscripción, tipo de contribuyente, estado del contribuyente, dirección del domicilio fiscal, entre otros [...]. Por lo tanto, en el presente caso, aun cuando la exigencia prevista por la Entidad implica una contravención a la normativa, puede advertirse que dicho vicio resulta conservable, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por ser no trascendente, en la medida que i) al ser la ficha RUC un documento de fácil obtención por cualquier proveedor que cuente con RNP, no pudo desincentivar la participación de proveedores en el procedimiento; y, ii) su presentación no aporta información o pueda ser obtenida directamente por la Entidad, a través de la página web de la SUNAT, por lo que su sola omisión, no genera incertidumbre respecto de la capacidad legal de un proveedor. Por lo tanto, este Colegiado considera que no corresponde declarar la nulidad del procedimiento de selección; no obstante ello, al haberse advertido que se requirió copia de la ficha RUC, documento que no puede ser requerido como “habilitación”, su omisión no puede determinar la descalificación de un postor, pues proceder en dicho sentido contravendría el principio de eficacia y eficiencia, que dispone que en el procedimiento de contratación y las decisiones que se adopten 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 del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos. (Resolución N.º 2876-2016-TCE-S2, de 07-12-2016, f. 16. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2DLXJot>).

§ 1023. No se puede homologar la característica de “presión de trabajo” con la de “presión de trabajo máximo”. 18. [Como] es de conocimiento de los agentes que intervienen en la contratación pública, de presentarse una oferta contradictoria, que imposibilite, al comité Especial determinar de forma certera el real alcance de la misma, ésta será descalificada pues imposibilita generar convicción de lo realmente ofertado, en función a las condiciones expresamente detalladas. Siendo ello así, en el presente caso los documentos contenidos en la oferta del Impugnante no permiten generar certeza sobre cuál es el rango de presión de trabajo del tanque criogénico que oferta, toda vez que de los documentos obrantes en su oferta se consignan cantidades distintas. **19.** En este punto, cabe señalar que si bien el Impugnante ha referido que en las bases integradas se previó la posibilidad de que la presión de trabajo máxima admisible sea de 250 psi, debe tenerse presente que no se puede homologar la presión de trabajo solicitada como característica del tanque criogénico [...] con la presión de trabajo máxima [...] que si bien puede ser un límite a no exceder, no constituye lo solicitado por el área usuaria para el óptimo cumplimiento de sus funciones. Por consiguiente, conforme se estableció en las bases integradas la presión de trabajo solicitada para el tanque criogénico fue de 60-65 psi, característica que no cumplió con acreditar el Impugnante, no sólo por haber ofertado una cantidad mayor a la requerida [...] sino también porque el contenido de su oferta, respecto a esta característica, resulta contradictoria (Resolución N.º 2970-2016-TCE-S4, de 19-12-2016, ff. 18 y 19. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2K7GiyZ>).

§ 1024. Si no se señala ninguna característica específica relacionada a uno de los bienes, es el proveedor quien tiene la facultad de determinar sus características. No puede solicitarse la presentación de documentación técnica adicional a la que se haya solicitado en el requerimiento. 7. En este escenario, con la finalidad de contar con mayores elementos que generen convicción en este Colegiado respecto a la materia controvertida; y, considerando que de conformidad con lo establecido



en el artículo 8 del Reglamento [cfr. art. 29.8 del Nuevo Reglamento], el área usuaria es la responsable de definir con precisión las características, condiciones, cantidad y calidad de los bienes, servicios u obras que requiera para el cumplimiento de sus funciones, de acuerdo a lo que considera conveniente para la satisfacción de sus necesidades; mediante decreto del 2 de diciembre de 2016 se solicitó a la Entidad que su área usuaria remita la siguiente información: *“Teniendo en consideración que, para la especificación técnica “e) Sistema de medición del consumo”, en las bases se estableció lo siguiente: se realizará por intermedio de un medidor de flujo el cual tendrá que ser suministrado por el proveedor e instalado para garantizar el consumo directo del oxígeno. Indique si hay alguna característica relacionada a dicho sistema que debía ser acreditada; de ser así, precise de que característica se trata”*. Ante dicho requerimiento, mediante Informe N.º 0163-2016-Mantenimiento/SSGG/UA/INSN/SB, el Área de Mantenimiento de Servicios Generales de la Entidad (área usuaria), indicó lo siguiente: *“El medidor de consumo de oxígeno podrá ser seleccionado o dimensionado de acuerdo a la demanda de oxígeno que se precisaron en las bases del respectivo proceso, este medidor le servirá al proveedor de oxígeno para que pueda realizar la medición de consumo y la facturación respectiva. El modelo, marca, principio de operación quedará a criterio del proveedor”*. (sic) (el subrayado y resaltado es nuestro). **8.** A partir de lo señalado por el área usuaria, se verifica que no se estableció ninguna característica específica relacionada al sistema de medición de consumo, siendo el proveedor quien tiene la facultad de determinar las características del medidor de consumo, con el cual realizará la medición del oxígeno a proveer. **9.** Bajo dicha premisa, además de la presentación de la declaración jurada de cumplimiento de las Especificaciones Técnicas, no se advierte la necesidad de presentar algún catálogo o folleto relacionado al sistema de medición de consumo, por cuanto, como ya se ha indicado, no hay ninguna característica técnica específica relacionada a dicho sistema que deba ser acreditada por los postores, tal como ha informado la propia área usuaria. [...]. (Resolución N.º 2970-2016-TCE-S4, de 19-12-2016, ff. 7, 8 y 9. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2K7GiyZ>).

§ 1025. El requisito de presentar SOAT vigente debe ser cumplido durante la etapa de ejecución contractual. **14.** [Resultado] pertinente señalar que el requerimiento de contar con SOAT vigente, tiene como propósito asegurar en primera instancia, cumplir con una disposición legal que, aplicada a la presente contratación, se traduce en que los camiones cisternas al momento de su circulación cuentan con un seguro para accidentes de tránsito que eventualmente podrían presentarse [...]. Bajo esta perspectiva, resulta que dicho requisito, en lo que a la presente contratación se refiere, debe cumplirse necesariamente cuando los camiones cisternas empiecen a circular prestando el servicio, lo que implica que es un requisito que debe ser cumplido durante la ejecución del contrato; siendo ello así, la Entidad debe asegurarse que para efectos de dar inicio a la prestación del servicio, los vehículos cuenten con dicho seguro, el cual debe mantenerse vigente hasta la culminación de dicha prestación; en tal sentido, la oportunidad para requerir su cumplimiento corresponde que sea para suscripción del contrato. Por consiguiente, resulta necesario que se requiera al postor ganador de la buena pro, que como parte de los documentos para la suscripción del contrato, presente el SOAT vigente. En ese sentido, debe descartarse que el SOAT vigente pueda ser considerado como un requerimiento técnico mínimo o como un requisito de calificación, en la medida que es una condición que debe cumplirse durante la ejecución contractual, por estar relacionada a la circulación de los vehículos, hecho que no se materializa durante el procedimiento de selección, de ahí que no corresponde solicitar dicho requisito durante esa etapa. (Resolución N.º 244-2017-TCE-S3, de 24-02-2017, f. 14. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2SGU7bd>).

§ 1026. Es nulo el proceso de selección, debido a que ni las bases ni el estudio de posibilidades que ofrece el mercado tomaron en cuenta el mecanismo de seguridad que había sido requerido por el área usuaria. Véase la jurisprudencia del artículo 44.1 de la Ley [§ 690]. (Resolución N.º 0238-2016-TCE-S3, de 22-02-2016, ff. 14 y 15. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2QWbZOe>).

§ 1027. Las exigencias formales y sustanciales del requerimiento no deben constituirse en própósitos arbitrarios ni aislados de contexto (art. 29.3). Véase la jurisprudencia del artículo 16º de la Ley [§ 448]. (Resolución N.º 580-2008-TC-S4, de 25-02-2008, ff. 3 y 4. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2RDxVl2>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1028. Si en la fase de estudio de posibilidades la Entidad advierte que dada la sofisticación de los bienes a ser adquiridos, es costumbre empresarial de los potenciales proveedores estimar un monto de un eventual resarcimiento de daños y perjuicios en favor de la Entidad, esta última puede establecer en las bases un monto al cual se limitará tal resarcimiento debido al incumplimiento por culpa leve o evaluar la conveniencia de contratar un seguro que asuma dichos riesgos.

CONSULTA: *“Si en el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado se advierte que la adquisición de bienes sofisticados tiene como correlato proveedores, cuya política empresarial les impone cuantificar el riesgo que conlleva su participación, resulta atendible establecer como parte de las condiciones de la contratación un límite de responsabilidad en el resarcimiento de los daños y perjuicios que se originen por el incumplimiento de obligaciones a cargo de contratista causados por culpa leve, conforme lo permite el artículo 1321º del Código Civil” 2.3.* [...] [R]esulta necesario señalar que, una vez definidas las especificaciones técnicas de los bienes que la Entidad requiere adquirir, el órgano encargado de las contrataciones de ésta debe realizar un estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, a efectos de contar con la información necesaria para determinar no sólo el valor referencial del proceso, sino también otros aspectos necesarios que tengan incidencia en la eficiencia de la contratación. Cabe precisar que este último aspecto cobra especial relevancia cuando se trata de la adquisición de bienes sofisticados, en donde las condiciones particulares de dicho mercado conllevan a que los proveedores cuantifiquen, de manera previa, el riesgo que tendrían que asumir ante la eventual configuración de un hecho que determine el pago de una indemnización por daños y perjuicios a la Entidad. Por tanto, si en la fase de actos preparatorios de una contratación, una Entidad, luego de realizar el respectivo estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, advierte que, dada la sofisticación de los bienes a ser adquiridos, los potenciales proveedores tienen como política estimar y cuantificar el riesgo que conlleva su participación; es decir, estimar el monto de un eventual resarcimiento por daños y perjuicios, la Entidad, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, puede decidir establecer en las Bases el monto al que se limitará el resarcimiento por daños y perjuicios debido al incumplimiento del contratista por culpa leve; ello, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1321 del Código Civil y luego de haber efectuado una evaluación sobre el monto al que, eventualmente, podría ascender dicho resarcimiento. Adicionalmente, la Entidad podría evaluar la conveniencia de contratar un seguro que asuma dichos riesgos, en lugar de establecer un monto fijo para el resarcimiento de daños y perjuicios. [...] (Opinión N.º 047-2012/DTN, de 16-03-2012, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HgIExO>).

§ 1029. No se puede aprobar una estandarización cuando los bienes a contratar, a pesar de existir accesoriadad o complementariedad, no resulten imprescindibles. *“¿Es viable Aprobar la Estandarización para la Adquisición de Unidades Móviles de determinada Marca por constituir Equipos que van a permitir complementar el equipamiento preexistente en la Entidad de la misma marca?”* CONCLUSIÓN. **3.** No procede aprobar una estandarización cuando los bienes o servicios a contratar -independientemente de su accesoriadad o complementariedad- sean susceptibles de ser suplidos por otros de diferente tipo, modelo, o marca, sin que con ello se altere o haga perder la operatividad, funcionalidad o el valor económico del equipamiento o infraestructura preexistente; de ese modo, el uso de dicho mecanismo solo está permitido en caso que ello responda a criterios técnicos y objetivos, y no cuando obedezca a apreciaciones subjetivas de valoración o a la intención de uniformizar el equipamiento o infraestructura por razones estéticas. (Opinión N.º 116-2017/DTN, de 19-05-2017. f. 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PWwD3K>).

§ 1030. Al momento de elaborar el requerimiento la Entidad está en la obligación de incluir todo requisito que se encuentre contemplado tanto en la normativa de contrataciones del Estado como en normativas especiales aplicables. **2.4.** Ahora bien, con relación al requisito de calificación de Capacidad legal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 del Reglamento [cfr. art. 49 del Nuevo Reglamento], este se encuentra referido a toda aquella documentación que acredite la representación y habilitación para llevar a cabo la actividad económica materia de contratación. La habilitación según el



Diccionario de la Real Academia Española está referida a la acción de habilitar, que quiere decir estar hábil o ser capaz para realizar una cosa determinada. En dicho sentido, puede entenderse que la habilitación de un postor, está relacionada con cierta atribución con la cual debe contar el proveedor para poder llevar a cabo la actividad materia de contratación, este es el caso de las actividades reguladas por normas en las cuales se establecen determinados requisitos que las empresas deben cumplir a efectos de estar habilitadas para la ejecución de determinado servicio o estar autorizadas para la comercialización de ciertos bienes en el mercado. De esta forma, al momento de elaborar el requerimiento o los documentos del procedimiento de selección, la Entidad está en la obligación de incluir todo requisito que se encuentre contemplado dentro de la normativa aplicable, esto con el propósito de establecer el requisito de calificación referido a la capacidad legal del postor. De conformidad con lo expuesto, con ocasión de la determinación del requerimiento, la Entidad debe verificar que las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente de contratación, según corresponda, incluyan todo aspecto vinculado con regulaciones especiales sobre el objeto de contratación, así como requisitos establecidos en normativa aplicable; siendo importante precisar que en concordancia con lo previsto en el [...] Reglamento, si estos se refieren a las capacidades del postor y deben ser acreditados, constituirán requisitos de calificación. (Opinión N.º 186-2016/DTN, de 01-12-2016, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Fq2u8M>).

§ 1031. El área usuaria deberá ponderar y sustentar si resulta razonable y económico adquirir un bien o producto que forma parte de un “kit” en función de las características inicialmente definidas en el marco de un reemplazo por deterioro o siniestro. CONCLUSIONES: **3.1.** El área usuaria es la responsable de definir con precisión las especificaciones técnicas, de tal forma que no oriente la adquisición hacia un postor, o hacia una marca, fabricante o tipo de producto específico, permitiendo la concurrencia de pluralidad de postores; ello, además de cumplir con los principios que rigen las contrataciones del Estado, de manera que las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público cumplan con maximizar el valor del dinero del contribuyente y se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad. **3.2.** Corresponde a los funcionarios y/o servidores del área usuaria ponderar y sustentar si, en el caso de la adquisición de un bien que forma parte de un “kit”, dada la preexistencia de determinados bienes o productos que también integran dicho “kit”, resulta razonable y económico adquirir aquel bien o producto en función de las características inicialmente definidas, en el marco de un reemplazo por deterioro o siniestro. (Opinión N.º 021-2013/DTN, de 14-02-2013, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TRBPUg>).

§ 1032. De manera excepcional, podría hacerse referencia a marcas en un expediente técnico de obra, siempre que ello resulte indispensable para alcanzar la finalidad de la contratación y no afecte la libre concurrencia de proveedores (art. 29.4). CONSULTA: “¿Considerando que para la ejecución de una obra se requieren materiales, insumos u otros elementos, es posible que dentro del Expediente Técnico correspondiente, el consultor a cargo de su elaboración pueda hacer referencia a marcas que cumplirían con las características técnicas establecidas en el mismo?”. CONCLUSIONES: **3.1.** La normativa de contrataciones del Estado establece que las Entidades no pueden hacer referencia a marcas cuando formulen sus requerimientos de bienes, servicios u obras; de esta manera, el requerimiento debe ser efectuado de forma genérica, sin consignar marcas que orienten la contratación hacia un proveedor en particular. **3.2.** Si bien la prohibición de hacer referencia a marcas constituye la regla general que deben observar las Entidades al momento de elaborar sus requerimientos para la contratación de obras, existen casos -como el mejoramiento, renovación o ampliación, entre otros- en los que la inclusión de marcas en el expediente técnico podría resultar necesaria a efectos de no afectar los sistemas que vienen funcionando (sistemas contra incendios, sistemas de aire acondicionado, etc.) y/o los procesos que se vienen desarrollando (procesos de tratamiento de agua, a manera de ejemplo) en la obra preexistente. Así, de manera excepcional, podría hacerse referencia a marcas en un expediente técnico de obra, siempre que ello resulte indispensable para alcanzar la finalidad de la contratación y en la medida que no se afecte la libre concurrencia de proveedores bajo ninguna circunstancia. (Opinión N.º 176-2018/DTN, de 23-10-2018, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FYwJdY>).

§ 1033. Las contrataciones realizadas a través de un Acuerdo Marco están sujetas a la prohibición de mencionar marcas o tipos de productos determinados en la descripción del bien o servicio contenido en el requerimiento (art. 29.4). [...] 2.2. Por su parte, respecto a la contratación de un bien y/o servicio por Acuerdo Marco, el primer párrafo del numeral 8.4.8.2 de la Directiva N.º 017-2012-OSCE/CD [cfr. numeral 10.1 de la Directiva N.º 007-2017-OSCE/CD (D-036)] (en adelante la “Directiva”) “Directiva de Convenio Marco” indica que “*Cuando el área usuaria requiera la contratación de un bien o servicio; en coordinación con el OEC, deberá consultar los Catálogos Electrónicos. Si el bien o servicio se encuentra en dichos Catálogos las Entidades, a través de dicho órgano, estarán obligadas a contratarlos.*” Como se aprecia, en una contratación bajo el método especial denominado [Acuerdo Marco], antes que el área usuaria ingrese al Catálogo Electrónico debe definir correctamente su requerimiento, es decir, identificar las especificaciones técnicas y/o términos de referencias, así como los aspectos comerciales que implique la contratación. 2.3. De conformidad con lo expuesto, debe precisarse que el [Acuerdo Marco] no constituye una excepción a la prohibición de mención de marca o tipo de producto determinado en la descripción del bien o servicio contenido en el requerimiento, ya que dicha información puede motivar que la Entidad contrate con un determinado grupo de proveedores del Catálogo Electrónico sin mayor sustento. En ese sentido, el área usuaria al momento de definir el requerimiento para una contratación a través del [Acuerdo Marco], no deberá hacer referencia a marcas, nombres comerciales, patentes o cualquier otra descripción que oriente la contratación de un determinado proveedor, salvo que de forma previa la Entidad haya aprobado un proceso de estandarización. [...] (Opinión N.º 106-2016/DTN, de 14-07-2016, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DsAT3K>).

§ 1034. En las contrataciones cuyo monto sea igual o inferior a 8 UIT’s, cuando el requerimiento haga referencia a fabricación o procedencia que oriente la contratación a un proveedor determinado, la Entidad podrá disponer que en tales procedimientos se cuente con un informe del área usuaria que sustente la pertinencia de su pedido (art. 29.4). CONSULTA: “*Para las contrataciones que, en atención a lo dispuesto por los artículos 4º y 5º de la Ley de Contrataciones del Estado, se realizan fuera del ámbito de aplicación de la citada Ley, se requiere realizar un proceso de estandarización si el requerimiento respectivo hace referencia a fabricación, procedencia, procedimiento de fabricación, marcas, patentes o tipos, origen o producción determinada, o descripción que oriente la contratación hacia ellos?*” [...] 2.5. Efectuadas las precisiones anteriores, debe señalarse que las contrataciones cuyos montos sean superiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias se desarrollan conforme a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, salvo que se configure algún supuesto de exclusión. Asimismo, las contrataciones que se realicen por montos iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la referida normativa; no obstante, cada Entidad podrá establecer procedimientos para efectuar dichas contrataciones, los mismos que deben observar los principios que rigen toda contratación pública. [...] No obstante, en las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, cuando el requerimiento haga referencia a fabricación, procedencia, procedimiento de fabricación, marcas, patentes o tipos, origen o producción determinada, o descripción que oriente la contratación hacia ellos, la Entidad podrá, de considerarlo necesario, disponer que en el procedimiento que hubiera establecido para realizar dichas contrataciones, se cuente con un informe del área usuaria que sustente, en base a criterios técnicos y objetivos, la referencia a determinada marca o tipo particular para garantizar la funcionalidad, operatividad o valor económico del equipamiento o infraestructura preexistente de la Entidad. (Opinión N.º 097-2016/DTN, de 06-07-2016, f. 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zZ0X4s>).

§ 1035. Sobre la verificación si existe en el mercado un organismo que pueda acreditar el cumplimiento de una norma técnica de carácter voluntario, está orientada a que la Entidad cuente con el respaldo de una institución competente a efectos de cautelar la finalidad pública que procura alcanzar a través de la contratación (art. 29.6). CONSULTA: 2.2. “*Cuál es la interpretación del término (iii) se verifique que existe en el mercado algún organismo que pueda acreditar el cumplimiento de dicha*



norma técnica". Conforme a lo indicado en el segundo párrafo del numeral 2.1.2 de la presente Opinión, cada Entidad es responsable de incluir en sus requerimientos las disposiciones establecidas en las normas que regulan el objeto de la contratación; asimismo, en función a lo que ésta considere necesario para alcanzar la finalidad del contrato, y cautelando no restringir la participación de la pluralidad de postores, también puede incluir disposiciones contenidas en normas técnicas de carácter voluntario, siempre que las mismas sirvan para garantizar el cumplimiento de los requisitos funcionales o técnicos vinculados al contrato, que exista un organismo en el mercado que pueda acreditar el cumplimiento de la norma técnica invocada, y que éstas no vulneren las normas de carácter obligatorio que regulan el objeto materia de la contratación; debiendo concurrir la totalidad de dichas condiciones, para tal efecto. Como puede apreciarse, una de las condiciones que se deben cumplir a fin de incluir disposiciones de normas técnicas de carácter voluntario a un determinado requerimiento, es que, previamente, la Entidad haya verificado que "existe en el mercado algún organismo que pueda acreditar el cumplimiento de dicha norma técnica". Al respecto, corresponde señalar que el sentido de dicha disposición redunda en el hecho que cada Entidad es responsable de verificar que las exigencias que establezca al formular su requerimiento permiten alcanzar la finalidad pública de la contratación y proporcionan el acceso de la pluralidad de proveedores al proceso de contratación en condiciones de igualdad; cautelando que éstas no tengan por efecto la creación de obstáculos ni direccionamientos que perjudiquen la competencia. De esta manera, se advierte que la condición contenida en el numeral 8.5 del artículo 8 del Reglamento [cfr. art. 29.6 del Nuevo Reglamento], relativa a verificar si existe en el mercado un organismo que pueda acreditar el cumplimiento de una norma técnica de carácter voluntario, está orientada a que la Entidad cuente con el respaldo de una institución competente -de acuerdo al objeto materia de acreditación- que garantice la observancia de la norma técnica prevista como parte de su requerimiento; a efectos de cautelar la finalidad pública que procura alcanzar a través de la contratación. Adicionalmente, de acuerdo a lo señalado en el numeral precedente de la presente Opinión, el INACAL es la autoridad competente para pronunciarse sobre la regulación de los organismos que acreditan el cumplimiento de normas técnicas. (Opinión N.º 138-2017/DTN, de 23-06-2017, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2E7DQaK>).

§ 1036. Alcances de las cualidades de "suficiente", "coherente" y "técnicamente correcta" respecto de la información contenida en los documentos que integran el expediente técnico. 2.5. *"¿Qué se entiende con información suficiente, coherente y técnicamente correcta, que no forma parte del expediente técnico original, que permita a los Contratistas ejecutar una obra en las condiciones requeridas por la Entidad y la normativa de la materia; teniendo en cuenta que, son términos muy subjetivos que podrían originar que la Entidad no apruebe prestaciones adicionales, más aún si estamos frente a un contrato bajo la modalidad de suma alzada?"* Sobre el particular, debe señalarse que el expediente técnico de obra se definía como *"El conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, Valor Referencial, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios."* Como puede apreciarse, el expediente técnico de obra estaba formado por un conjunto de documentos de ingeniería que definían, principalmente, las características, alcance y la forma de ejecución de una obra, así como las condiciones del terreno en la que esta se ejecutaría. De ello se infiere que dicho expediente tenía por finalidad brindar información sobre los requerimientos de la Entidad para la ejecución de la obra y sobre las condiciones del terreno. Para cumplir con dicha finalidad, era necesario que los documentos que integran el expediente técnico se interpretaran en conjunto y proporcionaran información suficiente, coherente y técnicamente correcta que permita a los postores formular adecuadamente las propuestas y ejecutar la obra en las condiciones requeridas por la Entidad y la normativa de la materia. Abundando en lo anterior, cuando se indica que los documentos del expediente técnico de obra debían proporcionar información "suficiente", debe entenderse que debían presentar toda la información necesaria e idónea para que los postores puedan formular adecuadamente sus ofertas, sin necesidad de que tengan que recurrir a otros documentos o estudios. Asimismo, cuando se señala que los documentos del expediente técnico de obra debían proporcionar información "coherente", debe entenderse que

dicha información no debía presentar contradicciones o indicaciones que sean incompatibles entre sí. Por último, cuando se establece que los documentos del expediente técnico de obra deben incluir información “técnicamente correcta”, debe entenderse que, al tratarse de documentos de ingeniería que brindan información sobre los requerimientos de la Entidad y sobre los estudios que señalan las condiciones del terreno donde se ejecutará la obra, dicha información debe estar conforme a las reglas de la técnica e ingeniería y reflejar adecuadamente las condiciones reales del lugar donde se ejecutará la obra. (Opinión N.º 184-2016/DTN, de 30-11-2016, f. 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ES7FgO>).

§ 1037. El INACAL es la autoridad competente para pronunciarse si una disposición corresponde a una norma técnica de carácter voluntario para ser incluido en un requerimiento de contratación formulado por una Entidad (art. 29.6). CONSULTA: 2.1. “Una certificación internacional (por ejemplo: certificación internacional CMMI3) clasifica como norma técnica de carácter voluntario?”. 2.1.1. [...] [Las] especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico -según corresponda al objeto de la contratación requerida por la Entidad- deben formularse de forma objetiva y precisa, proporcionando acceso en condiciones de igualdad al proceso de contratación, sin tener por efecto la creación de obstáculos que perjudiquen la competencia del mismo. En adición a lo expuesto, resulta oportuno indicar que, al definir el requerimiento no deberá incluirse exigencias desproporcionadas al objeto de la contratación, irrazonables e innecesarias, referidas a la calificación de los potenciales postores, que limiten o impidan la concurrencia de los mismos u orienten la contratación hacia alguno de ellos [...]. Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que, a efectos de formular el Requerimiento para la contratación de bienes, servicios u obras, orientado al cumplimiento de una finalidad pública a cargo de una Entidad, se debe incluir la descripción objetiva y precisa de las características, requisitos y condiciones que resulten necesarios para dicho fin, de acuerdo al objeto de la contratación; prohibiéndose la incorporación de exigencias que limiten o restrinjan la participación de la pluralidad de postores, en atención a los Principios de Libertad de concurrencia y Competencia. [...] De esa medida, se desprende que cada Entidad es responsable de incluir en el requerimiento las disposiciones establecidas en las normas que regulan el objeto de la contratación; asimismo, en función a lo que ésta considere necesario para alcanzar la finalidad del contrato, y cautelando no restringir la participación de la pluralidad de postores, también puede incluir disposiciones contenidas en normas técnicas de carácter voluntario, siempre que las mismas sirvan para garantizar el cumplimiento de los requisitos funcionales o técnicos vinculados al contrato, que exista un organismo en el mercado que pueda acreditar el cumplimiento de la norma técnica invocada, y que éstas no vulneren las normas de carácter obligatorio que regulan el objeto materia de la contratación; debiendo concurrir la totalidad de dichas condiciones, para tal efecto. En ese contexto, a fin de determinar si ciertas disposiciones corresponden a normas técnicas de carácter voluntario, o si califican como tales, para ser incluidas a un requerimiento de contratación formulado por una Entidad, el INACAL es la autoridad competente para pronunciarse sobre dicho aspecto; debiendo precisarse que la regulación de los organismos que acreditan el cumplimiento de normas técnicas, no es competencia del OSCE. (Opinión N.º 138-2017/DTN, de 23-06-2017, ff. 2.1 y 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2E7DQaK>).

§ 1038. En los supuestos excluidos del ámbito de la normativa de contrataciones, no resulta exigible llevar a cabo el proceso de estandarización cuando el requerimiento haga referencia a fabricación o procedencia, procedimiento de fabricación, marcas, patentes o tipos, entre otros. Véase la jurisprudencia del artículo 4º de la Ley [§ 241]. (Opinión N.º 097-2016/DTN, de 06-07-2016, ff. 3.1. y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zZ0X4s>).

§ 1039. Los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley, no pueden extenderse a supuestos no contemplados en dicho artículo. En el requerimiento no pueden establecerse impedimentos para acceder al proceso de contratación. 2.2. Véase la jurisprudencia del artículo 11º de la Ley [§ 339]. (Opinión N.º 180-2018/DTN, de 07-11-2018, ff. 2.2, 2.2.2 y 2.2.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RFk66n>).



§ 1040. **Gestión de Riesgos en la planificación de obras (29.2).** Véase la jurisprudencia del artículo 32.2 de la Ley [§ 557]. (Opinión N.º 152-2017/DTN, de 07-07-2017, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PrmW9f>).

§ 1041. **Mecanismos especiales a través del cual la Entidad puede concentrar prestaciones de diferente tipo o naturaleza en una misma contratación (art. 29.8).** Véase la jurisprudencia del artículo 37º del Nuevo Reglamento [§ 1130]. (Opinión N.º 059-2017/DTN, de 23-02-2017, f. 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FHfdn6>).

§ 1042. **La Entidad debe verificar los requisitos necesarios para calificar un contrato como uno de “obra” a efectos de establecer correctamente el objeto de la contratación en el requerimiento.** Véase la jurisprudencia del artículo 16º de la Ley [§ 452]. (Opinión N.º 113-2016/DTN, de 20-07-2016, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rLpaH6>).

§ 1043. **El código de barras de un bien puede ser una especificación técnica siempre y cuando no oriente la compra a un proveedor particular, de lo contrario afectaría la competencia del proceso de contratación.** Véase la jurisprudencia del artículo 16º de la Ley [§ 454]. (Opinión N.º 111-2018/DTN, de 16-07-2018, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Q7n2lg>).

§ 1044. **El requerimiento formulado por el área usuaria no debe incluir requisitos y/o exigencias irracionales, innecesarias o que no sean congruentes con el objeto de la contratación.** Véase la jurisprudencia del artículo 8.1.h de la Ley [§ 310]. (Opinión N.º 106-2018/DTN, de 12-07-2018, f. 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FLThYC>).

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 1045. **Las Bases no pueden establecer una responsabilidad total y absoluta del contratista por incidentes ocurridos en el cumplimiento de sus funciones, obviando que podrían presentarse situaciones no atribuibles a este.** [M]ediante los servicios de vigilancia, las empresas deben custodiar las instalaciones de los locales donde se preste el servicio a fin que no se origine pérdida, sustracción y/o deterioro alguno de los bienes que se encuentran dentro de las referidas instalaciones. En esa medida, a efectos de poder realizar el servicio, la empresa contratada deberá cumplir con la diligencia debida y con todas las reglas de seguridad que imponga la Entidad. Por ello, en principio, si dentro de las instalaciones del local donde se presta el servicio se diera la pérdida de un bien, contractualmente, la empresa de vigilancia sería responsable de la misma en la medida que no hubiera actuado con la diligencia debida o no hubiera cumplido con los reglamentos internos de la Entidad referidos a normas de seguridad, tal como lo dispone el artículo 1314º del Código Civil. Sin embargo, en el presente proceso, las Bases establecen una responsabilidad total y absoluta, a simple requerimiento de la Entidad, siendo además que en caso el contratista no cumpla con resarcir el valor del daño ocasionado por la pérdida o sustracción, se ha establecido que la Entidad se hará pago efectivo con cargo a la factura del mes a cancelar. De lo expuesto se puede concluir que la Entidad impone a la empresa contratista una carga adicional a la mera ejecución del servicio de vigilancia, cual es cubrir las pérdidas de bienes, sin que resulte relevante el tipo de responsabilidad que pudiera tener la empresa. Así, la “responsabilidad” a la cual se hace alusión no se presenta como la responsabilidad tipificada en el Código Civil Peruano por el incumplimiento de obligaciones contractuales, toda vez que como lo prescribe el artículo 1314º del acotado cuerpo legal, sólo será responsable aquél que no actúe con la diligencia ordinaria, obviando que podrían presentarse situaciones no atribuibles al contratista ni al personal a su cargo que no spondrían un incumplimiento de sus obligaciones contractuales, en cuyo caso, no podría exigírsele que responda por la pérdida o daños producidos, por cuanto ello implicaría una disposición leonina que incluso se aparta de lo regulado por el Código Civil. (Pronunciamiento N.º 326-2005/GTN, de 23-11-2005, Observación N.º 4. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MUxQo3>).

REMISIÓN

§ 1045a. Sobre el requerimiento en los procesos de contratación del Estado. Véase también la jurisprudencia del artículo 16° de la Ley [§ 436 ss.].

Artículo 30: Homologación

30.1. Mediante la homologación los Ministerios establecen las características técnicas y/o requisitos de calificación y/o condiciones de ejecución, conforme a las disposiciones establecidas por PERÚ COMPRAS.

30.2. El uso de la ficha de homologación es obligatorio a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano", siempre que no se haya convocado el procedimiento de selección correspondiente.

30.3. Las fichas de homologación aprobadas son de uso obligatorio para todas las contrataciones que realizan las Entidades, con independencia del monto de la contratación, incluyendo aquellas que no se encuentran bajo el ámbito de la Ley o que se sujeten a otro régimen legal de contratación.

30.4. La contratación de los requerimientos que cuenten con ficha de homologación aprobada se realiza mediante el procedimiento de selección de Adjudicación Simplificada. Lo dispuesto no aplica cuando el requerimiento ha sido homologado parcialmente.

30.5. En el caso de las Entidades bajo el ámbito de la Ley, si el bien o servicio es incluido en el Listado de Bienes y Servicios Comunes corresponde que se contrate mediante Subasta Inversa Electrónica. Asimismo, en el caso que el bien o servicio esté incluido en un Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco, se utiliza este método especial para su contratación.

Artículo 31: Del proceso de homologación

31.1. La aprobación, la modificación y la exclusión de la ficha de homologación se efectúa mediante resolución del Titular de la Entidad que realiza la homologación, conforme al procedimiento y plazos que establezca PERÚ COMPRAS. Dichos actos cuentan con la opinión favorable de PERÚ COMPRAS y se publican en el Diario Oficial "El Peruano". La facultad del Titular a que se refiere este numeral es indelegable.

31.2. El proyecto de ficha de homologación se prepublica en el portal institucional de la Entidad que realiza la homologación, de PERÚ COMPRAS y en el SEACE a fin de recibir comentarios, recomendaciones y observaciones sobre su contenido, por un periodo mínimo de diez (10) días hábiles. La Entidad tiene un plazo de diez (10) días hábiles para evaluar y, de ser el caso, modificar el proyecto de ficha de homologación.

31.3. PERÚ COMPRAS publica en su portal institucional la relación y las fichas de homologación vigentes.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1046. La aprobación de ejecución de obras bajo la modalidad de concurso oferta y la potestad para aprobar, modificar y excluir una ficha de homologación, son facultades indelegables. CONSULTA: "(...) la incertidumbre jurídica que se tiene en relación a los alcances de la delegación de la autoridad que la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por D.S. N.º 350-2015-EF, le otorgan al Titular de la Entidad (...)" [...] 2.2. [...] Asimismo, de conformidad con el último párrafo del artículo 11 del Reglamento [cfr. art. 31 del Nuevo Reglamento], la facultad que tiene el Titular de la Entidad para aprobar, modificar y excluir una ficha de homologación es indelegable. Por su parte, la Décima Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento, precisa que mediante Resolución del Titular, las Entidades del Poder Ejecutivo pueden aprobar la ejecución de obras bajo la

modalidad de concurso oferta, siendo esta facultad indelegable. [...] (Opinión N.º 067-2016/DTN, de 04-05-2016, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RYcR5y>).

Artículo 32: Valor estimado

32.1. En el caso de bienes y servicios distintos a consultorías de obra, sobre la base del requerimiento, el órgano encargado de las contrataciones tiene la obligación de realizar indagaciones en el mercado para determinar el valor estimado de la contratación.

32.2. Al realizar la indagación de mercado, el órgano encargado de las contrataciones puede recurrir a información existente, incluidas las contrataciones que hubiera realizado el sector público o privado, respecto de bienes o servicios que guarden similitud con el requerimiento. En el caso de consultoría en general, el área usuaria proporciona los componentes o rubros, a través de una estructura que permita al órgano encargado de las contrataciones estimar el presupuesto del servicio luego de la interacción con el mercado.

32.3. La indagación de mercado contiene el análisis respecto de la pluralidad de marcas y postores, así como, de la posibilidad de distribuir la buena pro. En caso solo exista una marca en el mercado, dicho análisis incluye pluralidad de postores.

32.4. El valor estimado considera todos los conceptos que sean aplicables, conforme al mercado específico del bien o servicio a contratar, debiendo maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten.

32.5. En el caso de los procedimientos de selección según relación de ítems, el valor estimado del conjunto sirve para determinar el tipo de procedimiento de selección, el cual se determina en función a la sumatoria de los valores estimados de cada uno de los ítems considerados.

32.6. El órgano encargado de las contrataciones está facultado a solicitar el apoyo que requiera de las dependencias o áreas pertinentes de la Entidad, las que están obligadas a brindarlo bajo responsabilidad.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1047. **La discrecionalidad para determinar el valor estimado o referencial para un procedimiento de selección no puede llevar a que se pierda de vista que es responsabilidad de todo Funcionario que participa en dicha determinación, el absoluto resguardo de los recursos públicos a ser comprometidos en toda compra estatal.** 35. [...] Si bien las Entidades tienen cierto margen de discrecionalidad para determinar el valor estimado o referencial para un procedimiento de selección, ello no puede llevar a que se pierda de vista que es responsabilidad de todo Funcionario que participa en dicha determinación, el absoluto resguardo de los recursos públicos a ser comprometidos en toda compra estatal. Ello implica, en el caso de la determinación del valor estimado o valor referencial, el uso adecuado de las fuentes de información, que permitan establecer un valor de mercado para el bien a licitar (cumpliéndose siempre el objetivo de maximizar el valor de los recursos públicos a ser invertidos). En el presente caso, se ha acudido simplemente a la cotización más alta, y no porque se haya determinado que representa el valor de mercado del bien, sino simplemente para posibilitar que todos los que cotizaron participen, lo que no resulta compatible con el propósito de la determinación de dicho valor (establecer el valor del mercado, maximizando el valor de los recursos públicos) y podría incluso estar conllevando a que se destinen muchos mayores recursos a los que realmente corresponden a una determinada adquisición. Por tanto, corresponde que con motivo de la nulidad del procedimiento de selección que se declarará, la Entidad efectúe nuevamente las indagaciones de mercado, empleando, de ser posible, otras fuentes adicionales a las cotizaciones obtenidas (por ejemplo mediante el uso de data histórica respecto a las adquisiciones de los mismos bienes), descartándose como criterio la simple referencia a la cotización más alta. (Resolución N.º 115-2017-TCE-S3, de 31-01-2017, f. 35. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2VyhqFW>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1048. **Aclaración del término “actividades relacionadas con el objeto de contratación”.** La normativa de contrataciones con el Estado no ha previsto un medio de acreditación específico para determinar que el proveedor que remite su cotización desarrolla actividades relacionadas con el objeto de contratación. La declaración jurada del proveedor no es suficiente para acreditar que dicho proveedor realiza actividades relacionadas con el objeto de contratación. CONSULTA: 1.1. “Al señalar la normativa de contrataciones vigente que, las cotizaciones deben provenir de proveedores cuyas actividades estén directamente relacionados con el objeto de la contratación, ¿Qué se entiende por directamente relacionados con el objeto de la contratación?”. [...] 2.2. “¿Se debe entender que la denominación u objeto de la contratación debe estar contenida textualmente en el objeto social de los estatutos y en las actividades que muestra la ficha RUC de los proveedores?”. [...] 2.4. “Si los proveedores, bajo declaración jurada, en sus cotizaciones manifestaron cumplir expresamente con los términos de referencia ¿esta declaración es suficiente para que en el estudio de mercado el órgano encargado de las contrataciones valide durante esta etapa que las actividades de las empresas se encuentran directamente relacionadas con el objeto de la contratación, en aplicación del principio de presunción de veracidad?”. [...] CONCLUSIONES: 3.1. Cuando el numeral 11.2 del artículo 11 del Reglamento [cfr. art. 32.2 del Nuevo Reglamento] señala que las cotizaciones obtenidas -como una de las fuentes para realizar el estudio de mercado, deben provenir de proveedores cuyas actividades estén directamente relacionadas con el objeto de la contratación se refiere a que las mismas provengan de personas naturales o jurídicas que se dediquen a actividades vinculadas al objeto de la contratación, esto es la provisión de bienes, servicios u obras iguales o similares al objeto de la contratación. 3.2. La normativa de contrataciones del Estado no ha establecido la obligación de emplear un medio de acreditación específico que permita determinar que el proveedor que remite su cotización desarrolla actividades directamente relacionadas al objeto de la contratación. Por tanto, el órgano encargado de las contrataciones debe emplear los mecanismos que estime conveniente a efectos de contar con la convicción de que dicho proveedor se dedica a actividades directamente relacionadas con el objeto de la contratación. 3.3. La declaración jurada de un proveedor sobre el cumplimiento de los términos de referencia en el caso de servicios no es suficiente para acreditar que dicho proveedor realiza actividades directamente relacionadas con el objeto de la contratación, ya que dicha declaración está referida al cumplimiento de las características técnicas y condiciones correspondientes a la prestación objeto de la contratación. (Opinión N.º 174-2018/DTN, de 18-10-2018, ff. 1.1, 2.2, 2.4, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SnIoxH>).

§ 1049. **La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto la metodología, criterios o parámetros que las entidades deben llevar a cabo para desarrollar el estudio de mercado. La entidad debe aplicar los criterios y la metodología que más se ajuste al objeto de la contratación.** CONSULTA: 2.1. “Si bien es cierto, para la aplicación de la causal de proveedor único, esta se debe realizar un estudio de mercado que determine que en el territorio nacional (mercado peruano) solo puede obtenerse los bienes, servicios en general o consultorías con determinado proveedor, o que aquel determinado proveedor posea derechos exclusivos respecto de ellos. ¿Cuál es el criterio del organismo supervisor para concluir que el estudio de mercado se ha realizado a nivel nacional? ¿Cuáles son los parámetros a tener en consideración? o es que ¿el estudio de mercado debe ser por departamento, provincia, por ciudad?”. [...] 2.1.3. En este punto, a efectos de absolver la consulta planteada, debe señalarse que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto la metodología, criterios o parámetros que las Entidades deben llevar a cabo para desarrollar el estudio de mercado. Al respecto, el numeral 11.2 del artículo 11 del Reglamento [cfr. art. 32.2 del Nuevo Reglamento], dispone que “El estudio de mercado debe indicar los criterios y la metodología utilizados, a partir de las fuentes previamente identificadas para lo cual se recurre a cotizaciones, presupuestos, portales o páginas web, catálogos, precios históricos, estructuras de costos entre otros, según corresponda al objeto de la contratación. Las cotizaciones deben provenir de proveedores cuyas actividades estén directamente relacionadas con el objeto de la contratación.” (El subrayado es agregado). En ese sentido, corresponde a cada Entidad definir los criterios y la metodología a emplear para elaborar el estudio de mercado, considerando las fuentes previamente identificadas según corres-

ponda al objeto de la contratación. Por tanto, en el estudio de mercado que determina la existencia de un proveedor único, la Entidad debe aplicar los criterios y la metodología que más se ajuste al objeto de la contratación, -lo cual debe estar adecuadamente sustentado- a partir de las fuentes previamente identificadas, que permitan identificar que en el mercado nacional solo existe un proveedor que puede satisfacer el requerimiento de la Entidad o que se cuente con un determinado proveedor que posea derechos exclusivos respecto de ellos. [...] (Opinión N.º 197-2017/DTN, de 13-09-2017, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KWX18x>).

§ 1050. En la normativa de contrataciones del Estado, al determinar el Valor estimado de las contrataciones de bienes y servicios, las Entidades deben incluir para su cálculo todos los tributos aplicables a cada contratación, incluyendo el IGV, independientemente de la posible participación de proveedores exonerados (art. 16.2 Ley). CONSULTA: **2.1.** “Las entidades públicas ubicadas en el ámbito de aplicación de la Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía, Ley N.º 27037, para determinar el Valor Referencial para la contratación de bienes y servicios, así como para servicios de consultoría en general, ¿se encuentran obligadas a incluir el IGV en el valor referencial en todos los casos?” **2.2.** “Si durante la elaboración del Estudio de Mercado se demuestra que existe pluralidad de proveedores que pueden atender el requerimiento sin incluir el IGV, las entidades públicas ubicadas en el ámbito de la aplicación de la Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía, Ley N.º 27037, ¿Están obligadas a incluir el IGV en el Valor Referencial?” **2.3.** “Si durante la elaboración del Estudio de Mercado se demuestra que existe pluralidad de proveedores que pueden atender el requerimiento sin incluir el IGV, las entidades públicas ubicadas en el ámbito de la aplicación de la Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía, Ley N.º 27037, en afán de maximizar el valor de los recursos públicos. ¿Pueden determinar el valor referencial y publicar el procedimiento de selección sin incluir IGV? [...] **3. CONCLUSIÓN. 3.1.** En el marco de lo establecido por la normativa de contrataciones del Estado, al determinar el Valor Referencial de las contrataciones de bienes y servicios, las Entidades deben incluir para su cálculo -entre otros conceptos- todos los tributos que resulten aplicables a cada contratación, incluyendo el Impuesto General a las ventas (IGV); independientemente de la posible participación de proveedores que gocen del beneficio de la exoneración del IGV, previsto en la Ley N.º 27037 - Ley de Promoción de la Inversión de la Amazonía. (Opinión N.º 164-2017/DTN, de 01-08-2017, ff. 2.1-2.3 y 3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QPhZMg>).

§ 1051. La normativa de contrataciones del Estado no ha determinado que fuentes ni el número mínimo de estas que deban emplearse para la realización de las indagaciones de mercado. CONSULTA: “(...) Respecto a lo señalado en el artículo 12º del Reglamento de la Ley N.º 30225 [cfr. art. 32 del Nuevo Reglamento] [...], sobre la indagación en el mercado para determinar el valor estimado, resultaría suficiente la utilización de una sola fuente “cotizaciones”, o implica un mayor número de fuentes para estimar el valor”. [...] **CONCLUSIONES: 3.1.** El órgano encargado de las contrataciones debe realizar la indagación en el mercado sobre la base de las especificaciones técnicas o los términos de referencia en el caso de bienes y servicios, o de acuerdo a los componentes o rubros que proporcione el área usuaria para el caso de consultoría en general, recurriendo a información existente -incluidas las contrataciones realizadas por el sector público o privado-, respecto de bienes o servicios que guarden similitud con el requerimiento. **3.2.** La normativa de contrataciones del Estado no ha determinado qué fuentes deben emplearse -y, en consecuencia, tampoco ha determinado el número mínimo de éstas-, para la realización de las indagaciones de mercado, por lo que el órgano encargado de las contrataciones deberá decidir las fuentes que empleará para determinar el valor estimado, siempre tomando en cuenta que la información a utilizarse para tal fin, deberá ser respecto de bienes o servicios que guarden similitud con el requerimiento. (Opinión N.º 054-2017/DTN, de 23-02-2017, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KY0Q0v>).

§ 1052. La entidad, para determinar y sustentar el precio de las prestaciones pendientes derivadas del contrato resuelto, puede realizar un nuevo estudio de mercado. Véase la jurisprudencia del 167º del Nuevo Reglamento [§ 1871]. (Opinión N.º 202-2017/DTN, de 15-09-2017, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UiGwIf>).

Artículo 33: Valor estimado de los servicios relacionados a los seguros patrimoniales

33.1. En el caso de la contratación de seguros patrimoniales, la Entidad puede contratar los servicios de asesoramiento de un corredor de seguros, a fin de estructurar su programa de seguros y reaseguros, cuando lo considere pertinente, así como obtener la información necesaria sobre el mercado asegurador nacional o internacional para determinar el valor estimado de la prima comercial.

33.2. El corredor de seguros se encuentra inscrito en el Registro de Intermediarios y Auxiliares de Seguros de la SBS y cumplir con los demás requisitos que establezca dicha entidad.

33.3. La Entidad puede solicitar que la cotización de las aseguradoras contenga una estructura de costos que incluya la comisión del corredor de seguros, o convenir dicha comisión con el corredor de seguros nombrado, según carta de nombramiento correspondiente, para incorporarla como parte del valor estimado antes referido.

33.4. La SBS puede emitir las disposiciones que sean necesarias para una adecuada participación de los corredores de seguros en dichos procesos. ⁽¹⁾

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

(1) Rectificado por fe de erratas (EP, 12-01-2019)

OPINIONES DEL OSCE

§ 1053. Cada entidad será quien defina los parámetros para la adecuada selección y designación de un corredor de seguros. **3. CONCLUSIONES. 3.1.** La designación de corredores de seguros, en tanto carece de remuneración y por ende no irroga gastos para Estado, no reúne el elemento objetivo para la aplicación de la normativa de contrataciones, por lo que dicha actuación se encuentra fuera de su alcance. **3.2.** Al no constituir una actuación inmersa dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, este Organismo Técnico Especializado no puede pronunciarse sobre los requisitos y/o exigencias a establecerse para la designación de un corredor de seguros; es por ello que cada Entidad será la responsable de definir los parámetros que considere pertinentes para la adecuada selección y designación de un corredor de seguros, pudiendo, como en todo proceso competitivo, disponer ciertas medidas que sirvan para determinar la opción que mejor se ajuste a sus necesidades, en tanto ello resulte razonable y guarde coherencia con la normativa que regule la materia y con los principios señalados en el artículo 2 de la Ley. (Opinión N.º 184-2018/DTN, de 14-12-2018, ff. 3.1 al 3.2. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2R6xLhD>).

§ 1054. En caso una Entidad decida contar con un corredor de seguros, la designación de este debe ser realizada observando los principios que establece la Ley. Las Entidades no pueden establecer restricciones irracionales al acceso a las contrataciones que convocan. **Ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado: criterio objetivo y criterio subjetivo.** CONSULTA: **2.2.** “La norma contenida en la Décimo Octava Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley implica o justifica de alguna forma restringir la posibilidad que un proveedor que ha venido brindando el servicio para una Entidad pueda participar en un nuevo proceso de selección que se convoque para el mismo servicio.” **2.2.1.** [...] [C]orresponde recalcar que la normativa de contrataciones del Estado no faculta a las Entidades a establecer restricciones irracionales al acceso a las contrataciones que éstas convocan [...] **2.2.2.** [...] En atención a la presente consulta, resulta pertinente señalar que el artículo 3 de la Ley establece su ámbito de aplicación tomando en cuenta dos criterios: (i) el criterio subjetivo, referido a los órganos y organismos que deben adecuar sus acciones a las disposiciones de la normativa; y (ii) el criterio objetivo, el cual refiere a aquellas contrataciones que se encuentran bajo su ámbito. De esta manera, el artículo en mención establece que se encuentran bajo su ámbito de aplicación aquellas contrataciones que realicen las Entidades de la Administración Pública -enlistadas en el artículo 3 de la Ley- para la adquisición de bienes, servicios y obras, cuyo pago sea realizado con cargo a fondos públicos. No obstante, sin perjuicio



de que aquellas contrataciones que no cumplan con tales características puedan realizarse sin aplicar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, *esto no enerva la obligación de observar los principios que rigen toda Contratación Pública, cuando corresponda*. 2.2.3. Realizadas las precisiones anteriores, corresponde traer a colación lo establecido en la Décimo Octava Disposición Complementaria Final del Reglamento, la cual establece que: “*En caso las Entidades decidan contar con un corredor de seguros, su designación debe tener en consideración los principios que rigen las contrataciones, contemplados en el artículo 2 de la Ley. La designación no es remunerada y el período del mismo no podrá exceder de dos (2) años, renovables previo informe sustentatorio. El corredor de seguros debe encontrarse inscrito en el Registro de Intermediarios y Auxiliares de Seguros de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, cumplir con los demás requisitos y sujetarse a las disposiciones que establezca dicha entidad*. El corredor de seguros debe presentar informes periódicos de seguimiento de las actividades propias de la administración de la póliza.” (El resaltado es agregado). [...] [Es] necesario acotar que si bien la designación de los corredores de seguros, en aplicación de lo previsto en la Décimo Octava Disposición Complementaria Final del Reglamento, no se encuentra bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado *-toda vez que no irroga gastos al Estado, no estaría cumpliendo con el criterio objetivo, ya señalado-*, dicha designación si debe ser realizada observando los principios que establece la Ley. 2.3. “*Si, de acuerdo a lo dispuesto en la Décimo Octava Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley (primer párrafo), las Entidades que decidan contar con los servicios de un Corredor de Seguros, deben -como finalidad- garantizar que sus procedimientos de designación cumplan con los principios de la Ley.*” [...] Al respecto, si bien la designación de los corredores de seguros se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, el primer párrafo del citado dispositivo precisa algunos requisitos que deben cumplirse para efectuar dicha designación, tales como su plazo y la precisión que ésta debe realizarse observando los principios que se encuentran previstos en el artículo 2 de la Ley. (Opinión N.º 121-2018/DTN, de 16-08-2018, ff. 2.2, 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Si6sCb>).

NOTA: El Nuevo Reglamento no ha previsto de manera expresa ningún tratamiento en específico para el caso de la designación de corredores de seguros en caso una Entidad decida contar con uno.

Artículo 34: Valor referencial

34.1. En el caso de ejecución y consultoría de obras, el valor referencial para convocar el procedimiento de selección no puede tener una antigüedad mayor a los nueve (9) meses, contados a partir de la fecha de determinación del presupuesto de obra o del presupuesto de consultoría de obra, según corresponda, pudiendo actualizarse antes de la convocatoria.

34.2. El valor referencial se determina conforme a lo siguiente:

a) En la contratación para la ejecución de obras, corresponde al monto del presupuesto de obra establecido en el expediente técnico de obra aprobado por la Entidad. Para obtener dicho monto, la dependencia de la Entidad o el consultor de obra que tiene a su cargo la elaboración del expediente técnico realiza las indagaciones de mercado necesarias que le permitan contar con el análisis de precios unitarios actualizado por cada partida y subpartida, teniendo en cuenta los insumos requeridos, las cantidades, precios o tarifas; además de los gastos generales variables y fijos, así como la utilidad.

El presupuesto de obra se encuentra suscrito por los consultores de obra y/o servidores públicos que participaron en su elaboración, evaluación y/o aprobación, según corresponda.

b) En el caso de consultoría de obras, el área usuaria proporciona los componentes o rubros, a través de una estructura que permita al órgano encargado de las contrataciones determinar el presupuesto de la consultoría luego de la interacción con el mercado.

34.3. El presupuesto de consultoría de obra detalla los costos directos, los gastos generales, fijos y variables, y la utilidad, de acuerdo a las características, plazos y demás condiciones definidas en los términos de referencia.

34.4. El presupuesto de obra o de la consultoría de obra incluye todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas, seguridad en el trabajo y los costos laborales respectivos conforme a la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que le sea aplicable y que pueda incidir sobre el presupuesto.

34.5. El valor referencial puede ser público o reservado; en este último caso, el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad emite un informe que fundamenta dicha decisión, el cual se adjunta al expediente de contratación.

34.6. La reserva del valor referencial cesa cuando el comité de selección lo hace de conocimiento de los postores al registrarse el otorgamiento de la buena pro.

34.7. En los procedimientos de selección con valor referencial reservado no se aplican los límites mínimos y máximos para admitir la oferta económica, previstos en la Ley y el Reglamento.

34.8. En cualquiera de los supuestos, es obligatorio registrar el valor referencial en el SEACE, debiendo garantizarse los mecanismos de confidencialidad en el caso de ser reservado.

34.9. En el caso de los procedimientos de selección según relación de ítems, el valor referencial del conjunto sirve para determinar el tipo de procedimiento de selección, el cual se determina en función a la sumatoria de los valores referenciales de cada uno de los ítems considerados.

34.10. El órgano encargado de las contrataciones está facultado a solicitar el apoyo que requiera de las dependencias o áreas pertinentes de la Entidad, las que están obligadas a brindarlo bajo responsabilidad.

34.11. Cuando el valor referencial es observado por los participantes, el órgano a cargo del procedimiento de selección lo hace de conocimiento del órgano encargado de las contrataciones o de la dependencia encargada de la determinación del valor referencial, según corresponda, para su opinión y, si fuera el caso, para que apruebe un nuevo valor referencial.

DEFINICIONES

PARTIDA: Cada una de las partes que conforman el presupuesto de una obra y precio unitario.

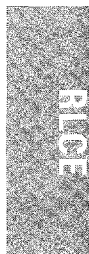
PRESUPUESTO DE OBRA: Es el valor económico de la obra estructurado por partidas con sus respectivos metrados, análisis de precios unitarios, gastos generales, utilidad e impuestos.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1056. La discrecionalidad para determinar el valor estimado o referencial para un procedimiento de selección no puede llevar a que se pierda de vista que es responsabilidad de todo Funcionario que participa en dicha determinación, el absoluto resguardo de los recursos públicos a ser comprometidos en toda compra estatal. Véase la jurisprudencia del artículo 32° del Nuevo Reglamento [§ 1047]. (Resolución N.º 115-2017-TCE-S3, de 31-01-2017, f. 35. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2VyhqFW>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1057. A diferencia de las contrataciones de bienes y servicios, en las contrataciones que tienen por objeto la ejecución de una obra, el valor referencial corresponde al monto del presupuesto de obra que forma parte del expediente técnico de obra aprobado por la propia Entidad. 2.1. [...] Así, conforme a lo dispuesto en el literal a) del numeral 12.7 del artículo 12 del Reglamento [cfr. art. 32.1 del Nuevo Reglamento], en la contratación de bienes y servicios, el valor referencial se determina conforme a lo previsto en el artículo 11 del Reglamento [cfr. art. 32 del Nuevo Reglamento] y para su cálculo debe incluirse todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos labores respectivos conforme a la legislación vigente, así como otros conceptos que le resulten aplicables a cada contratación. 2.2. Realizadas las precisiones anteriores, es importante señalar que, en el caso de las contrataciones que tienen por objeto *la ejecución de una obra, el valor referencial corresponde al monto del presupuesto de obra* que forma parte del Expediente Técnico de Obra aprobado por la propia Entidad, de conformidad con el literal b) del numeral 12.7 del artículo 12 del Reglamento [cfr. art. 34.4 del Nuevo Reglamento]. Esta disposición además señala que, para obtener el monto del presupuesto



de obra, la Entidad ya sea a través de una de sus dependencias o de un consultor de obra que tenga a su cargo la elaboración del expediente técnico, debe realizar las indagaciones de mercado necesarias que le permitan contar con el análisis de precios unitarios actualizado por cada partida y subpartida, teniendo en cuenta los insumos requeridos, las cantidades, precios o tarifas, así como los gastos generales variables y fijos, y la utilidad. Sobre este aspecto, puede apreciarse que el literal d) del numeral 12.7 del artículo 12 del Reglamento [cfr. art. 34.4 del Nuevo Reglamento], precisa que el presupuesto de obra debe incluir, con suficiente detalle, “*todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas, seguridad en el trabajo y los costos laborales respectivos conforme a la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que le sea aplicable y que pueda incidir sobre el presupuesto*”. De lo anterior, se desprende que la determinación del valor referencial en caso de la ejecución de una obra es distinto respecto a cómo se determina el valor referencial en el caso de la contratación de bienes y servicios, en tanto conforme se ha señalado, el valor referencial debe corresponder al monto del presupuesto de obra consignado en el Expediente Técnico de Obra. Cabe añadir que, el presupuesto de obra deberá estar suscrito por los consultores de obra y/o servidores públicos que participaron en su elaboración, evaluación y/o aprobación, según corresponda. (Opinión N.º 005-2018/DTN, de 15-01-2018, ff. 2.1 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2GQuQZX>).

§ 1058. Si el valor referencial ha sido considerado en referencia al monto de la remuneración mínima vital, la cual ha sido incrementada en el transcurso del procedimiento de selección; corresponde a la Entidad, ya sea de oficio o a pedido de parte, que lleve a cabo las acciones pertinentes para que el costo de la prestación no resulte perjudicial a los proveedores ni comprometa la finalidad pública de la contratación. La restitución del monto puede ser solicitado mediante arbitraje (art. 34.4). CONSULTA: 2.1. “*¿Ya realizada las absoluciones de consultas y observaciones en un proceso de selección, ocurre el incremento de la remuneración mínima vital, la Entidad debe anular el proceso y retrotraerlo a la etapa de convocatoria para rehacer el costo con el incremento de la remuneración mínima vital; y de no hacerlo y proseguir con el proceso mediante la integración de bases, el ganador de la buena Pro, ¿podrá solicitar el reajuste con la remuneración mínima vital en etapa contractual?*” [...] [En] un procedimiento de selección cuyo valor referencial ha considerado el monto de la remuneración mínima vital para su determinación, podría verse afectado por el incremento de esta, correspondiendo que sea la propia Entidad; ya sea de oficio o a pedido de parte, quien lleve a cabo las acciones que estime pertinentes para que el costo de la prestación no resulte perjudicial a los proveedores ni se compromete la consecución de la finalidad pública de la contratación, esto dependiendo de la etapa en la cual se encuentre el procedimiento, valorando para ello la repercusión de cualquier decisión además de su conveniencia, en cada caso particular. Ahora bien, si el incremento de la remuneración mínima vital se produce durante la ejecución de un contrato cuya estructura de costos se encuentra conformada por los costos laborales, y ello determina el incremento del costo de las prestaciones asumidas por el contratista, esto le ocasionará un costo adicional que no se encontraba previsto en su propuesta económica. En este supuesto, corresponderá a la Entidad adoptar las medidas que fueran pertinentes para reajustar el monto del contrato, a efectos que éste se ejecute de acuerdo con lo previsto originalmente, sin que ello determine un perjuicio económico para el contratista. Ello, con la finalidad de mantener el equilibrio económico financiero del contrato, como de manera unánime reconoce la doctrina: “*(...) el acto lesivo emanado de cualquier órgano o repartición estatal, sea o no de la autoridad pública que celebró el contrato, habilita al contratista para requerir una reparación integral, invocando para ello la teoría del hecho soberano (hecho del príncipe). Para configurar el hecho del príncipe la decisión debe provenir de cualquier autoridad pública y afectar el desarrollo del contrato.*” (El subrayado es agregado). CONSULTA: 2.2. “*¿En el supuesto anterior, el contratista podrá solicitar la restitución del monto de la remuneración mínima vital mediante arbitraje? o ¿Cómo enriquecimiento indebido en la vía judicial? Máxime si al momento de realizar el estudio de mercado se realizó con la remuneración mínima vital anterior?*” [...] [En] caso el contratista no se encuentre conforme con alguna decisión adoptada por la Entidad durante la ejecución contractual, podrá recurrir a los medios de solución de controversias, de acuerdo con lo previsto en el numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley. CONSULTA: 2.3. “*¿En el supuesto que el incremento de la remuneración mínima vital ocurra luego de suscrito el contrato, La Entidad está obligada al reajuste, ¿o debe solicitarse mediante el arbitraje en caso de negativa*

al pago del monto de incremento de la remuneración mínima vital?”. De acuerdo con la absolución de las dos consultas anteriores, en caso se produzca un incremento de la remuneración mínima vital durante la ejecución de un contrato cuya estructura de costos se encuentra conformada por los costos laborales, y ello determina el incremento del costo de las prestaciones asumidas por el contratista, la Entidad podrá realizar las modificaciones contractuales que considere pertinentes, [...] esto con el propósito de mantener el equilibrio económico del contrato. Asimismo, en caso el contratista este disconforme con alguna decisión adoptada por la Entidad durante la ejecución contractual, podrá recurrir a los medios de solución de controversias, esto de conformidad a lo previsto en el numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley. (Opinión N.º 182-2017/DTN, de 25-08-2017, ff. 2.1 al 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KVVdwD>).

§ 1059. La entidad está obligada a realizar la adenda al contrato por cambio de los costos de la remuneración mínima vital (art. 34.4). CONSULTA: 2.4. “¿La Entidad está obligada a realizar la adenda al contrato por cambio de los costos de la remuneración mínima vital?”. [...] [En] caso la Entidad decida efectuar una modificación contractual relacionada con el monto contractual, esta deberá seguir las formalidades previstas en el artículo 142 del Reglamento, el mismo que en su numeral 5 [cfr. art. 160.1.c del Nuevo Reglamento] precisa que deberá registrar en el SEACE la adenda correspondiente. De esta forma, contando con el sustento correspondiente, la formalidad para llevar a cabo esta modificación es a través de la suscripción de una adenda, donde ambas partes suscriban la modificación respectiva al contrato, previa aprobación por parte del Titular de la Entidad, facultad que es indelegable. (Opinión N.º 182-2017/DTN, de 25-08-2017, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KVVdwD>).

§ 1060. En caso que la Entidad pretenda reajustar el monto del contrato debido al incremento de la remuneración mínima vital, previamente deberá verificar si dispone de la capacidad presupuestal necesaria para ello o en su defecto, analizar la posibilidad de adoptar alguna medida que le permita cumplir con la norma legal sin necesidad de variar el monto original del contrato (art. 34.4). 2.1. [...] [T]anto el valor referencial de un proceso de selección, como las propuestas económicas presentadas por los postores deben incluir todos los conceptos que incidan en el precio de la prestación a ser contratada, entre estos, los costos laborales aplicables conforme a la legislación vigente. En esa medida, debe indicarse que la propuesta económica del postor ganador de la buena pro comprende los costos labores aplicables que se encontraban vigentes al momento en que fue presentada a la Entidad, siendo que, en principio, el postor ganador se encuentra obligado a celebrar contrato y ejecutar el íntegro de la prestación o prestaciones a su cargo, por el precio ofertado en su propuesta económica. 2.2. Dicho lo anterior, es necesario indicar que el artículo 109 de la Constitución Política del Perú establece que “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”, por lo que las normas legales que emita el gobierno y que incrementen la remuneración mínima vital se aplican de forma inmediata, desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, a menos que la propia norma legal establezca una *vacatio legis*. Ahora bien, si el incremento de la remuneración mínima vital se produce durante la ejecución de un contrato cuya estructura de costos se encuentra determinada por los costos labores, [...] el contratista se vería obligado a observar dicho incremento al momento pagar las remuneraciones de los trabajadores que prestan el servicio a la Entidad, ocasionándole ello un costo adicional que no se encontraba previsto en su propuesta económica, ni en el valor referencial del proceso de selección. En este supuesto, corresponderá a la Entidad adoptar las medidas que fueran pertinentes para reajustar el monto del contrato, a efectos que éste se ejecute de acuerdo a lo previsto originalmente, sin que ello determine un perjuicio económico para el contratista [...]. 2.3. En este punto es pertinente precisar que el reajuste del monto contractual implicaría la aprobación de presupuestos complementarios por parte de la Entidad; por lo que, antes de realizar dicho reajuste debe verificarse la disponibilidad presupuestal. Así, sólo en caso que la Entidad cuente con recursos suficientes podría reajustar el monto del contrato. Asimismo, si la Entidad no cuenta con la disponibilidad presupuestal necesaria para asumir dicho reajuste, podría adoptar alguna medida que le permita cumplir con la norma legal emitida

sin variar el monto del contrato, como ordenar la reducción de prestaciones o, en última instancia, resolver el contrato. Ello, debido a que la Entidad no podría exigir la ejecución del contrato en las condiciones originalmente pactadas, si previamente no reajusta el monto del contrato, como se ha señalado precedentemente [...]. (Opinión N.º 052-2011/DTN, de 05-05-2011, ff. 2.1 al 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QJfhs9>).

§ 1061. La no aplicación de los límites mínimos y máximos para admitir la oferta prevista en los procedimientos de selección con valor referencial reservado se encuentra referida a los casos de contratación de consultoría de obras y ejecución de obras (art. 34.7). CONSULTA: 2.4. *¿A qué límites se hace referencia en el numeral 12.3 del artículo 12º del Reglamento, toda vez que el valor referencial reservado únicamente puede ser aplicado para bienes y servicios, y la norma no prevé límites para estas contrataciones?* 2.4.1. Sobre el particular, corresponde señalar que, de acuerdo a lo establecido en el numeral 12.1 del artículo 12 del Reglamento [cfr. art. 34.5 del Nuevo Reglamento], como regla general, el valor referencial es público; sin embargo, excepcionalmente, en el caso de bienes y servicios, por la naturaleza de la contratación o por las condiciones de mercado, el valor referencial puede ser reservado; precisándose que, en ese caso, el órgano encargado de las contrataciones debe emitir un informe fundamentado que debe ser aprobado por el Titular de la Entidad e incluido, posteriormente, al expediente de contratación. En este punto, debe indicarse que de acuerdo a la definición contemplada en el Anexo Único del Reglamento, Anexo de Definiciones, el “servicio” es la “*Actividad o labor que requiere una Entidad para el desarrollo de sus actividades y el cumplimiento de sus funciones y fines. Los servicios pueden clasificarse en servicios en general, consultoría en general y consultoría de obra. La mención a consultoría se entiende que alude a consultoría en general y consultoría de obras.*”. (El subrayado es agregado). De esta manera, se desprende que, excepcionalmente, en los procedimientos de selección cuyo objeto sea la contratación de bienes, servicios en general, consultoría en general y consultoría de obras, el valor referencial puede ser reservado. 2.4.2. Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el numeral 12.3 del artículo 12 del Reglamento [cfr. art. 34.7 del Nuevo Reglamento], “*En los procedimientos de selección con valor referencial reservado no se aplican los límites mínimos y máximos para admitir la oferta económica, previstos en la Ley y el Reglamento.*”. (El subrayado es agregado). Al respecto, resulta oportuno señalar que, conforme al análisis desarrollado en los párrafos precedentes de la presente Opinión, en los procedimientos de selección que tengan por objeto la contratación de bienes, servicios en general o consultorías en general, la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido límites superior o inferior para el rechazo de ofertas; siendo que dichos límites son únicamente aplicables para la contratación de consultoría de obras y ejecución de obras, de acuerdo a lo dispuesto en [la normativa de contrataciones] [...]. En ese sentido, la regla contenida en el numeral 12.3 del artículo 12 del Reglamento [cfr. art. 34.7 del Nuevo Reglamento] solo puede referirse a la contratación de consultoría de obras, porque es el único de los supuestos que contempla dicho dispositivo para el que aplican los límites superior e inferior establecidos en la normativa. (Opinión N.º 135-2017/DTN, de 15-06-2017, ff. 2.4, 2.4.1 y 2.4.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T2PQ1U>).

NOTA: En la normativa vigente no se ha previsto que en las contrataciones de bienes y servicios en general, distintos a la consultoría de obras, pueda establecerse que el valor referencial (o valor estimado, según el artículo 32 del Nuevo Reglamento) sea reservado. Actualmente esta facultad sólo está permitida en los procesos de contrataciones referidas a ejecución o consultoría de obras.

§ 1062. La normativa de contrataciones del Estado no ha determinado que fuentes ni el número mínimo de estas que deban emplearse para la realización de las indagaciones de mercado. Véase la jurisprudencia del artículo 32º del Nuevo Reglamento [§ 1051]. (Opinión N.º 054-2017/DTN, de 23-02-2017, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KY0Q0v>).

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 1063. La Entidad es responsable de la adecuada determinación del valor referencial de la obra a ejecutarse. [...] [Es] la Entidad la que tiene a su cargo la determinación del valor referencial del proce-

so, siendo que en el caso de obras este será incluido en el expediente técnico; sin perjuicio de lo expuesto, constituye un derecho de los participantes el poder formular consultas u observaciones respecto de cualquiera de los aspectos de las Bases, incluido el valor referencial, por lo que, de formularse cualquier cuestionamiento respecto de este, corresponde al Comité Especial correr traslado de la misma a la dependencia encargada de las adquisiciones para que ésta se pronuncie. [...] Por su parte, debemos señalar que si bien al absolver la observación el Comité Especial no cumple con dar una respuesta sustentada de lo cuestionado, al remitir el expediente del proceso a este Consejo Superior, la Entidad adjunta la documentación que sustenta el valor referencial del proceso (información referida a la aprobación por el SNIP, así como los presupuestos, actualización de valores al mes de junio del 2005, cuadros de gastos generales, análisis de precios unitarios, y análisis de las partidas considerando las alternativas de procedimientos constructivos correspondientes tanto de la elaboración del expediente como de la ejecución de la obra), así como información comparativa de los costos unitarios ejecutados en los presupuestos finales de otros puentes, que contienen partidas similares a la que se ejecutarán, y que resultan considerablemente menores a los considerados para la presente obra, información que al ser revisada mantiene coherencia en cuanto a montos parciales y totales; sin embargo, debe tenerse presente que este Consejo Superior no resulta competente para evaluar o cuestionar los montos considerados por la Entidad en base a los estudios correspondientes por ser su exclusiva responsabilidad. En este sentido, retomando las disposiciones mencionadas inicialmente, es responsabilidad de la Entidad la adecuada determinación del valor referencial, de manera que este corresponda a las necesidades de la obra a ejecutarse, siendo que en caso de cuestionamiento a dicho valor, corresponde a la Entidad formular el sustento respectivo mediante la documentación que acredite el valor considerado en la convocatoria, lo cual ha sido efectuado por el Comité Especial, por lo que, este Consejo Superior ha decidido NO ACOGER la presente observación. (Pronunciamiento N.º 239-2005/GTN, de 02-09-2005, Observación N.º 3 y 4. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2REztex>).

§ 1064. Cuando la Entidad decida que no corresponde considerar dentro del valor referencial un gasto por licencia de funcionamiento, deberá presentar un informe en la cual sustente las razones de tal decisión. Véase la jurisprudencia del artículo 146º del Nuevo Reglamento [§ 1680]. (Pronunciamiento N.º 015-2011/DTN, de 12-01-2011. Observación N.º 16: Contra el valor referencial. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RSuffl>).



Artículo 35: Sistemas de Contratación

Las contrataciones contemplan alguno de los siguientes sistemas de contratación:

a) **A suma alzada, aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra, respectivas. El postor formula su oferta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución, para cumplir con el requerimiento.**

Tratándose de obras, el postor formula dicha oferta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva, presupuesto de obra que forman parte del expediente técnico de obra, en ese orden de prelación; debiendo presentar en su oferta el desagregado de partidas que la sustenta. El mismo orden de prelación se aplica durante la ejecución de la obra.

Tratándose de consultoría de obras, el postor formula su oferta considerando los trabajos necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida, según los términos de referencia y el valor referencial, en ese orden de prelación.

b) **Precios unitarios, aplicable en las contrataciones de bienes, servicios en general, consultorías y obras, cuando no puede conocerse con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas. En el caso de bienes, servicios en general y consultorías, el postor formula su oferta proponiendo**

precios unitarios en función de las cantidades referenciales contenidas en los documentos del procedimiento de selección y que se valorizan en relación a su ejecución real, durante un determinado plazo de ejecución.

En el caso de obras, el postor formula su oferta proponiendo precios unitarios considerando las partidas contenidas en los documentos del procedimiento, las condiciones previstas en los planos y especificaciones técnicas y las cantidades referenciales, que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución.

c) Esquema mixto de suma alzada, tarifas y/o precios unitarios, aplicable para la contratación de servicios en general, obras y consultoría de obras.

Tratándose de servicios, cuando las prestaciones comprendan magnitudes o cantidades que pueden conocerse con exactitud y precisión, se contratan bajo el sistema de suma alzada; los elementos cuyas magnitudes o cantidades no puedan conocerse, se contratan bajo el sistema de precios unitarios.

En el caso de obras, cuando en el expediente técnico de obra uno o varios componentes técnicos corresponden a magnitudes y cantidades no definidas con precisión, se contratan bajo el sistema de precios unitarios, en tanto los componentes, cuyas cantidades y magnitudes estén definidas en el expediente técnico de obra, se contratan bajo el sistema de suma alzada.

d) Tarifas, aplicable para las contrataciones de consultoría en general y consultoría de obra, cuando no puede conocerse con precisión el tiempo de prestación de servicio. En este caso, el postor formula su oferta proponiendo tarifas en base al tiempo estimado o referencial para la ejecución de la prestación contenido en los documentos del procedimiento y que se valoriza en relación a su ejecución real. Los pagos se basan en tarifas. Las tarifas incluyen costos directos, cargas sociales, tributos, gastos generales y utilidades.

e) En base a porcentajes, aplicable en la contratación de servicios de cobranzas, recuperaciones o prestaciones de naturaleza similar. Dicho porcentaje incluye todos los conceptos que comprende la contraprestación que le corresponde al contratista.

f) En base a un honorario fijo y una comisión de éxito, aplicable en las contrataciones de servicios. En ese caso el postor formula su oferta contemplando un monto fijo y un monto adicional como incentivo que es pagado al alcanzarse el resultado esperado. El honorario fijo y la comisión de éxito pueden calcularse en base a porcentajes.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES, PRONUNCIAMIENTOS Y OPINIONES DEL OSCE

GENERALIDADES

§ 1065. Contenido de las bases debe incluir el contenido de la definición del sistema de contratación a usarse. Las Bases constituyen las reglas del proceso de selección y es en función a ellas que se debe efectuar la calificación y evaluación de las propuestas (art. 35). 12. Debe tenerse en cuenta, que las Bases constituyen las reglas del proceso de selección y es en función a ellas que se debe efectuar la calificación y evaluación de las propuestas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26° de la Ley de Contrataciones del Estado, el mismo que indica que lo establecido en las Bases, en la presente Ley y su Reglamento obliga a todos los postores y a la Entidad convocante, siendo que en las Bases se evidencia la distinción de cada ítem. 13. [...] [Las] Bases incluirán la definición del sistema de Contratación, siendo uno de los sistemas, referido al de Precios Unitarios, Tarifas o Porcentajes, que de acuerdo al artículo 40° del Reglamento [cfr. art. 35 del Nuevo Reglamento] es aplicable cuando la naturaleza de la prestación no permita conocer con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas. En este sistema, el postor formulará su propuesta ofertando precios unitarios, tarifas o porcentajes en función de las partidas o cantidades referenciales contenidas en las Bases y que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución, lo señalado se condice con el Capítulo I de las Bases Integradas en la que se menciona el Sistema de Precios Unitarios como sistema de contratación

a utilizar en el presente proceso de selección. (Resolución N.º 508-2010-TCE-S2, de 05-03-2010, ff. 12 y 13. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2RaFpMO>).

§ 1066. El sistema de contratación debe ser definido por la depende encargada de las contrataciones de la Entidad en coordinación con el área usuaria (art. 35). OBSERVACIÓN N.º 1 [...] [El] sistema de contratación es un aspecto importante que debe ser definido por la dependencia encargada de las contrataciones y adquisiciones de la Entidad, en coordinación con el área usuaria, a efectos de incluirse en las Bases del proceso de selección. Por lo expuesto, se concluye de las normas mencionadas que atendiendo a sus necesidades, las Entidades se encuentran facultadas para definir el sistema de contratación que se utilizará para determinar el precio y sus posibles ajustes, así como las características y/o especificaciones que repercutirán sobre los objetivos, funciones y operatividad de los bienes, servicios u obras requeridos. (Pronunciamiento N.º 225-2005/GTN, de 22-08-2005. Observación N.º 1. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TiQskd>).

SUMA ALZADA

(LITERAL A)

§ 1067. En los procesos de selección de una contratación bajo el sistema a suma alzada los postores deben formular una oferta técnica y económica que considere la totalidad de las actividades que involucraría la ejecución del contrato (art. 35.a). 2.2. *Cuando un proceso se convoca bajo el sistema de suma alzada, las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación deben estar totalmente definidas en los planos y especificaciones técnicas respectivas, precisándose que, por ello, el postor formulará su propuesta por un monto fijo e integral. ¿Qué debe entenderse por monto fijo e integral? 2.2.1.* De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 56º del Reglamento, el sistema de suma alzada se empleará cuando las magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas y en los términos de referencias y, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivos. El mismo artículo prevé que, una vez convocado el proceso de selección respectivo, los postores formulan sus propuestas por un monto fijo e integral, es decir, deben formular una oferta técnica y económica que considere la totalidad de las actividades que involucraría la ejecución del contrato y, principalmente, un costo total y único por la ejecución de dichas actividades. En otros términos, en estos procesos de selección, el contratista se encuentra obligado a formular su propuesta respetando las especificaciones técnicas preestablecidas por la Entidad y los montos contractuales adjudicados. (Opinión N.º 009-2010/DTN, de 29-01-2010, ff. 2.2 y 2.2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Raj94T>).

§ 1068. En las obras ejecutadas bajo el sistema a suma alzada la Entidad solo podrá ordenar la ejecución de prestaciones adicionales y no debido a la mayor ejecución de metrados (art. 35.a). 2.4. [...] [L]as obras que se ejecutan bajo el sistema a suma alzada implican, como regla general, la invariabilidad del precio ofertado por el postor en su propuesta, por lo que, en estos contratos, la Entidad solo podrá aprobar la ejecución de prestaciones adicionales si los planos o especificaciones técnicas fueron modificados durante la ejecución contractual, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato. No sucede lo mismo con la mayor ejecución de metrados, pues en este supuesto la liquidación final de obra debe realizarse teniendo en cuenta, únicamente, los metrados contratados, por lo que el costo de la ejecución de mayores metrados será asumido por el contratista, atendiendo a la naturaleza del sistema de contratación a suma alzada. En este supuesto la Entidad no deberá efectuar pago adicional alguno al contratista. En tal sentido, en las obras ejecutadas bajo el sistema a suma alzada la Entidad solo podrá ordenar la ejecución de prestaciones adicionales, cuando ello sea necesario debido a la modificación de los planos o especificaciones técnicas, y no debido a la mayor ejecución de metrados, pues en este último supuesto el costo debe ser asumido por el contratista, dado el sistema de contratación elegido. (Opinión N.º 023-2011/DTN, de 23-02-2011, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TjMIyG>).

§ 1069. En las obras ejecutadas bajo el sistema de contratación a suma alzada, la Entidad podrá aprobar la ejecución de prestaciones adicionales cuando los planos y/o especificaciones técnicas

hayan sido variados durante la ejecución contractual, con el objeto de ejecutar prestaciones adicionales de obra para alcanzar la finalidad del contrato original (art. 35.a). CONSULTA: 2.1. “Los alcances legales del numeral 1) del artículo 40º de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 35.a del Nuevo Reglamento], correspondiente al sistema de contratación a suma alzada en obras a efecto de conocer si es posible para la Entidad disponer el reconocimiento de adicionales en esta modalidad de contratación” [...] 2.1.4. Ahora bien, se ha consultado sobre el alcance del sistema de contratación a suma alzada y la posibilidad de una Entidad de ordenar y pagar prestaciones adicionales de obra en este sistema. Al respecto, debe indicarse que, tal como se ha precisado previamente, cuando una obra se ejecuta bajo el sistema de contratación a suma alzada, la regla general es la invariabilidad del precio pactado, dado que, al presentar sus propuestas, los postores se obligan a realizar el íntegro de las prestaciones necesarias para la ejecución de la obra -conforme a los planos, especificaciones técnicas, y demás información prevista en el expediente técnico- por el precio ofertado en su propuesta económica. No obstante, independientemente del sistema de contratación elegido por una Entidad para la ejecución de una obra, la normativa de contrataciones del Estado ha otorgado a la Entidad la potestad de ordenar y pagar la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, cuando estas prestaciones no se encuentren previstas en el expediente técnico ni en el contrato original, siendo su ejecución “*indispensable y/o necesaria*” para alcanzar la finalidad de este contrato. En esa medida, en una obra que se ejecuta a suma alzada, el precio pactado podría ser modificado si la Entidad, en uso de esta potestad, ordena al contratista la ejecución prestaciones adicionales a las originalmente previstas en el expediente técnico o en el contrato original, con el objeto de alcanzar la finalidad de este último, que determinen la variación de los planos y/o especificaciones técnicas previstos en el expediente técnico o en el contrato original. En tal orden de ideas, debe indicarse que, en las obras ejecutadas bajo el sistema de contratación a suma alzada, la Entidad podrá aprobar la ejecución de prestaciones adicionales cuando los planos y/o especificaciones técnicas hayan sido variados durante la ejecución contractual, con el objeto de ejecutar prestaciones adicionales de obra para alcanzar la finalidad del contrato original. (Opinión N.º 008-2012/DTN, de 23-01-2012, ff. 2.1 y 2.1.4 Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ExwQnK>).

§ 1070. En las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada no es posible valorizar ni pagar mayores metrados ejecutados por el contratista a los consignados en el presupuesto de obra (art. 35.a). 2.2. “¿En un contrato a suma alzada es procedente valorizar y pagar mayores metros ejecutados?”. De conformidad con el artículo 197 del Reglamento [cfr. art. 194.3 del Nuevo Reglamento], en las obras ejecutadas bajo el sistema de contratación a suma alzada, sólo se valoriza el total de los metrados del presupuesto de obra, siendo improcedente que la supervisión valore y, consecuentemente, que la Entidad pague los mayores metrados que haya ejecutado el contratista. En esa medida, la liquidación final de obra debe realizarse teniendo en consideración, únicamente, los metrados contratados, por lo que el costo de la ejecución de mayores metrados será asumido por el contratista, atendiendo a la naturaleza del sistema de contratación a suma alzada. En este supuesto la Entidad no debe efectuar pago adicional alguno al contratista. Por lo tanto, debe indicarse que, en las obras ejecutadas bajo el sistema de contratación a suma alzada, no es posible valorizar ni pagar los mayores metrados ejecutados por el contratista, sino que únicamente se valorizará y pagará los metrados previstos en el presupuesto de obra. (Opinión N.º 008-2012/DTN, de 23-01-2012, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ExwQnK>).

§ 1071. La ampliación del plazo de ejecución de una entrega parcial en un contrato de ejecución periódica de bienes bajo el sistema a suma alzada no implica necesariamente la ampliación del plazo de las entregas posteriores (art. 35.a). CONSULTA: “En un contrato derivado de una Licitación Pública para la Adquisición de bienes, el cual precisa en la cláusula contractual correspondiente, así como en el Anexo de su Oferta, un solo plazo de ejecución para la totalidad de las prestaciones, ello por haberse suscrito bajo el sistema de contratación a Suma Alzada; el cual incluye Etapas y Entregas diferenciadas, respecto al plazo de ejecución como a la contraprestación respectiva. ¿Es posible afirmar, teniendo en cuenta el artículo 14º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que todas las ampliaciones de plazo otorgadas por

la Entidad a este contrato afectaría la totalidad del plazo contractual y no a determinadas Entregas del mismo?" [...] CONCLUSIÓN: 3. En el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, cuando una Entidad amplía el plazo de ejecución de una entrega parcial en un contrato de ejecución periódica de bienes bajo el sistema a suma alzada, dicha ampliación no implica necesariamente la ampliación del plazo de las entregas posteriores; sin embargo, si en ese contrato se hubiera establecido que el plazo de ejecución de una o varias prestaciones parciales se condiciona a la entrega de las prestaciones parciales que le anteceden, en caso de ampliarse el plazo de ejecución de una entrega parcial, el cálculo del plazo de las prestaciones parciales siguientes podría realizarse considerando la nueva fecha ampliada. (Opinión N.º 085-2018/DTN, de 15-06-2018, f. 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QrUJDA>).

§ 1072. En las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, luego de verificarse una deficiencia del expediente técnico de la prestación adicional de obra, se puede aprobar la ejecución de nuevas prestaciones adicionales. En los contratos de obra bajo el sistema a suma alzada, el contratista asume el costo derivado de la ejecución de mayores metrados y la Entidad asume las implicancias económicas que se deriven de la ejecución de menores metrados (art. 35.a). 2.1.3. [...] Al respecto, el numeral 1 del artículo 14 del Reglamento [cfr. art. 35.a del Nuevo Reglamento] establece que el sistema a suma alzada es "(...) aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra, respectivas. El postor formula su oferta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución, para cumplir con el requerimiento." (El subrayado es agregado). Así, corresponde emplear el sistema a suma alzada cuando la naturaleza de la prestación permita conocer las cantidades, magnitudes y calidades de los trabajos necesarios para ejecutar la obra, de tal manera que estas condiciones puedan definirse en el expediente técnico con un bajo riesgo de variación. En esa medida, considerando que en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada se aprecia un bajo riesgo de variación de las cantidades, magnitudes y calidades definidas en el expediente técnico, el contratista asume los costos derivados de la ejecución de mayores metrados (en el caso que resulten necesarios), mientras que la Entidad asume las implicancias económicas que se deriven de la ejecución de menores metrados (cuando ello corresponda), debiéndose pagar el íntegro de la contraprestación fijada, en cualquiera de los dos casos. 2.1.4. [C]abe precisar que, en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, la Entidad puede aprobar la ejecución de prestaciones adicionales cuando los planos o especificaciones técnicas requieren ser modificados durante la ejecución contractual como consecuencia de deficiencias del expediente técnico, entre otros casos. En esa línea resulta pertinente recalcar que, la sola ejecución de mayores metrados (sin modificación de los planos o especificaciones técnicas) no puede determinar la aprobación de prestaciones adicionales, toda vez que, en este caso, el costo debe ser asumido por el contratista, sin que la Entidad se encuentre en la obligación de efectuar pago adicional alguno. No obstante, cuando se acredite que resulta necesario modificar los planos o especificaciones técnicas a partir de una deficiencia del expediente técnico de la prestación adicional de obra, la Entidad -luego de haber verificado esta situación- puede aprobar la ejecución de nuevas prestaciones adicionales, mas no cuando la necesidad de ejecutar mayores metrados se derive del bajo riesgo de variación que se aprecia en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada. (Opinión N.º 173-2018/DTN, de 17-10-2018, ff. 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Qs4O3l>).

§ 1073. La supervisión de obra no puede contratarse ni pagarse bajo el sistema a suma alzada. La supervisión de obra debe pagarse de acuerdo a la tarifa contratada y en función a la ejecución real (art. 35.a). CONSULTA: 2.1. "En caso que un Servicio de Supervisor realmente ejecutará una supervisión de un avance físico al 89% de la obra, se le tendría que cancelar el Íntegro (100%) de acuerdo a lo estipulado en las bases, o lo realmente ejecutado como trabajo de supervisión (avance físico), sin perjuicio que las bases no estipulan dicha condición sui géneris, convocándose a proceso por el 100% de la supervisión." [...] 2.1.2. En esa línea, es importante señalar que el numeral 4) del artículo 14 del Reglamento [cfr. art. 35.d del Nuevo Reglamento] establece que el **Sistema de Tarifas** es "(...) aplicable para las contrataciones de consultoría en general y de supervisión de obra, cuando no puede conocerse con precisión el tiempo de pres-

tación de servicio. En este caso, el postor formula su oferta proponiendo tarifas en base al tiempo estimado o referencial para la ejecución de la prestación contenido en los documentos del procedimiento y que se valoriza en relación a su ejecución real. Los pagos se basan en tarifas. Las tarifas incluyen costos directos, cargas sociales, tributos, gastos generales y utilidades." (El subrayado es agregado). [...] En atención a lo expuesto, este Organismo Supervisor mediante la Opinión N.º 154-2016/DTN [§ 1093] ha señalado que, al no ser posible definir con precisión el plazo que se requerirá para supervisar la ejecución de una obra debido a que este se encuentra vinculado a la ejecución y recepción de la obra, y a sus posibles variaciones, la normativa de contrataciones del Estado establece que la supervisión de una obra debe ejecutarse bajo el sistema de tarifas y pagarse en función a su ejecución real; es decir, se debe pagar la tarifa fija contratada (horaria, diaria, mensual, etc.) hasta la culminación de las prestaciones del supervisor de obra. De esta manera, en un contrato de supervisión de obra, la Entidad debe efectuar el pago, de acuerdo a lo efectivamente supervisado y a la tarifa que el contratista ofertó en su momento por el periodo o unidad de tiempo definido en los documentos del procedimiento de selección. (Opinión N.º 077-2017/DTN, de 10-03-2017, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EIKmvm>).

§ 1074. Diferencia entre sistema de precios unitarios y suma alzada (art. 35.a). 4. Antes del pronunciamiento acerca del fondo del asunto planteado en el recurso de revisión que motiva este pronunciamiento, este Colegiado considera necesario realizar un análisis previo respecto de los sistemas de adquisiciones previstos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que son el de precios unitarios y el de suma alzada. La distinción entre los referidos sistemas de contratación tienen su antecedente en el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obra Pública (Rulcop), en el que se permitía realizar licitaciones a precios unitarios atendiendo a la complejidad de los proyectos de ingeniería que muchas veces no contienen todas las partidas posibles de ejecutar, siendo imprescindible dejar abierta la posibilidad de modificarlas, incorporar nuevas o desechar las preexistentes por innecesarias y pagar lo efectivamente construido. Sin embargo, la citada norma legal, precisaba que cuando la obra hubiese estado plenamente definida en sus planos y especificaciones técnicas, correspondía contratar por una suma fija, esto es, bajo la modalidad de suma alzada. Como puede apreciarse, la diferencia entre ambos sistemas radica en la determinación precisa de la cantidad de prestaciones a ejecutar. En el sistema a precios unitarios, la cantidad de partidas a ejecutar son producto de estimaciones realizadas en la elaboración del proyecto y que, de acuerdo con la naturaleza del hecho técnico, resulta imposible determinarlas con exactitud. Sin embargo, si los planos y las especificaciones técnicas son suficientes para determinar la magnitud real de la obra, la necesidad de establecer precios unitarios desaparece y debe elegirse el sistema de suma alzada. La distinción mencionada no existía en las normas aplicables a la contratación de bienes y servicios antes de la promulgación de la Ley N.º 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, su Reglamento y sus posteriores modificaciones, toda vez que en las adquisiciones de bienes y servicios es posible determinar con precisión la cantidad y calidad de los bienes y servicios que una institución pública requiere. Sin embargo, el vigente Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado [Ley N.º 26850 y su reglamento], en su artículo 56 [cfr. art. 35 del Nuevo Reglamento], incorporó los sistemas de adquisiciones mencionados, permitiendo su aplicación a la contratación de servicios y obras, así como a la adquisición de bienes, pero haciendo la precisión que cuando las magnitudes y la calidad de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas y en los términos de referencia, el sistema aplicable es el de suma alzada. Por tanto, debe entenderse que sólo ante el supuesto contrario debe elegirse el sistema de precios unitarios. Ahora bien, la delimitación del sistema de adquisiciones no es baladí, como pudiera aparentar, ni su elección por parte de las entidades puede ser arbitraria, sino que ambas actividades deben llevarse a cabo en estricta observancia de los principios que rigen las contrataciones y adquisiciones del Estado, como son los de Economía y Libre Competencia, cuyo propósito es que los procesos de selección sean conducidos con criterios de simplicidad, austeridad y ahorro de recursos, evitando exigencias y formalidades innecesarias; todo ello con la finalidad de fomentar la más amplia concurrencia y participación de postores, lo que, a su vez, redundará en una mejor elección por parte del Estado en lo que atañe a calidad y precio. [...]. (Resolución N.º 818-2006-TC-SU, de 10-10-2006, f. 4. Sala Única. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2RRd8Lu>).

§ 1075. En los procesos convocados bajo el sistema de suma alzada, el carácter insubsanable de las propuestas económicas involucra una prohibición de admitir modificaciones a su contenido que afecten la transparencia y oportunidad con las que estas deben ser formuladas (art. 35.a). 9. Sin perjuicio de lo expuesto, más allá del motivo alegado por el impugnante para descalificar la oferta del postor S, debe tenerse en cuenta que el artículo 125 del Reglamento [cfr. art. 60 del Nuevo Reglamento] permite la subsanación de los defectos de forma que sean advertidos en la documentación que integra la propuesta técnica, y restringe de plano dicha rectificación a los errores u omisiones en que hubiera incurrido la oferta económica, conforme ya ha sido expresado por el Tribunal en anteriores ocasiones, la restricción establecida para el caso de las propuestas económicas está orientada a velar por la intangibilidad de su contenido, de tal manera que en un proceso de selección bajo el sistema de suma alzada, el monto total ofertado por cada uno de los postores sea elaborado en forma clara y precisa, conteniendo de modo transparente y objetivo la oferta final del postor, sin que sea posible una posterior alteración. En este sentido, es opinión de este Colegiado que los requisitos y formalidades exigidas por la normativa de contratación pública no pueden ser interpretados aisladamente y en forma ajena de su contexto, habida cuenta que el carácter insubsanable de las propuestas económicas involucra en esencia una prohibición de admitir modificaciones a su contenido que, de algún modo, ya sea directo o indirecto, afecten la transparencia y oportunidad con las que éstas deben ser formuladas, limitante que tiene como propósito garantizar un análisis objetivo de los montos ofertados y velar por un uso eficiente de los recursos del Estado. (Resolución N.º 1413-2007-TC-S2, de 19-09-2007, f. 9. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2FAnsQJ>).

§ 1076. Aprobación de la ejecución de prestaciones adicionales en obras contratadas bajo el sistema de suma alzada (art. 35.a). 2.1.2. [...] [En] las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, la Entidad solo puede aprobar la ejecución de prestaciones adicionales si los planos o especificaciones técnicas fueron modificados durante la ejecución contractual, justamente, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato. (Opinión N.º 180-2015/DTN, de 27-11-2015, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2VTkz3o>).

§ 1077. Cuando un proceso es convocado bajo el sistema a suma alzada, el postor debe formular su propuesta económica por un monto fijo (art. 35.a). [...] [S]egún el artículo 56º del Reglamento [cfr. art. 35 del Nuevo Reglamento], en el sistema de suma alzada, al cual se ha acogido la Entidad, el postor debe formular su propuesta por un monto fijo y por un determinado plazo de ejecución. Asimismo, el numeral 2 del artículo 75º del Reglamento [cfr. art. 52 del Nuevo Reglamento] prescribe que la propuesta económica debe contener la oferta económica del postor y el detalle de precios unitarios cuando este sistema haya sido establecido en las Bases. De las normas glosadas, se infiere que tratándose de procesos convocados bajo el sistema de suma alzada, el postor sólo se encuentra obligado a señalar en su propuesta económica el valor total de la oferta. (Pronunciamiento N.º 174-2008/DOP, de 22-05-2008, Observación N.º 5. Dirección de Operaciones. Texto completo: <bit.ly/2Wv8Bx1>).

§ 1078. Cuando se aprecie una variación en el valor de los elementos representativos que intervienen en la ejecución de una obra en moneda nacional, la Entidad debe efectuar el reajuste de precios independientemente de si la obra fue contratada bajo el sistema a suma alzada o bajo cualquier otro de los sistemas de contratación aplicables (art. 35.a). Véase la jurisprudencia del artículo 38º del Nuevo Reglamento [§ 1135]. (Opinión N.º 179-2017/DTN, de 25-08-2017, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UAhzIz>).

§ 1079. En los procesos de selección convocados bajo el sistema de contratación a suma alzada, lo relevante es verificar que el monto económico ofertado no exceda los valores máximos y mínimos establecidos en las Bases integradas. La discrepancia entre la cantidad de meses de prestación del servicio expresada en letras y números, que no alteren el monto ofertado, no ameritan el rechazo de la oferta (art. 35.a). Véase la jurisprudencia del artículo 60º del Nuevo Reglamento [§ 1422]. (Resolución N.º 470-2007-TC-S2, de 16-05-2007, ff. 11-14. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2AI209v>).

PRECIOS UNITARIOS

(LITERAL B)

§ 1080. La ejecución de mayores metrados en los contratos de obra a precios unitarios, en la medida que no implica una modificación del expediente técnico, no constituye la ejecución de prestaciones adicionales de obra, por lo que no corresponde ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento presentada por el contratista (art. 35.b). CONSULTA: 2.1. “A la luz de lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante la Ley N.º 30225 y su reglamento, ¿corresponde exigir al contratista ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento por la ejecución de mayores metrados en los contratos de obra bajo el sistema de precios unitarios?” [...] 2.1.3. De otra parte, corresponde señalar que, el [...] Reglamento establecía que como requisito para el perfeccionamiento de un contrato, el postor ganador de la Buena Pro debía entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento, por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original, debiendo mantenerla hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución de obras. Adicionalmente, es necesario mencionar que la cuantía de las garantías -en el presente caso, la garantía de fiel cumplimiento- podía incrementarse en el supuesto en que la Entidad decidiera aprobar y ordenar la ejecución de prestaciones adicionales de obra; en tal situación el contratista debía ampliar el monto de las garantías de manera proporcional a los adicionales aprobados, de conformidad con el tercer párrafo del anterior artículo 139 del Reglamento [cfr. art. 157.3 del Nuevo Reglamento]. Así, la garantía de fiel cumplimiento tenía una doble función: compulsiva y resarcitoria. Era compulsiva, pues lo que buscaba era compeler u obligar al contratista a cumplir con todas sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de ejecutar las garantías presentadas por éste. Asimismo, era resarcitoria, pues lo que se pretendía a través de su ejecución era indemnizar a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios que hubiera sufrido debido al incumplimiento del contratista. Dicho lo anterior, la principal función de la garantía de fiel cumplimiento era la de cautelar el logro del objeto contractual; en consecuencia, ante un incumplimiento del contrato por parte del contratista, esta garantía servía de medio para compensar a la Entidad. En tal sentido, atendiendo el tenor de la consulta, la ejecución de mayores metrados en los contratos de obra a precios unitarios -en la medida que no implicaba una modificación del expediente técnico-, no constituía la ejecución de prestaciones adicionales de obra, por lo que no se requería autorización previa para su ejecución: en consecuencia, en estos casos no correspondía ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento presentada por el contratista. (Opinión N.º 105-2018/DTN, de 12-07-2018, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PbObo1>).

§ 1081. Se emplea el sistema de precios unitarios cuando los trabajos que deban ser ejecutados por el contratista están definidos, mas no sus metrados, los cuales se encuentran en el expediente técnico, pero solo de modo referencial (art. 35.b). CONSULTA: 2.1.1. En primer lugar, debe señalarse que el numeral 2 del artículo 14 del Reglamento [cfr. art. 35.b del Nuevo Reglamento] señala que el sistema de precios unitarios resulta “(...) aplicable en las contrataciones de bienes, servicios en general, consultorías y obras, cuando no puede conocerse con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas. (...) En el caso de obras, el postor formula su oferta proponiendo precios unitarios considerando las partidas contenidas en los documentos del procedimiento, las condiciones previstas en los planos y especificaciones técnicas, y las cantidades referenciales, que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución.” (El subrayado y resaltado son agregados). Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado contempla un sistema de contratación para aquellos casos en los que el cálculo de las cantidades o magnitudes que debe ejecutar el contratista resulta inviable dadas las características de la prestación. En esa medida, el sistema a precios unitarios resulta aplicable cuando no puede conocerse con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas; es decir, corresponde emplear el sistema de precios unitarios cuando los trabajos que deban ser ejecutados por el contratista, en una obra, están definidos mas no sus metrados, los cuales se encuentran consignados en el expediente técnico, pero de forma referencial; de esta manera, la cantidad de metrados necesarios para una obra de esta naturaleza, así como el monto que debe ser pagado por la Entidad, solo podrán conocerse cuando el

contratista ejecute la obra. (Opinión N.º 167-2018/DTN, de 05-10-2018, f. 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FHWDVh>).

§ 1082. No es posible convocar un proceso de selección para la ejecución de una obra bajo la modalidad llave en mano que incluya la elaboración del expediente técnico aplicando el sistema a precios unitarios. Si pese a ello alguna Entidad hubiera convocado la ejecución de una obra bajo estas condiciones, durante la ejecución contractual dicha Entidad no podría aprobar un expediente técnico que modifique el monto de la oferta económica del contratista (art. 35.b). 2.1.1.1. [En] las obras ejecutadas bajo este sistema [precios unitarios], dada la naturaleza de la prestación, no es posible conocer con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas, por lo que es necesario valorizar la obra en función de su real ejecución; sin perjuicio de la existencia de un monto máximo para la ejecución de la obra, correspondiente a la oferta económica del postor ganador de la Buena Pro, así como de un plazo máximo. Así, conforme a lo indicado por la normativa de contrataciones del Estado, para contratar una obra bajo este sistema [precios unitarios] es necesario que las partidas, especificaciones técnicas, planos y las cantidades referenciales se encuentren totalmente definidos en el expediente técnico, que es parte de las Bases, de forma tal que en función de estos los postores puedan formular adecuadamente sus propuestas económicas (oferta económica y el detalle de precios unitarios) y técnicas. [...] **2.1.2.** [Si] una Entidad optara por ejecutar una obra bajo la modalidad llave en mano que incluya la elaboración del expediente técnico, los postores tendrían que formular sus ofertas económicas y el respectivo detalle de precios unitarios basándose únicamente en el monto del valor referencial determinado por la Entidad, sin contar con las partidas, planos, especificaciones técnicas y cantidades referenciales, pues estos se detallan en el expediente técnico que será elaborado por el postor ganador de la Buena Pro durante la ejecución contractual; generándose el riesgo de que una vez elaborado dicho expediente el monto que se determine para la ejecución de la obra no coincida con el monto máximo ofertado por el contratista en su oferta económica. Teniendo en consideración lo anterior, debe indicarse que no es posible convocar un proceso de selección para la ejecución de una obra bajo la modalidad llave en mano que incluya la elaboración del expediente técnico aplicando el sistema a precios unitarios, dado que, al no existir expediente técnico que contenga el desagregado de partidas, planos, especificaciones técnicas y cantidades referenciales, los postores no podrían formular adecuadamente sus ofertas económicas. **2.1.3.** [...] En tal sentido, aun cuando el sistema de contratación elegido por una Entidad sea el de precios unitarios, durante la ejecución contractual dicha Entidad no puede modificar el monto de la oferta económica del postor ganador de la Buena Pro (contratista), ni los precios unitarios ofertados por este, pues estos son parte del contrato y, por tanto, no pueden ser modificados, dado que el Reglamento no prevé esta posibilidad. (Opinión N.º 058-2013/DTN, de 15-07-2013, ff. 2.1.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TdhXAl>).

§ 1083. En la ejecución de una obra bajo el sistema de precios unitarios, no corresponde que la Entidad otorgue adelantos de materiales e insumos al contratista, para la ejecución de mayores metrados a la cantidad referencial contenida en el expediente técnico (art 35.b). CONSULTA: 2.4 [En la ejecución de una obra bajo el sistema de precios unitarios] “¿Teniendo en cuenta que los Mayores Metrados requieren de materiales para su ejecución, la Entidad puede, a solicitud del Contratista, otorgar Adelanto de Materiales e Insumos para la ejecución de los Mayores Metrados?” **2.4.1.** [...] En esa medida, en la ejecución de un contrato de obra, la Entidad podía otorgar el adelanto para materiales e insumos al contratista, para lo cual, era necesario que la posibilidad de entregar dicho adelanto se encontrara contemplada en las reglas del proceso de selección y que el contratista lo solicitase en la forma prevista; pudiendo establecerse -en las Bases- que el adelanto sería otorgado hasta por un porcentaje igual o inferior al cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original. Ahora bien, es importante mencionar que, aun cuando a través de la Opinión N.º 067-2013/DTN se contempló la posibilidad de otorgar adelantos para materiales e insumos como consecuencia de la aprobación de prestaciones adicionales de obra, no era posible entregar dicho adelanto para la ejecución de trabajos que superaran los metrados referencialmente consignados en el expediente técnico, toda vez que la magnitud de estos últimos solo podía conocerse una vez que el contratista los llevaba a cabo, oportunidad en la cual el otorgamiento del



adelanto bajo análisis carecía de sentido, puesto que los materiales e insumos ya habían sido adquiridos. (Opinión N.º 143-2018/DTN, de 11-09-2018, ff. 2.4 y 2.4.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PbkrYy>).

§ 1084. En las obras realizadas bajo el sistema de contratación por precios unitarios, en caso de ejecución de mayores metrados a la cantidad referencial contenida en el expediente técnico, la Entidad no puede requerir la ampliación de la garantía de fiel cumplimiento y deberá realizar el pago por el exceso en base al precio unitario contratado (art. 35.b). CONSULTA: 2.1. *“En el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N.º 1017, modificada por la Ley N.º 29873 (en adelante, la “LCE”) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 184-2008-EF, modificado Decreto Supremo N.º 138-2012-EF (en adelante, el “RLCE”), procedemos a CONSULTAR en torno a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 40 del citado reglamento, obras bajo el sistema de contratación de precios unitarios, lo siguiente: (...) ¿La Entidad debería requerir al Contratista que amplíe su Garantía de Fiel Cumplimiento por mayores metrados, teniendo en cuenta que la dinámica del sistema de contratación (precios unitarios) imposibilita conocer con precisión un incremento en el monto contractual por efecto de la oscilación de los mayores o menores metrados?”* 2.1.2. [...] Así, en los contratos de obra ejecutados bajo el sistema de precios unitarios, la Entidad debía efectuar el pago al contratista según los metrados efectivamente ejecutados y de acuerdo al precio unitario ofertado en atención a las partidas contenidas en las Bases, a las condiciones previstas en los planos y a las especificaciones técnicas. Por tanto, cuando los trabajos realizados por el contratista superaban los metrados referencialmente consignados en el expediente técnico -o eran inferiores- correspondía que la Entidad, atendiendo a la naturaleza del sistema de contratación de precios unitarios, efectuara el pago al contratista según lo efectivamente ejecutado y de acuerdo a los precios unitarios ofertados, a través de la valorización correspondiente; sin que esto último constituyera una prestación adicional de obra. 2.1.3. [...] Adicionalmente, cabe señalar que -de conformidad con el undécimo párrafo del artículo 207 del anterior Reglamento [cfr. art. 205.15 del Nuevo Reglamento]- el monto de la garantía de fiel cumplimiento debía incrementarse en el caso en que la Entidad decidiera ordenar la ejecución de prestaciones adicionales de obra, en dicho supuesto, el contratista debía ampliar el importe de la garantía de forma proporcional a los adicionales aprobados. En esa medida, considerando que -en una obra contratada bajo el sistema a precios unitarios- la ejecución de metrados en una cantidad mayor a la referencialmente consignada en el expediente técnico no constituía una prestación adicional de obra, no resultaba exigible la ampliación de la garantía de fiel cumplimiento en dicho supuesto; bajo el mismo razonamiento, el contratista no podía solicitar la disminución de la garantía en caso hubiera ejecutado metrados en menor proporción a la inicialmente pactada, pues -atendiendo a la naturaleza del sistema de contratación de precios unitarios- ello no constituía una reducción de obra. CONSULTA: 2.2. *“En relación a lo anterior, y en el supuesto de tratarse de menores metrados de los contratados, los cuales no serán valorizados por el contratista y por ende no cobrará el costo directo, los gastos generales y las utilidades correspondientes a estos menores metrados. ¿Correspondería el pago del costo directo de los mayores metrados, los gastos generales y la utilidad de los mayores metrados?”* 2.2.1. [...] [C]uando el contratista efectuaba trabajos en mayor proporción a lo referencialmente consignado en el expediente técnico, la Entidad debía realizar el pago de estos últimos según el precio unitario contratado, el mismo que debía comprender todo aquel concepto que tuviera incidencia en el costo de la obra; dicho lo anterior, debe señalarse que el empleo del sistema a precios unitarios no permitía la valorización de aquellos trabajos que no hubieran sido efectivamente ejecutados. (Opinión N.º 143-2018/DTN, de 11-09-2018, ff. 2.1, 2.1.2, 2.1.3, 2.2 y 2.2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PbkrYy>).

§ 1085. En la ejecución de una obra bajo el sistema de precios unitarios, en caso de la ejecución de mayores metrados a la cantidad referencial contenida en el expediente técnico, no originaba la obligación de actualizar el calendario valorizado, salvo que tal ejecución hubiese modificado el plazo de ejecución (art. 35.b). CONSULTA: 2.3. [En la ejecución de una obra bajo el sistema de precios unitarios] *“¿El Calendario Valorizado debería ser actualizado con los mayores y menores metrados que se presenten en la Obra considerando que los mismos reflejan la calificación real de los avances de Obra, lo que*

permitiría determinar si el Contratista se encuentra atrasado o adelantado, evitando que se desnaturalice la programación de la obra con una ruta crítica irreal? ¿Correspondería exigir también esta actualización para los demás Calendarios?” [...] 2.3.2. De otro lado, debe señalarse que el artículo 201 del anterior Reglamento [cfr. art. 198.7 del Nuevo Reglamento] detallaba los aspectos relacionados con el procedimiento de ampliación de plazo en los contratos de obra, precisando en su penúltimo párrafo que “La ampliación de plazo obligará al contratista a presentar al inspector o supervisor un calendario de avance de obra valorizado actualizado [...]” (El subrayado y resaltado son agregados). [...] De esta manera, se aprecia que en el marco de lo dispuesto por la anterior normativa de contrataciones del Estado, la obligación de actualizar el calendario de avance de obra valorizado se generaba ante el otorgamiento de una ampliación de plazo; en tal sentido, la ejecución de trabajos que superaran los metrados referencialmente consignados en el expediente técnico o que resultaran inferiores no originaba -por sí misma- la obligación de actualizar el referido calendario, salvo que ello hubiera dado lugar a una modificación formal del plazo de ejecución. (Opinión N.º 143-2018/DTN, de 11-09-2018, ff. 2.3 y 2.3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PbkrYy>).

§ 1086. **El servicio de alimentación en establecimientos penitenciarios se contrata mediante el sistema de precios unitarios debido al constante movimiento de usuarios (art. 35.b).** OBSERVACIÓN N.º 5. *Contra el sistema de contratación.* El observante cuestiona que la Entidad haya optado en el presente proceso de selección por el sistema a precios unitarios, toda vez que ya estarían definidas de manera clara las magnitudes y costos que involucra el presente proceso de selección. Asimismo, cuestionan que el presente proceso de selección se haya convocado en paquete, señalando que habría resultado más idóneo convocar a un proceso de selección por ítems, por ser establecimientos penitenciarios totalmente diferentes en usos y costumbres. PRONUNCIAMIENTO. Con respecto al primer extremo de la observación, cabe señalar que la determinación de las características técnicas de los bienes, servicios y obras a contratar, así como la determinación del valor referencial es responsabilidad exclusiva de la Entidad [...]. En concordancia con ello, el numeral 1) del artículo 40º del Reglamento [cfr. art. 35.a del Nuevo Reglamento] establece que el sistema de suma alzada es aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas o en los términos de referencia, y que el postor formulará su propuesta por un monto fijo e integral y por un determinado plazo de ejecución. De otro lado, en el numeral 2) de la citada norma [cfr. art. 35.b del Nuevo Reglamento] señala que el sistema de precios unitarios tarifas o porcentajes es aplicable cuando la naturaleza de la prestación no permita conocer con exactitud o precisión las magnitudes o cantidades requeridas. Al respecto, se debe considerar que la determinación del sistema de contratación es un aspecto que debe ser tenido en cuenta por la Entidad desde la determinación de los requerimientos técnicos mínimos, ya que la elección del sistema de contratación dependerá en gran medida de las necesidades de la Entidad. En el presente caso, la Entidad ha determinado que el sistema de contratación será el de precios unitarios. Asimismo, tal como se desprende de lo señalado por el Comité Especial en el informe técnico remitido con motivo de la elevación de las bases, se optó por el sistema de precios unitarios toda vez que *“...las magnitudes y cantidades del servicio de alimentación no se encuentran definidas, porque en los establecimientos penitenciarios los usuarios (internos) siempre están en constante movimiento (ingresos y egresos)...”*. En tal sentido, teniendo en cuenta que la determinación del sistema de contratación es responsabilidad exclusiva de la Entidad en función a la determinación de la cantidad o magnitud de las características técnicas de lo que se va a adquirir o contratar, este Organismo Supervisor dispone NO ACOGER este extremo de la observación. Sin perjuicio de lo expuesto, deberá verificarse, si el sistema de precios unitarios señalado por la Entidad fue considerado al momento de determinarse el valor referencial del presente proceso de selección y guarda concordancia con lo establecido en el expediente de contratación. [...] (Pronunciamento N.º 240-2010/DTN, de 17-08-2010. Observación N.º 5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2D17spz>).

§ 1087. **En la ejecución de una obra bajo el sistema de precios unitarios, para valorizar los mayores metrados ejecutados, correspondía emplear la fórmula de reajuste que se utilizaba para el resto de valorizaciones en el marco de la ejecución contractual (art. 35.b).** CONSULTA: 2.5. [En la



ejecución de una obra bajo el sistema de precios unitarios] *“Teniendo en cuenta que la determinación de una nueva fórmula polinómica se presenta únicamente para el caso de la aprobación de Adicionales, ¿en el cálculo de Reajustes de la Valorización de Mayores Metrados [...] se debería utilizar la misma fórmula polinómica del contrato original?”* 2.5.1. Sobre el particular, debe indicarse que el numeral 2 del artículo 49 del anterior Reglamento [cfr. art. 38.3 del Nuevo Reglamento] indicaba que *“En el caso de contratos de obras pactados en moneda nacional, las Bases establecerán las fórmulas de reajuste. Las valorizaciones que se efectúen a precios originales del contrato y sus ampliaciones serán ajustadas multiplicándolas por el respectivo coeficiente de reajuste “K” que se obtenga de aplicar en la fórmula o fórmulas polinómicas, los Índices Unificados de Precios de la Construcción que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, correspondiente al mes en que debe ser pagada la valorización.”* (El subrayado es agregado); precisando que tanto la elaboración como la aplicación de las fórmulas polinómicas se sujetaban a lo dispuesto en el Decreto Supremo N.º 011-79-VC y sus modificatorias, ampliatorias y complementarias. En tal sentido, a efectos de valorizar aquellos trabajos que superaran los metrados referencialmente consignados en el expediente técnico correspondía emplear la fórmula de reajuste que se utilizaba para el resto de valorizaciones en el marco de la ejecución contractual. (Opinión N.º 143-2018/DTN, de 11-09-2018, ff. 2.5 y 2.5.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PbkrYy>).

§ 1088. En los contratos bajo el sistema de contratación a precios unitarios las cantidades previstas en las Bases son referenciales, por lo tanto, la entidad no tiene la obligación de requerir la ejecución del íntegro de las cantidades del servicio previstas en el contrato, sino que debe requerir aquellas prestaciones necesarias para satisfacer la necesidad que dio origen a la contratación (art. 35.b). 2.2.2. [...] Así, debe señalarse que la prestación de los servicios contratados y el pago de los mismos debe realizarse conforme al sistema de contratación previsto en las Bases del proceso de selección, pudiendo ser dicho sistema a precios unitarios. Al respecto, el segundo párrafo del numeral 2) del artículo 40 del Reglamento [cfr. art. 35.b del Nuevo Reglamento] establece que *“(...) cuando la naturaleza de la prestación no permita conocer con exactitud o precisión las cantidades y magnitudes requeridas. En este sistema, el postor formulará su propuesta ofertando precios unitarios, tarifas o porcentajes en función de las partidas o cantidades referenciales contenidas en las Bases y que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución.”* (El resaltado es agregado). Del artículo citado, se tiene que, cuando el sistema de contratación establecido en las Bases es el de precios unitarios, no se conoce la cantidad exacta de prestaciones requeridas, por lo cual, el postor debe formular su propuesta ofertando precios en función a las unidades de medida de las partidas o cantidades referenciales contenidas en las Bases, y por un determinado plazo de ejecución. Cabe notar que en este sistema de contratación el pago al contratista se efectúa conforme a la valorización de lo efectivamente ejecutado durante el plazo de ejecución del contrato, empleando los precios unitarios ofertados por el contratista. En este orden de ideas, en los contratos bajo el sistema de contratación a precios unitarios las partidas o cantidades previstas en las Bases - que forman parte del contrato - son referenciales; en este sentido, la Entidad no tiene la obligación de requerir la ejecución del íntegro de las cantidades del servicio previstas en el contrato, sino que debe requerir la cantidad de prestaciones necesarias para satisfacer la necesidad que dio origen a la contratación. (Opinión N.º 162-2015/DTN, de 16-10-2015, f. 2.2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AzPxnV>).

§ 1089. En los contratos realizados bajo el sistema de contratación a precios unitarios, la Entidad no incurriría en responsabilidad por el solo hecho de no requerir la ejecución del íntegro de las cantidades del servicio previstas en el contrato (art. 35.b). 2.2.2. [...] Así, debe señalarse que la prestación de los servicios contratados y el pago de los mismos debe realizarse conforme al sistema de contratación previsto en las Bases del proceso de selección, pudiendo ser dicho sistema a precios unitarios. Al respecto, el segundo párrafo del numeral 2) del artículo 40 del Reglamento [cfr. art. 35.b del Nuevo Reglamento] establece que *“(...) cuando la naturaleza de la prestación no permita conocer con exactitud o precisión las cantidades y magnitudes requeridas. En este sistema, el postor formulará su propuesta ofertando precios unitarios, tarifas o porcentajes en función de las partidas o cantidades referenciales contenidas en las Bases y que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución.”*

(El resaltado es agregado). Del artículo citado, se tiene que, cuando el sistema de contratación establecido en las Bases es el de precios unitarios, no se conoce la cantidad exacta de prestaciones requeridas, por lo cual, el postor debe formular su propuesta ofertando precios en función a las unidades de medida de las partidas o cantidades referenciales contenidas en las Bases, y por un determinado plazo de ejecución. Cabe notar que en este sistema de contratación el pago al contratista se efectúa conforme a la valorización de lo efectivamente ejecutado durante el plazo de ejecución del contrato, empleando los precios unitarios ofertados por el contratista. En este orden de ideas, en los contratos bajo el sistema de contratación a precios unitarios las partidas o cantidades previstas en las Bases - que forman parte del contrato - son referenciales; en este sentido, la Entidad no tiene la obligación de requerir la ejecución del íntegro de las cantidades del servicio previstas en el contrato, sino que debe requerir la cantidad de prestaciones necesarias para satisfacer la necesidad que dio origen a la contratación. [...] 2.4.1. [...] En esta medida, en principio, el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad no incurriría en responsabilidad por el solo hecho de no solicitar la totalidad de la cantidad referencial de servicios prevista en un contrato, pues la ejecución de las prestaciones se realiza en función de la satisfacción de las necesidades reales de la Entidad que dieron origen a la contratación; no obstante, corresponde a la Entidad determinar la existencia de responsabilidad en cada caso. (Opinión N.º 162-2015/DTN, de 16-10-2015, ff. 2.2.2 y 2.4.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AzPxnV>).

§ 1090. **Diferencia entre sistema de precios unitarios y suma alzada (art. 35.b).** Véase supra la jurisprudencia del artículo 35º del Nuevo Reglamento [§ 1074]. (Resolución N.º 818-2006-TC-SU, de 10-10-2006, f. 4. Sala Única. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2RRd8LU>).

§ 1091. **La Entidad puede modificar el precio unitario a ser empleado en la ejecución del saldo de obra. La propia normativa de contrataciones del Estado contempla la posibilidad de efectuar reajustes de precios con la finalidad de actualizar el valor de los elementos que intervienen en la ejecución de una obra a la fecha correspondiente al mes de pago de la valorización, lo cual podría generar una variación en el precio unitario inicialmente fijado (art. 35.b).** Véase la jurisprudencia en el artículo 194º del Nuevo Reglamento [§ 1966]. (Opinión N.º 103-2017/DTN, de 12-04-2017, ff. 2.1, 2.2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Srh4I>).

§ 1092. **Bajo el sistema de contratación de precios unitarios, para el caso de servicio y bienes, es factible la ejecución de prestaciones adicionales (art. 35.b).** Véase la jurisprudencia del artículo 34.3 de la Ley [§ 581]. (Opinión N.º 043-2017/DTN, de 08-02-2017, ff. 2.4, 2.4.1 y 2.4.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rkAQ34>).

TARIFAS

(LITERAL D)

§ 1093. **En los documentos del procedimiento de selección de contrataciones bajo el sistema de tarifas no es posible definir previamente y con precisión el plazo que será necesario para el cumplimiento de las prestaciones contractuales (art. 35.d).** 2.1.2. De otro lado, es importante señalar que el numeral 4) del artículo 14 del Reglamento [cfr. art. 35.d del Nuevo Reglamento] establece que el **Sistema de Tarifas** es *“(…), aplicable para las contrataciones de consultoría en general y de supervisión de obra, cuando no puede conocerse con precisión el tiempo de prestación del servicio. En este caso, el postor formula su oferta proponiendo tarifas en base al tiempo estimado o referencial para la ejecución de la prestación contenido en los documentos del procedimiento y que se valoriza en relación a su ejecución real. Los pagos se basan en tarifas. Las tarifas incluyen costos directos, cargas sociales, tributos, gastos generales y utilidades.”* (El resaltado es agregado). Como se aprecia, el Sistema de Tarifas se aplica a aquellas contrataciones en las que, en atención a su particular naturaleza, no es posible definir previamente y con precisión el plazo que será necesario para el cumplimiento de las prestaciones contractuales. Por ello, los documentos del procedimiento de selección en este tipo de contrataciones solamente establecen un plazo de ejecución estimado o referencial. En atención a lo expuesto, la aplicación de este sistema requiere que los postores, al formular sus ofertas, asignen una tarifa (precio fijo que incluye costo directo, cargas sociales, tributos,



gastos generales y utilidad) por el periodo o unidad de tiempo (hora, día, mes, entre otros) definido en los documentos del procedimiento de selección, debiendo pagarse la referida tarifa hasta la culminación de las prestaciones contractuales. Por ejemplo, si los documentos del procedimiento de selección señalan que el contrato se ejecutará bajo el sistema de tarifas y que el pago será mensual, los postores deberán ofertar una tarifa fija mensual, la misma que deberá pagarse por cada mes de prestación del servicio, hasta la culminación de la última prestación. En esa medida, considerando que no es posible definir con precisión el plazo que se requerirá para supervisar la ejecución de una obra debido a que está vinculado a la ejecución y recepción de la obra, y a sus posibles variaciones, la normativa de contrataciones del Estado establece que la supervisión de una obra debe ejecutarse bajo el sistema de tarifas y pagarse en función a su ejecución real; es decir, se debe pagar la tarifa fija contratada (horaria, diaria, mensual, etc.) hasta la culminación de las prestaciones del supervisor de obra. [...] (Opinión N.º 154-2016/DTN, de 12-09-2016, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CtfLtO>).

§ 1094. **Los contratos de supervisión de obra, deben ejecutarse bajo el sistema de tarifas, debido a que, por su naturaleza accesoria respecto del contrato de obra, no es posible definir con precisión el tiempo de la supervisión de la obra, al encontrarse vinculado con la ejecución y recepción de dicha obra, y con sus posibles variaciones (art. 35.d).** CONSULTA: 2.1. *“La prohibición de contratar bajo el sistema de suma alzada el servicio de supervisión de obras viales y de saneamiento establecida en el último párrafo del artículo 14 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se hace extensiva a los contratos de supervisión de obras viales y de saneamiento debido a la naturaleza accesoria de estos últimos?”* [...] 2.1.2. Sobre el particular, es propicio anotar que el numeral 4) del artículo 14 del Reglamento [cfr. art. 35.d del Nuevo Reglamento] dispone que el Sistema de Tarifas es “(...) aplicable para las contrataciones de consultoría en general y de supervisión de obra, cuando no puede conocerse con precisión el tiempo de prestación de servicio. En este caso, el postor formula su oferta proponiendo tarifas en base al tiempo estimado o referencial para la ejecución de la prestación contenido en los documentos del procedimiento y que se valoriza en relación a su ejecución real. Los pagos se basan en tarifas. Las tarifas incluyen costos directos, cargas sociales, tributos, gastos generales y utilidades.” (El subrayado es agregado). En esa medida, el Sistema de Tarifas se aplica a aquellas contrataciones en las que, en atención a su particular naturaleza, no es posible definir previamente y con precisión, el plazo que será necesario para el cumplimiento de las prestaciones contractuales; por tal razón, los documentos del procedimiento de selección en este tipo de contrataciones solamente establecen un plazo de ejecución estimado o referencial. [...] Conforme a ello, es pertinente indicar que este Organismo Técnico Especializado ha señalado en anteriores Opiniones que, al no ser posible definir con precisión el plazo que se requerirá para supervisar la ejecución de una obra debido a que este -el plazo de supervisión- se encuentra vinculado a la ejecución y recepción de la obra, y a las posibles variaciones de esta última, la normativa de contrataciones del Estado establece que la supervisión de una obra debe ejecutarse bajo el sistema de tarifas y pagarse en función a su ejecución real; esto es, se debe pagar la tarifa fija contratada (horaria, diaria, mensual, etc.) hasta la culminación de las prestaciones del supervisor de obra. (Opinión N.º 253-2017/DTN, de 05-12-2017, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BoMizq>).

§ 1095. **El pago de la tarifa podría realizarse por un monto proporcional a esta cuando se requiera pagar periodos de tiempo inferiores a los previstos en el contrato (art. 35.d).** 2.5. *“En el supuesto que el contratista de un servicio de supervisión de obra haya ofertado una tarifa mensual fija, y culmine la prestación del servicio en un periodo inferior al mensual, ¿Los días trabajados serán pagados en forma proporcional obteniéndose dicho cálculo sobre la base de la tarifa mensual fija ofertada o será necesario que además se haga un desagregado de precios por mes, días y horas?* Conforme a lo señalado previamente, la aplicación del sistema de tarifas implica que los postores, al formular sus ofertas, asignen una tarifa fija (que incluye costo directo, cargas sociales, tributos, gastos generales y utilidad) por el periodo o unidad de tiempo (hora, día, mes, entre otros) definido en los documentos del procedimiento de selección; debiendo pagarse el monto que corresponde por las prestaciones efectivamente ejecutadas en función de la tarifa pactada. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que el pago de la tarifa podría realizarse por un

monto proporcional a esta *-tarifa-* cuando se requiera pagar periodos de tiempo inferiores a los previstos en el contrato. En ese sentido, si un contratista de un servicio de supervisión de obra ha ofertado una tarifa fija mensual, y culmina la ejecución de la prestación del servicio en un periodo inferior al previsto en el contrato, el pago de la tarifa podría realizarse por un monto proporcional al de la tarifa establecida en dicho contrato en función a su ejecución real, lo que deberá ser evaluado por la Entidad. (Opinión N.º 253-2017/DTN, de 05-12-2017, f. 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BoMizq>).

§ 1096. Debido a la naturaleza de las contrataciones llevadas a cabo bajo el sistema de tarifas, no es posible establecer en los documentos del procedimiento de selección la realización de prestaciones que no se desarrollen dentro de un periodo o unidad de tiempo que no pueda conocerse con precisión, como la presentación de informes (art. 35.d). 2.4. *“Para efectos de formulación de tarifas, en cuanto a la forma de pago, los términos de referencia podrán: a) establecer periodos de pagos en unidades de tiempo distintas (mes, días, horas) o sólo se deberá elegir una de ellas; o, b) establecer, además de tarifa(s) fija(s) por periodo(s) en unidades de tiempo iguales o distintos, porcentajes de pago por la presentación de informes inicial y final?”* [...] [La] aplicación del sistema de tarifas implica que los postores, al formular sus ofertas, asignen una tarifa fija (que incluye costo directo, cargas sociales, tributos, gastos generales y utilidad) por el periodo o unidad de tiempo (hora, día, mes, entre otros) definido en los documentos del procedimiento de selección; debiendo pagarse la tarifa respectiva hasta la culminación de las prestaciones contractuales del supervisor de obra, en función de su ejecución real. Como se observa, en aplicación del sistema de tarifas para contratos de supervisión de obra, los postores formulan sus ofertas proponiendo tarifas fijas por el periodo o unidad de tiempo definido en los documentos del procedimiento de selección, respecto del tiempo estimado o referencial de ejecución de la prestación; por lo que, a efectos de realizarse el pago según tarifas, se deberá establecer un solo periodo o unidad de tiempo, en virtud del cual se asignará una tarifa fija hasta culminar el servicio de supervisión de obra (que puede servir, además, como base para el cálculo de un eventual pago proporcional, en caso la ejecución de la prestación culmine antes del periodo o unidad de tiempo previsto en el contrato). Adicionalmente, resulta pertinente anotar que debido a la naturaleza de los contratos que se ejecutan bajo el sistema de tarifas *-cuyo tiempo de prestación de servicio no puede conocerse con precisión-*, no es posible prever en los documentos del procedimiento de selección *‘además de tarifas fijas por periodos en unidades de tiempo iguales o distintos, porcentajes de pago por la presentación de informes inicial y final’*, toda vez que en dicho sistema de contratación los pagos se basan, únicamente, en tarifas [...] (Opinión N.º 253-2017/DTN, de 05-12-2017, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BoMizq>).

EN BASE A PORCENTAJES

(LITERAL E)

§ 1097. En las contrataciones referidas a servicios de cobranza, recuperaciones o prestaciones de naturaleza similar, el cálculo del valor estimado, así como el de la oferta económica corresponderá a un porcentaje del monto total a cobrar o recuperar, este último monto debe ser necesariamente precisado en las bases (art. 35.e). CONSULTA: 2.3. De otro lado, conforme al artículo 14 del Reglamento [cfr. art. 35.e del Nuevo Reglamento], dentro de los sistemas de contratación que las Entidades pueden emplear en los procedimientos de selección que realicen se encuentra el sistema en base a porcentajes, el cual resulta aplicable en la contratación de servicios de cobranza, recuperaciones o prestaciones de naturaleza similar. Al respecto, en este tipo de contrataciones el valor estimado será determinado en función a un porcentaje del monto total a cobrar o recuperar. Así, corresponde al área usuaria de la contratación determinar el monto total a cobrar o recuperar a efectos de que el monto asignado para el pago corresponda a un porcentaje de dicho monto. En consecuencia, no es posible convocar un procedimiento de selección si la Entidad no ha estimado el monto total a cobrar o recuperar. En ese sentido, las contrataciones que realicen las Entidades señaladas en el artículo 3 de la Ley, para proveerse de los servicios de cobranza, recuperaciones o prestaciones de naturaleza similar, asumiendo la obligación de pagar al proveedor con cargo a fondos públicos, se encuentran dentro de los alcances

de la normativa de contrataciones del Estado y se realizan bajo el sistema de contratación en base a porcentajes. En este tipo de contrataciones el cálculo del valor estimado así como el de la oferta económica corresponderá a un porcentaje del monto total a cobrar o recuperar, este último monto debe ser necesariamente precisado en las bases. (Opinión N.º 202-2016/DTN, de 23-12-2016, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BI8C7l>).

EN BASE A UN HONORARIO FIJO Y UNA COMISIÓN DE ÉXITO

(LITERAL F)

§ 1098. No es posible celebrar un contrato que contemple como contraprestación única una comisión de éxito. No existe excepción a la presentación de la garantía de fiel cumplimiento en caso de contrataciones que contemplen el pago de una comisión de éxito (art. 35.f). CONSULTA: 2.1. *“Mediante Opinión N.º 060-2015/DTN, se indicó que “(...), si una Entidad pretende establecer como contraprestación a favor del contratista, únicamente el monto por los honorarios de éxito, no se cumpliría con lo establecido en el artículo 15 del Reglamento para la determinación del valor referencial, requisito indispensable para convocar un proceso de selección.” En base a lo señalado, ¿podría entenderse que tratándose de un contrato que en su integridad constituye un honorario de éxito, no se precisa la presentación de una garantía de fiel cumplimiento del contrato, por no cumplirse los requisitos para convocar un procedimiento de selección?”* 2.1.1. Sobre el particular, debe indicarse que, de acuerdo al numeral 6 del artículo 14 del Reglamento [cfr. art. 35.f del Nuevo Reglamento], los contratos suscritos bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado pueden considerar, además de un honorario fijo, el pago de una comisión de éxito, la cual se desembolsará de conseguirse el resultado esperado por la Entidad. Por otro lado, [...] previamente a la suscripción del contrato, el postor ganador de la Buena Pro debe presentar a la Entidad, la garantía de fiel cumplimiento exigida por la Ley. Las únicas excepciones a dicha regla se encuentran establecidas en el artículo 128 del Reglamento [cfr. art. 152 del Nuevo Reglamento]; sin embargo, entre estas no se encuentran contempladas las contrataciones que consideren el pago de una comisión de éxito. En esa medida, la constitución y presentación de la garantía de fiel cumplimiento constituye un requisito obligatorio para la suscripción de un contrato, incluyendo aquellos que consideren el pago de una comisión de éxito. 2.1.2. Finalmente, cabe precisar que, no es posible celebrar un contrato que contemple como contraprestación a favor del contratista, únicamente, una comisión de éxito, dado que, en este tipo de contrataciones, el postor debe ofertar, necesariamente, un honorario fijo como base. (Opinión N.º 011-2017/DTN, de 13-01-2017, ff. 2.1, 2.1.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QB60BC>).

§ 1099. La entidad, en los contratos de servicios debía determinar qué es lo que se consideraba como un resultado de éxito con el fin de establecer las condiciones para otorgar los honorarios de éxito (art. 35.f). CONSULTA: 2.3. *¿Qué debe entenderse por “éxito” en la contratación pública para efectos de pactar un Honorario de Éxito como sistema de contratación?* En principio, debe indicarse que la anterior normativa de contrataciones del Estado no establecía un significado del término “éxito” en el marco de los contratos convocados por las Entidades Públicas bajo su ámbito. No obstante, cabe señalar que el objeto de la anterior Ley de Contrataciones del Estado [Decreto Legislativo N.º 1017] fue establecido en su artículo 2, señalando que este correspondía a establecer las normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones realizadas por las Entidades del Sector Público, de manera que estas fueran efectuadas de manera oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, de acuerdo a los Principios que debía contemplar toda contratación pública; como por ejemplo, el Principio de Razonabilidad por el cual, en todos los procesos de selección, el objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado. En esa lógica, puede entenderse que el objeto de toda contratación que realizaban las Entidades del Sector Público debía cumplir con ser razonable, tanto en términos cuantitativos como en términos cualitativos; y siendo que involucraban la erogación de fondos de naturaleza pública, siempre se encontraban orientadas a satisfacer el interés público y el resultado que se esperaba con dicha contratación. Por otra parte, según la Real Academia de la Lengua Española, “éxito” significa: “Resultado feliz

de un negocio, actuación, etc.”. En ese sentido, considerando que el objeto de todo contrato público debía ser razonable cuantitativa y cualitativamente, y encontrarse orientado a satisfacer el interés público, al establecer honorarios de éxito debía entenderse que la condición a la cual se encontraba sujeto su otorgamiento debía resultar en beneficio de la Entidad *-siendo que la finalidad de la contratación es satisfacer un interés público-* y nunca en desmedro; debiendo precisarse que correspondía a cada Entidad, de acuerdo a la naturaleza y finalidad de la contratación, definir lo que *-en ese contexto-* consideraba como un resultado beneficioso (de “éxito”). De esta forma, se concluye que en el marco de los contratos de servicios con pagos de honorarios de éxito, la Entidad era responsable de determinar *-de acuerdo a la naturaleza, finalidad y el contexto de la contratación en particular-* qué es lo que consideraba como un resultado beneficioso (de “éxito”) con el fin de establecerlo como la condición para otorgar dichos honorarios de éxito. (Opinión N.º 063-2018/DTN, de 11-05-2018, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DKdkEe>).

Artículo 36: Modalidades de contratación

Las contrataciones pueden contemplar alguna de las siguientes modalidades de contratación:

a) **Llave en mano:** Aplicable para la contratación de bienes y obras. En el caso de bienes el postor oferta, además de estos, su instalación y puesta en funcionamiento. Tratándose de obras, el postor oferta en conjunto la construcción, equipamiento y montaje hasta la puesta en servicio y, de ser el caso, la elaboración del expediente técnico y/o la operación asistida de la obra.

b) **Concurso oferta:** Cuando el postor oferta la elaboración del expediente técnico y ejecución de la obra. Esta modalidad solo puede aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen bajo el sistema a suma alzada y siempre que el presupuesto estimado del proyecto o valor referencial corresponda a una Licitación Pública.

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase aquí la Directiva aplicable al presente artículo: <bit.ly/2BQ9Y0D>.

DEFINICIONES

OPERACIÓN ASISTIDA: Operación por el contratista de una obra ejecutada bajo la modalidad de llave en mano, que puede incluir, además, el mantenimiento, reparación, capacitación, entre otros aspectos, en atención y cumplimiento a los términos de referencia y condiciones establecidas en el contrato. Esta operación asistida implica la puesta en marcha de la instalación construida, así como la transferencia de tecnologías, conocimientos, procesos, entrenamiento del personal, entre otros, hasta que la Entidad toma el control definitivo de las instalaciones.

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1099a. **Presentación del certificado de inscripción ante el Registro Nacional de Proveedores en los capítulos de consultores y ejecutores de obras en procesos de selección convocados bajo la modalidad de concurso oferta.** Visto y considerando la propuesta presentada por el vocal Dr. Derik Latorre Boza, los vocales del Tribunal, luego del análisis y amplio debate, por mayoría, ACORDARON: Establecer el siguiente criterio interpretativo: **1.** Tratándose de procesos de selección convocados bajo la modalidad de ejecución contractual por concurso oferta, y atendiendo a que bajo esta modalidad el postor oferta tanto la elaboración del expediente técnico como la ejecución de la obra propiamente dicha, los postores deberán acreditar que cuentan con inscripción vigente en los capítulos de consultores de obra y ejecutores de obras del Registro Nacional de Proveedores. **2.** La acreditación de la inscripción en los indicados capítulos del Registro Nacional de Proveedores puede realizarla una sola persona, natural o jurídica, o un consorcio. En este último supuesto, deberá atenderse a las obligaciones asumidas internamente por cada una de los consorciados. (Acuerdo N.º 004-2008-TC, de 27-03-2008. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. Texto completo: <bit.ly/2zmrF6X>).



RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES, PRONUNCIAMIENTOS Y OPINIONES DEL OSCE

MODALIDAD LLAVE EN MANO

(LITERAL A)

§ 1100. En un contrato de obra bajo la modalidad de llave en mano que incluía la elaboración del expediente técnico, podrían aprobarse prestaciones adicionales cuando la Entidad requería modificar las características técnicas o las condiciones originales de ejecución de obra, en casos de emisión o modificación de normas de obligatorio cumplimiento (art. 36.a). CONSULTA: “En el caso de un contrato de obra cuyo sistema de contratación es a suma alzada y bajo la modalidad de ejecución llave en mano, el cual incluye elaboración del expediente técnico de la obra y que durante dicha elaboración se obtiene un valor referencial mayor al contratado, por causas no imputables a las partes a consecuencia de un hecho posterior a la contratación como puede ser la modificación de una norma técnica de construcción. (...) Por lo que, al existir duda en cuanto al procedimiento de aprobación de un adicional por incremento del valor referencial durante la elaboración del expediente técnico, por causas no imputables a las partes, en un contrato de obra a suma alzada y bajo la modalidad de ejecución llave en mano, solicitamos se sirva nos absuelva la consulta planteada”. [...] 2.5. Precisando a lo anterior, conforme al criterio desarrollado en la Opinión N.º 97-2014/DTN, los contratos de obra bajo la modalidad de llave en mano que incluían la elaboración del expediente técnico debían ejecutarse bajo el sistema a suma alzada; siendo que, para dichos contratos, la potestad de aprobar prestaciones adicionales se reducía a aquellas situaciones en las que, con el fin de alcanzar la finalidad del contrato, la Entidad requería modificar las características técnicas y/o condiciones originales de ejecución de la obra establecidas en las Bases, pues los planos y especificaciones técnicas definitivas no formaban parte de los documentos del proceso de selección, toda vez que su elaboración conformaba una de las prestaciones del contratista durante la ejecución del contrato. Adicionalmente, cabe señalar que de conformidad con la Opinión citada en el párrafo precedente, aun cuando el segundo párrafo del numeral 41.2 del artículo 41 de la anterior Ley [cfr. art. 34 de la Ley vigente] permitía a las Entidades aprobar prestaciones adicionales de obra por deficiencias o errores del expediente técnico, dicha prerrogativa no resultaba aplicable a las obras convocadas bajo la modalidad llave en mano que incluían la elaboración del expediente técnico de obra, dado que en ellas, el contratista era proyectista y ejecutor de obra a la vez, por lo que contraía entera responsabilidad de su diseño, debiendo asumir económicamente los errores que se hubieran advertido en él. Por tanto, en un contrato de obra bajo la modalidad de llave en mano que incluía la elaboración del expediente técnico, ejecutado bajo el sistema a suma alzada, la potestad de aprobar prestaciones adicionales para la elaboración del expediente técnico y/o para la construcción, equipamiento y montaje hasta la puesta en servicio de la obra, se reducía a aquellas situaciones en las que, para alcanzar la finalidad del contrato, la Entidad requería modificar las características técnicas y/o las condiciones originales de ejecución de la obra establecidas en el contrato, situación que podía tener su origen en la emisión o modificación de normas de obligatorio cumplimiento. Al respecto, debe indicarse que el procedimiento y los límites aplicables a la aprobación de prestaciones adicionales en contratos de obra bajo la modalidad de llave en mano que incluían el expediente técnico como parte de las prestaciones del contratista, se realizaban en función a cada prestación involucrada. (Opinión N.º 003-2017/DTN, de 04-01-2017, f. 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ACyGi>).

§ 1101. En la contratación de obras ejecutadas bajo la modalidad de llave en mano, el expediente técnico debía considerar un equipamiento que pudiera adecuarse, integrarse y repotenciarse a con los avances tecnológicos que se produjeren en un periodo de tiempo determinado (art. 36.a). 2.1.3. Por su parte, es importante señalar que el literal j) del artículo 4 de la anterior Ley [cfr. art. 2.g de la Ley vigente] contemplaba el “Principio de Vigencia Tecnológica” en virtud del cual la contratación de bienes, servicios u obras debía reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que era requerida, desde el mismo momento en que se efectuaba la contratación, y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad

de que lo contratado se adecuara, integrara y repotenciara con los avances científicos y tecnológicos, si el caso lo ameritaba. Al respecto, Juan Carlos Morón Urbina hace referencia a la vigencia tecnológica indicando que “(...) *este principio inserta pautas fundamentales para la definición de las especificaciones técnicas, factores de evaluación de los procesos de selección, el diseño contractual e incluso la ejecución contractual. No basta adquirir un bien a un bajo precio, sino asegurarse si por ese mismo precio o algo más es posible adquirir un bien tecnológicamente vigente y actualizable* (...)” (El subrayado es agregado). Como se aprecia, las contrataciones efectuadas por las Entidades debían ser realizadas de tal manera que la prestación contratada mantuviera su vigencia a pesar del trascurso del tiempo; lo cual implicaba que, en el caso de obras ejecutadas bajo la modalidad llave en mano, el expediente técnico debía considerar un equipamiento que pudiera adecuarse, integrarse y repotenciarse con los avances científicos y tecnológicos que se produjeran en un periodo de tiempo determinado. (Opinión N.º 205-2016/DTN, de 23-12-2016, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2GFrysX>).

§ 1102. No es posible convocar un proceso de selección para la ejecución de una obra bajo la modalidad llave en mano que incluya la elaboración del expediente técnico aplicando el sistema a precios unitarios. Si pese a ello alguna Entidad hubiera convocado la ejecución de una obra bajo estas condiciones, durante la ejecución contractual dicha Entidad no podría aprobar un expediente técnico que modifique el monto de la oferta económica del contratista (art. 36.a). 2.1.1. Véase la jurisprudencia del artículo 35º del Nuevo Reglamento [§ 1082]. (Opinión N.º 058-2013/DTN, de 15-07-2013, ff. 2.1.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TdHxAl>).

§ 1103. Contratos de ejecución llave en mano. Acciones que debe tomar la Entidad cuando el contratista no cumple con entregar los bienes adecuadamente instalados y funcionando (art. 36.a). Véase la jurisprudencia del artículo 168º del Nuevo Reglamento [§ 1880]. (Opinión N.º 104-2017/DTN, de 12-04-2017, ff. 2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PnXRfq>).

MODALIDAD CONCURSO OFERTA

(LITERAL B)

§ 1105. La aprobación de ejecución de obras bajo la modalidad de concurso oferta y la potestad para aprobar, modificar y excluir una ficha de homologación, son facultades indelegables (art. 36.b). CONSULTA: “(...) *la incertidumbre jurídica que se tiene en relación a los alcances de la delegación de la autoridad que la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por D.S. N.º 350-2015-EF, le otorgan al Titular de la Entidad* (...)” [...] 2.2. [...] Asimismo, de conformidad con el último párrafo del artículo 11 del Reglamento [cfr. art. 31 del Nuevo Reglamento], la facultad que tiene el Titular de la Entidad para aprobar, modificar y excluir una ficha de homologación es indelegable. Por su parte, la Décima Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento, precisa que mediante Resolución del Titular, las Entidades del Poder Ejecutivo pueden aprobar la ejecución de obras bajo la modalidad de concurso oferta, siendo esta facultad indelegable. [...] (Opinión N.º 067-2016/DTN, de 04-05-2016, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RYcR5y>).

§ 1106. En las contrataciones de obras convocadas bajo la modalidad de ejecución contractual concurso oferta, los errores que se advierten posteriormente en el expediente técnico deben ser asumidos por el contratista (art. 36.b). CONSULTA: 2.1. “*En caso que en un proceso convocado bajo la modalidad de concurso oferta a Suma Alzada, luego de adjudicada la buena pro e iniciada la ejecución contractual con un expediente técnico aprobado mediante Resolución y en la etapa de ejecución de la obra se tiene por conveniente ejecutar obras complementarias indispensables, las que no estaban previstas en el Perfil de Inversión Pública ni en el expediente técnico aprobado, el que no ha considerado la totalidad de trabajos requeridos para la funcionalidad y servicialidad de la obra, debido a las limitaciones en las cantidades establecidas en el perfil técnico aprobado en su momento, ¿Se podría dar un adicional de obra al contratista o le corresponde a este asumir económicamente los errores que posteriormente se adviertan en el Expediente*”



Técnico? [...]. **2.1.4.** [Se] puede apreciar que tanto la Entidad *-desde el ámbito de competencia de sus órganos-*, como los participantes del proceso de selección, al advertir la existencia de información técnica imprecisa, incongruente o defectuosa, en la definición de las características técnicas correspondientes al objeto de la contratación, podían realizar la actuación que resultara pertinente, a efectos de poner a consideración del área usuaria de la Entidad la modificación de dicha información; situación que solo tenía lugar hasta antes de la integración de las Bases, pues una vez que éstas quedaban integradas constituían las reglas definitivas del proceso de contratación y no podían ser cuestionadas en ninguna otra vía, ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 59 del anterior Reglamento. **2.1.5.** Precisado lo anterior, corresponde señalar que el numeral 2) del artículo 41 del anterior Reglamento [D. S. N.º 184-2008-EF] [cfr. art. 36.b del Nuevo Reglamento] definía al concurso oferta como una modalidad de ejecución contractual en virtud de la cual “(...) *el postor debe ofertar la elaboración del Expediente Técnico, ejecución de la obra y de ser el caso el terreno. Esta modalidad sólo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen bajo el sistema a suma alzada y siempre que el valor referencial corresponda a una Licitación Pública. Para la ejecución de la obra es requisito previo la presentación y aprobación del Expediente Técnico por el integro de la obra.*” (El resaltado es agregado). [...] **2.1.8** Ahora bien, debe indicarse que aun cuando el numeral 41.2 del artículo 41 de la anterior Ley [Decreto Legislativo N.º 1017] [cfr. art. 34 de la Ley vigente] permitía a las Entidades aprobar prestaciones adicionales de obra por deficiencias o errores del Expediente Técnico de la obra, *tal prerrogativa no resultaba aplicable a aquellas obras convocadas bajo la modalidad de concurso oferta, puesto que en dichas contrataciones el contratista era proyectista y ejecutor de obra a la vez, por lo que contraía entera responsabilidad de su diseño; debiendo asumir económicamente los errores que se advertían en el mismo.* Por tanto, considerando que en las contrataciones de obras convocadas bajo la modalidad de ejecución contractual concurso oferta, el contratista tenía entera responsabilidad del diseño del Expediente Técnico de obra, al ser el proyectista y ejecutor de obra a la vez, éste debía asumir económicamente los errores o deficiencias que se hubieran advertido en él durante la etapa de ejecución contractual. (Opinión N.º 203-2017/DTN, de 15-09-2017, ff. 2.1, 2.1.4, 2.1.5 y 2.1.8. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QyUE19>).

§ 1107. Documentos que se debe tener en consideración para formular la propuesta económica y definir los alcances del contrato en una contratación bajo la modalidad de concurso oferta (art. 36.b). CONSULTA: 2. “*Cuáles son los documentos a tener en consideración para formular la propuesta económica y definir los alcances del contrato?*” [...] 3. CONCLUSIONES. **3.1.** En las contrataciones de obra bajo la modalidad de concurso oferta, el contratista debe formular su propuesta económica tomando en consideración el objeto de la obra, el alcance previsto en los estudios de preinversión y el resultado del estudio de posibilidades que ofrece el mercado; asimismo, debe tomar en cuenta lo dispuesto en las Bases, a fin que su oferta económica se encuentre dentro de los límites del valor referencial y contenga la documentación obligatoria prevista en estas; máxime si el sistema de contratación es a suma alzada. (Opinión N.º 096-2013/DTN, de 29-11-2013, ff. 2, 3 y 3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2H6bDV0>).

§ 1108. Cuando se resuelve un contrato de obra ejecutado bajo la modalidad de concurso oferta, la Entidad se sujetará al procedimiento previsto en el Reglamento, debiendo invitar a aquellos proveedores cuyas propuestas fueron admitidas en el proceso de selección (art. 36.b). 3. CONCLUSIONES. **3.1.** Cuando se resuelve un contrato de obra ejecutado bajo la modalidad de concurso oferta, la Entidad se sujetará al procedimiento previsto en el artículo 138 del Decreto Supremo N.º 350-2015-EF [cfr. art. 167 del Nuevo Reglamento], siempre que el saldo pendiente de culminación consista en la sola ejecución de la obra y su contratación sea iniciada a partir del 9 de enero de 2016. No obstante, cuando las prestaciones pendientes consistan en la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra, de forma conjunta, la Entidad se sujetará al procedimiento mencionado únicamente en aquellos casos en los que se verifique el cumplimiento de las condiciones que la Décimo Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N.º 350-2015-EF [cfr. art. 36.b del Nuevo Reglamento] establece para el empleo del Concurso Oferta, en caso contrario, la elaboración del expediente técnico y

ción de la obra deben ser contratadas de manera independiente a través de los procedimientos de selección que correspondan. 3.2. Cuando resulte de aplicación el procedimiento previsto en el artículo del Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, la Entidad deberá invitar únicamente a aquellos proveedores cuya propuesta haya sido admitida en el procedimiento de selección y que -por tanto- formaron parte del orden de prelación final; debiéndose realizar la calificación respecto del proveedor con el que se va a contratar, en el caso de bienes, servicios y obras. (Opinión N.º 057-2017/DTN, de 23-02-2017, al 3.2. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2S0KHtP>).

109. Podrá ordenarse prestaciones adicionales durante la elaboración del expediente técnico de las obras convocadas bajo la modalidad de concurso oferta, siempre que dichas prestaciones adicionales no modifiquen el alcance de la obra de tal manera que se afecte el monto ofertado por el postor para su ejecución (art. 36.b). CONSULTA: 2.1. *En caso que en un proceso convocado bajo la modalidad de concurso oferta, luego de adjudicada la buena pro e iniciada la ejecución contractual con el expediente técnico aprobado mediante Resolución concordante con las metas del Perfil Técnico y en la ejecución de la obra se tiene por conveniente ejecutar obras complementarias indispensables, las que no estaban previstas en el Perfil Técnico, ¿Se podría dar un adicional de obra al contratista mediante una Resolución?* 2.2. *En el caso de los concursos ofertas, ¿Cuál es la fecha que debe servir para aplicar la fórmula de actualización?* [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Podrá ordenarse prestaciones adicionales durante la elaboración del expediente técnico de las obras convocadas bajo la modalidad de concurso oferta, siempre que dichas prestaciones adicionales no modifiquen el alcance de la obra de tal manera que se afecte el monto ofertado por el postor para su ejecución. Asimismo, una vez elaborado el expediente técnico definitivo y en situaciones imprevistas no contempladas en el proyecto, podrá ordenarse prestaciones adicionales durante la ejecución de la obra, siempre que el contratista debe ejecutar en la obra menores o mayores prestaciones a las proyectadas, dentro de las limitaciones impuestas por la Ley. 3.2. El reajuste de precios debe efectuarse a partir de la fecha de determinación del presupuesto de obra, la que forma parte del expediente técnico de obra. (Opinión N.º 028-2011/DTN, de 02-03-2011, ff. 2.1, 2.2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EGVeEf>).

110. En caso de pretender realizar una contratación de obras por paquete bajo la modalidad de concurso oferta, es necesario que cada unidad requerida cumpla con los requisitos previstos en la Décima Cuarta disposición complementaria final del Reglamento (art. 36.b). CONSULTA: 2.1. *¿Podría ejecutarse a través de la modalidad de Concurso Oferta un paquete de obras de edificaciones con un presupuesto referencial superior a 10, 000,000.00 (Diez Millones con 00/100 soles)?* [...] 2.1.6. [...] Conforme al contenido en la Opinión N.º 192-2016/DTN [§ 1131], de manera excepcional y bajo las condiciones detalladas en los numerales anteriores, la Décima Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento permite la utilización de la modalidad de concurso oferta, cuya naturaleza es que el contrato contractual esté constituido por una “unidad” conformada por: i) la ejecución de una obra; y ii) la ejecución de su expediente técnico. Asimismo, la citada disposición establece en su último párrafo que, “el inicio de la ejecución de la obra es requisito previo a la presentación y aprobación del expediente técnico integral de la obra” (el subrayado es agregado), lo que acentúa el hecho de que ambos elementos (expediente técnico y ejecución de obra) constituyen una “unidad” en el objeto contractual. En razón de lo anterior, se puede colegir que la contratación de obras por paquete admitiría que las referidas “unidades” sean obras bajo la modalidad de concurso oferta; esto es, que cada “unidad” incluya la obligación de elaborar el expediente técnico y de ejecutar la obra. En ese contexto, la Entidad deberá suscribir un contrato por cada una de las “unidades” que integran el paquete bajo la modalidad de concurso oferta, lo que implica, además, que cada “unidad” deberá cumplir todos los requisitos y condiciones establecidos en la Décima Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento. 2.1.7. Por lo expuesto, las Entidades del Poder Ejecutivo podrían aprobar la contratación de ejecución de obras por paquete bajo la modalidad de concurso oferta, cuando éstas, previamente, hubieran determinado de manera expresa que resulta más eficiente para la Entidad, en términos de calidad, precio y tiempo, efectuar la contratación de ejecución de obras de similar naturaleza en paquete, frente a una contratación independiente; y siempre que, para dicho efecto, cada una de las “unidades” que integran el paquete cumpla

todos los requisitos y condiciones establecidos en la Décima Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento; entre ellas, que el valor referencial de cada contratación incluida en el paquete sea superior a diez millones de soles (S/10 000 000,00). (Opinión N.º 048-2017/DTN, de 17-02-2017, f. 2.1, 2.1.6 y 2.1.7. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QzTFxx>).

§ 1111. Ampliación del plazo contractual de obra celebrada en modalidad de concurso oferta (art. 36.b). 2.1. “En un contrato bajo la modalidad de ejecución contractual de concurso oferta en el ámbito del artículo 41º del Reglamento [cfr. art. 36 del Nuevo Reglamento] de la Ley de Contrataciones del Estado, en la Etapa de Elaboración del Expediente Técnico ¿el Contratista puede determinar un plazo distinto al plazo establecido en el Contrato para la ejecución de las obras? De ser así, ¿qué plazo prevalece, el establecido por el Contratista en los Expedientes Técnicos o el plazo contractual?” [...] **2.1.3.** [...] [En] el caso de obras, el monto y el plazo del contrato solo pueden sufrir variaciones como consecuencia del ejercicio de la potestad de la Entidad de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales de obra, la reducción de estas, o la ampliación del plazo de ejecución contractual. Al respecto, es importante precisar que, en el caso de obras que se ejecutan bajo la modalidad de concurso oferta, dado el sistema de contratación aplicable -suma alzada-, durante la elaboración del expediente técnico, una Entidad puede ordenar la ejecución de prestaciones adicionales, siempre que estas no modifiquen el alcance de la obra en modo tal que se afecte el monto ofertado por el postor en su propuesta económica; lo contrario implicaría desconocer la naturaleza singular de esta modalidad de ejecución contractual y el alcance de las propuestas del postor, así como la modificación de las condiciones bajo las que se otorgó la viabilidad al proyecto por parte del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP). **2.1.4.** [...] [En] esa medida, si en el marco de la ejecución de una obra bajo la modalidad de concurso oferta, el contratista presenta para la aprobación de la Entidad un expediente técnico en el cual el plazo para la ejecución de la obra se incrementa o reduce respecto del previsto en las Bases y ofertado en su propuesta técnica, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, la Entidad podría aprobar dicho expediente siempre que la modificación del plazo no determine la variación del precio de la ejecución de la obra, dado que el contrato ha sido celebrado a suma alzada. **2.1.5.** En virtud de lo expuesto, si bien, como regla general, el contratista debe elaborar el expediente técnico de la obra a ser ejecutada respetando los plazos y el precio pactados originalmente, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, una Entidad puede aprobar el expediente técnico con un plazo distinto al contratado para la ejecución de una obra bajo la modalidad de concurso oferta; en este supuesto, el nuevo plazo reemplazará al plazo original para todos sus efectos, siempre que con ello no se afecte el precio de la ejecución de la obra. (Opinión N.º 093-2013/DTN, 19-11-2013, ff. 2.1, 2.1.3 al 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DZmWux>).

§ 1112. Posibilidad de que los gobiernos locales y sus dependencias puedan llevar a cabo la modalidad de ejecución contractual de concurso oferta (art. 36.b). 2.3. [...] [El] artículo 2 de la Ley N.º 29158 “Ley Orgánica del Poder Ejecutivo”, establece que el Poder Ejecutivo se encuentra integrado por la Presidencia de la República, el Consejo de Ministros, la Presidencia del Consejo de Ministros, los Ministerios y las Entidades Públicas del Poder Ejecutivo. En ese sentido, conforme a la actual normativa de contrataciones del Estado, los gobiernos regionales y sus dependencias no se encuentran autorizados a llevar a cabo la modalidad de ejecución contractual de concurso oferta en las obras que ejecuten, independientemente si el valor referencial de estas supere los S/. 10 000 000 (Diez millones de Soles). (Opinión N.º 094-2016/DTN, de 04-07-2016, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ECYJM6>).

§ 1113. La modalidad de concurso oferta requiere tanto la ejecución de la obra como la elaboración de su expediente técnico. Sólo las entidades del Poder Ejecutivo podrían aprobar la contratación por paquete bajo la forma de concurso oferta (art. 36.b). CONSULTA: **2.1.** “¿Se podría ejecutar a través de la modalidad de Concurso Oferta un paquete de obras de edificaciones con un valor referencial superior a 10, 000,000.00 (Diez Millones con 00/100 soles)?” [...] **2.1.6.** [...] Conforme al criterio contenido en la Opinión N.º 192-2016/DTN [§ 1131], de manera excepcional y bajo las condiciones detalladas en los numerales anteriores, la Décima Cuarta Disposición Complementaria Final del Re-

glamento permite la utilización de la modalidad de concurso oferta, cuya naturaleza es que el objeto contractual esté constituido por una “unidad” conformada por: i) la ejecución de una obra; y, ii) la elaboración de su expediente técnico. Asimismo, la citada disposición establece en su último párrafo que, “Para el inicio de la ejecución de la obra es requisito previo la presentación y aprobación del expediente técnico por el íntegro de la obra” (el subrayado es agregado), lo que acentúa el hecho de que ambos elementos (expediente técnico y ejecución de obra) constituyen una “unidad” en el objeto contractual. En razón de lo anterior, se puede colegir que la contratación de obras por paquete admitiría que las referidas “unidades” sean obras bajo la modalidad de concurso oferta; esto es, que cada “unidad” incluya la obligación de elaborar el expediente técnico y de ejecutar la obra. En ese contexto, la Entidad deberá suscribir un contrato por cada una de las “unidades” que integran el paquete bajo la modalidad de concurso oferta, lo que implica, además, que cada “unidad” deberá cumplir todos los requisitos y condiciones establecidas en la Décima Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento. 2.1.7. Por lo expuesto, sólo las Entidades del Poder Ejecutivo podrían aprobar la contratación de ejecución de obras por paquete bajo la modalidad de concurso oferta, cuando éstas, previamente, hubieran determinado de manera sustentada que resulta más eficiente para la Entidad, en términos de calidad, precio y tiempo, efectuar la contratación de ejecución de obras de similar naturaleza en paquete, frente a una contratación independiente; y siempre que, para dicho efecto, cada una de las “unidades” que integran el paquete cumpla todos los requisitos y condiciones establecidos en la Décima Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento; entre ellas, que el valor referencial de cada contratación incluida en el paquete sea superior a diez millones de soles (S/10 000 000,00). (Opinión N.º 048-2017/DTN, de 17-02-2017, f. 2.1, 2.1.6 y 2.1.7. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QzTFxx>).

§ 1114. Los gobiernos regionales y sus dependencias no se encuentran autorizados a llevar a cabo la modalidad de ejecución contractual de concurso oferta en las obras que ejecuten, aún si el valor referencial de estas supere los diez millones (art. 36.b). CONSULTA: “(...) si los gobiernos locales y sus dependencias que gozan de autonomía pueden legítimamente acceder a llevar a cabo la modalidad de ejecución contractual de Concurso Oferta, considerando que la entidad Edil y sus empresas ejecutan obras cuyo valor referencial son iguales o superiores a los diez millones de soles, establecido como uno de los requisitos estipulado en la norma reglamentaria de la ley”. [...] 2.2. [El] Reglamento ha considerado de manera excepcional la posibilidad de utilizar la modalidad de concurso oferta en la contratación de obras, conforme a las condiciones establecidas en la Décimo Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento. Dicha disposición establece que mediante la modalidad de ejecución contractual de concurso oferta el postor debe ofertar la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra, siempre que se cumplan las siguientes requisitos: i) corresponda a alguna Entidad del Poder Ejecutivo; ii) sea aprobado exclusivamente mediante resolución del Titular de la Entidad; iii) se trate de la ejecución de obras de edificaciones que por su naturaleza corresponda utilizar el sistema a suma alzada; y, vi) el valor referencial de la obra sea superior a los S/. 10 000 000 (Diez millones de Soles). [...] 2.3. Ahora bien, en relación al primero de los requisitos, el artículo 2 de la Ley N.º 29158 “Ley Orgánica del Poder Ejecutivo”, establece que el Poder Ejecutivo se encuentra integrado por la Presidencia de la República, el Consejo de Ministros, la Presidencia del Consejo de Ministros, los Ministerios y las Entidades Públicas del Poder Ejecutivo. En ese sentido, conforme a la actual normativa de contrataciones del Estado, los gobiernos regionales y sus dependencias no se encuentran autorizados a llevar a cabo la modalidad de ejecución contractual de concurso oferta en las obras que ejecuten, independientemente si el valor referencial de estas supere los S/. 10 000 000 (Diez millones de Soles). (Opinión N.º 094-2016/DTN, de 04-07-2016, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ECYJM6>).

§ 1115. En los contratos de obra celebrados bajo la modalidad de concurso oferta y bajo el sistema de suma alzada, la regla general es que cada prestación involucrada se regía bajo las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado compatibles con su naturaleza. Esta regla no se aplica en los supuestos que implicación erogación de mayor gasto público (art. 36.b). CONSULTA: 2.1. “En un contrato de obra celebrado bajo la modalidad de concurso oferta y bajo el sistema de suma alzada (elaboración de expediente técnico y ejecución de obra), luego de recibido el expediente técnico,

el titular de la entidad resolvió el contrato por causal sobreviniente sin culpa de las partes, reconociendo la prestación ejecutada, notificando dicha decisión al contratista mediante carta, en la que se reconoce la entrega del expediente técnico como parte de la prestación del instrumento contractual y se solicita la presentación de la liquidación correspondiente. (...) A fin de establecer la oportunidad en la que el contratista debió presentar la liquidación por la elaboración del expediente técnico y el plazo de la entidad para pronunciarse sobre ella ¿qué artículo del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado resulta aplicable: el artículo 179° o el 211?». 2.1.3. [...] Al respecto, cabe precisar que este Organismo Técnico Especializado en opiniones previas estableció como regla general que, dadas las distintas prestaciones involucradas en los contratos que se ejecutaban bajo la modalidad de concurso oferta, a **cada prestación involucrada en este tipo de contratos se le debía aplicar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que hubiesen sido compatibles con su naturaleza**. No obstante, la excepción a esta regla estaba dada por los supuestos que implicaban la erogación de mayores fondos públicos a los previstos en el presupuesto de obra, supuestos en los que se aplicaban las disposiciones propias de la ejecución de obras, prioritariamente; teniendo en consideración la finalidad última del concurso oferta y la necesidad de salvaguardar dichos fondos. [...] Así, el artículo 179 del anterior Reglamento regulaba la forma en que debían liquidarse los contratos de consultoría de obra, conforme a lo siguiente: “**El contratista presentará a la Entidad la liquidación del contrato de consultoría de obra dentro de los quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación**. La Entidad deberá pronunciarse respecto de dicha liquidación y notificar su pronunciamiento dentro de los quince (15) días siguientes de recibida; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación presentada por el contratista. (...)” (El resaltado es agregado). En esa medida, a efectos de establecer la oportunidad en que el contratista debía presentar la liquidación del expediente técnico de obra, correspondía observar lo establecido en el artículo 179 del anterior Reglamento. (Opinión N.º 140-2018/DTN, de 07-09-2018, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Rhoswj>).

§ 1116. **En los casos en que en una contratación sea necesario ejecutar varias prestaciones de naturaleza distinta, la regla general es que a cada prestación involucrada se le debe aplicar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que sea compatible con su naturaleza (art. 36.b).** 2.1.2. [Si] bien la modalidad de concurso oferta tiene como finalidad última la ejecución de una obra, para alcanzarla es necesario ejecutar varias prestaciones de naturaleza distinta: (i) la venta del terreno, cuando así lo requieran las Bases; (ii) el servicio de consultoría de obra, al elaborarse el expediente técnico; y (iii) la ejecución de la obra en sí misma. Estas prestaciones, además de ser de naturaleza distinta, son independientes y de ejecución sucesiva. Al respecto, cabe señalar que, dadas las distintas prestaciones involucradas en los contratos que se ejecutan bajo la modalidad de concurso oferta, estos pueden asimilarse a lo que, en la doctrina civil, se denomina como contratos coligados o conexos, los cuales “(...) son constituidos por la yuxtaposición de varios contratos, distintos entre sí, que se unen para alcanzar una finalidad determinada.” (El subrayado es agregado). Así, surge la necesidad de determinar qué normas resultan aplicables a cada una de las prestaciones involucradas en la ejecución de una obra bajo la modalidad de concurso oferta, ya que la normativa de contrataciones del Estado no regula de manera específica la ejecución de los contratos celebrados bajo dicha modalidad de ejecución contractual. Ahora bien, teniendo en consideración la naturaleza de las distintas prestaciones involucradas en los contratos celebrados bajo la modalidad de concurso oferta, y el análisis sistemático de la normativa de contrataciones del Estado, es necesario establecer como regla general que a cada prestación involucrada en este tipo de contratos se le deben aplicar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que sean compatibles con su naturaleza. No obstante, teniendo en consideración que la finalidad última del concurso oferta es la ejecución de una obra, es necesario establecer una regla especial o excepcional a la antes señalada, para aquellos supuestos que impliquen la erogación de mayores fondos públicos a los previstos en el presupuesto de la obra; así, en estos supuestos deben aplicarse las disposiciones propias de la ejecución de obras, prioritariamente; con el objeto de salvaguardar los fondos públicos involucrados. En tal sentido, a cada una de las prestaciones de un contrato celebrado bajo la modalidad de concurso oferta se le aplicarán, en principio, las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que sean compatibles con su naturaleza. Excepcionalmente, en aquellos

supuestos que impliquen la erogación de mayores fondos públicos, se aplicarán las disposiciones de la normativa que regula la ejecución de obras, prioritariamente. (Opinión N.º 073-2012/DTN, de 28-06-2012, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TaOzp2>).

§ 1117. Sin importar la modalidad de contratación (concurso oferta, sumaalzada, etc.), no se puede aprobar un expediente técnico cuyo costo es superior al ofertado por el contratista (art. 36.b). **3.1.** En los contratos por concurso oferta, el contratista debe elaborar el expediente técnico definitivo, considerando las especificaciones técnicas preestablecidas por la Entidad y los montos contractuales adjudicados. **3.2.** Independientemente del sistema o modalidad de contratación empleado, no podrá aprobarse un expediente técnico que proyecte una obra cuyo costo es superior al ofertado por el contratista. **3.3.** No podría ordenarse, bajo la forma de prestación adicional, que el expediente técnico contemple prestaciones que modifiquen el alcance de la obra de tal manera que se afecte el monto ofertado por el postor para su ejecución, pues ello evidenciaría una deficiente determinación del requerimiento, lo cual iría en contra del sistema de contratación de sumaalzada, que obliga a que, antes de la convocatoria, las cantidades y las magnitudes de las prestaciones a ejecutar se encuentren totalmente definidas. **3.4.** En los procesos convocados a sumaalzada, los postores deben formular una oferta técnica y económica que considere la totalidad de las actividades que involucraría la ejecución del contrato y, principalmente, un costo total y único por la ejecución de dichas actividades. **3.5.** Las fórmulas de reajuste se definen durante la elaboración del expediente técnico. **3.6.** Durante la ejecución del contrato, los precios se reajustan considerando la fecha del presupuesto base que forma parte del expediente técnico. (Opinión N.º 009-2010/DTN, de 29-01-2010, ff. 3.1 al 3.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Raj94T>).

§ 1118. En las obras bajo la modalidad de concurso oferta, pueden ordenarse prestaciones adicionales si estas no modifican el alcance de la obra para que afecten el monto ofertado por el postor (art. 36.b). **3.1.** Podrá ordenarse prestaciones adicionales durante la elaboración del expediente técnico de las obras convocadas bajo la modalidad de concurso oferta, siempre que dichas prestaciones adicionales no modifiquen el alcance de la obra de tal manera que se afecte el monto ofertado por el postor para su ejecución. Asimismo, una vez elaborado el expediente técnico definitivo y ante situaciones imprevistas no contempladas en el proyecto, podrá ordenarse prestaciones adicionales si se advierte que el contratista debe ejecutar en la obra menores o mayores prestaciones a las proyectadas, con las limitaciones impuestas por la Ley. **3.2.** El reajuste de precios debe efectuarse a partir de la fecha de determinación del presupuesto de obra, la que forma parte del expediente técnico de obra. (Opinión N.º 028-2011/DTN, de 02-03-2011, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EGVeEf>).

§ 1119. Bajo la forma de concurso oferta, el contratista debe formular sus propuestas tomando en cuenta varios factores para que su oferta cumpla los requerimientos solicitados por la entidad (art. 36.b). **3.1.** En las contrataciones de obra bajo la modalidad de concurso oferta, el contratista debe formular su propuesta económica tomando en consideración el objeto de la obra, el alcance previsto en los estudios de preinversión y el resultado del estudio de posibilidades que ofrece el mercado; asimismo, debe tomar en cuenta lo dispuesto en las Bases, a fin que su oferta económica se encuentre dentro de los límites del valor referencial y contenga la documentación obligatoria prevista en estas; máxime si el sistema de contratación es la sumaalzada. **3.2.** El contrato está integrado, además del documento que lo contiene, por las bases integradas y la oferta ganadora, la misma que comprende a la propuesta técnica y la propuesta económica presentadas por el postor ganador de la Buena Pro; así como todos los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes; por lo que las disposiciones contenidas en estos documentos son de obligatorio cumplimiento para la Entidad y el contratista. (Opinión N.º 096-2013/DTN, de 29-11-2013, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2H6bDV0>).

§ 1120. El contratista es responsable por la calidad del expediente técnico en obras ejecutadas bajo la modalidad de concurso oferta (art. 36.b). **2.1.1.** [En] un contrato de obra bajo la modalidad



de concurso oferta, una de las prestaciones del contratista –además de la ejecución de la obra propiamente dicha– es la elaboración del expediente técnico. Cabe precisar que el expediente técnico de obra está formado por un conjunto de documentos de ingeniería que definen, principalmente, las características, alcance y la forma de ejecución de una obra, así como las condiciones del terreno en la que esta se ejecutará. En esa medida, en las obras ejecutadas bajo la modalidad de concurso oferta, el contratista, en tanto asume el riesgo del diseño de la obra, es el responsable frente a la Entidad de la calidad del expediente técnico de obra, así como de los errores que este pudiera presentar. (Opinión N.º 187-2015/DTN, de 15-12-2015, f. 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2tXDS7>).

§ 1121. En una contratación bajo la modalidad de concurso oferta, el comité de selección debía establecer en las Bases, la metodología y los factores de evaluación para determinar la experiencia del personal profesional en las diversas prestaciones que comprendía la contratación (art. 36.b). CONSULTA: **2.1.** “(...) [En] una obra por modalidad ejecución contractual concurso oferta, se desea saber: En la modalidad citada, es correcto afirmar que tiene dos partes, una - consultoría - de elaboración del Expediente Técnico, y la otra de ejecución de la obra? [...] **2.2.** “En la modalidad citada, en el extremo de la elaboración del expediente técnico, para acreditar la experiencia del personal propuesto, es correcto aplicar las reglas que dispone el apartado 1.b) del artículo 46º del D.S. N.º 184-2008-EF [anterior reglamento] y con qué documentos se acredita la experiencia?”. [...] CONCLUSIONES: **3.1.** La ejecución de una obra bajo la modalidad de concurso oferta implicaba, por lo menos, la existencia de dos prestaciones de naturaleza distinta a cargo del contratista: la elaboración del expediente técnico -primera parte- y la ejecución de la obra -segunda parte-; ambas prestaciones independientes y de ejecución sucesiva, constituyendo la ejecución de la primera condición indispensable para el inicio de la ejecución de la segunda. **3.2.** Una contratación de obra con la modalidad de ejecución contractual de concurso oferta implicaba que el Comité Especial, como órgano colegiado encargado de seleccionar al proveedor que iba a ejecutar la obra, determinara en las Bases, la metodología y los factores de evaluación, así como los documentos que debían presentar los postores para acreditarlos, aplicando las disposiciones del artículo 47 del anterior Reglamento. **3.3.** El literal c) del numeral 2 del artículo 47 del anterior Reglamento [cfr. art. 49.b del Nuevo Reglamento] establecía que el Comité Especial debía considerar como factor de evaluación de la propuesta técnica la “experiencia y calificaciones del personal profesional propuesto”, siendo razonable que para el caso de las ejecuciones de obras bajo la modalidad de concurso oferta, el Comité Especial determinara la conveniencia de evaluar la experiencia y calificaciones del personal profesional propuesto de las diversas prestaciones que comprendía la contratación. **3.4.** La experiencia del personal propuesto se podía acreditar con cualquiera de los siguientes documentos: (i) copia simple de contratos y su respectiva conformidad o (ii) constancias o (iii) certificados o (iv) cualquier otra documentación que, de manera fehaciente demuestre la experiencia del personal propuesto. (Opinión N.º 084-2018/DTN, de 14-06-2018, ff. 3.1 al 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RkqUSR>).

§ 1122. Durante la elaboración del expediente técnico, una Entidad puede ordenar la ejecución de prestaciones adicionales, siempre que estas no modifiquen el alcance de la obra en modo tal que se afecte el monto ofertado por el postor en su propuesta económica (art. 36.b). CONSULTA: **2.1.** “En el caso de un proceso convocado bajo la modalidad de concurso oferta, luego de adjudicada la buena pro e iniciada la ejecución contractual con la elaboración del expediente técnico, si en el contrato se indica que se deben respetar la normativa vigente en el Perú y si en el Estudio de Factibilidad, consideran en los planos y especificaciones técnicas unas determinadas dimensiones de estructuras que pueden ser susceptibles de cambios que permitan un mejor funcionamiento técnico, el Contratista puede disminuir o aumentar dichas dimensiones o debe elaborar el Expediente Técnico con las características técnicas indicadas en las bases del proceso de selección y el Estudio de Factibilidad.”. [...] **2.1.5.** [...] En el caso de las obras que se ejecutan bajo la modalidad de concurso oferta, dado el sistema de contratación aplicable -suma alzada-, debe tenerse en consideración que, durante la elaboración del expediente técnico, una Entidad puede ordenar la ejecución de prestaciones adicionales, siempre que estas no modifiquen el alcance de la obra en modo tal que se afecte el monto ofertado por el postor en su propuesta económica; lo contrario implicaría desconocer la naturaleza singular de esta modalidad de ejecución contractual y el alcance de las propuestas

del postor, así como la modificación de las condiciones bajo las que se otorgó la viabilidad al proyecto por parte del Sistema Nacional de Inversión Pública. (Opinión N.º 095-2013/DTN, de 20-11-2013, ff. 2.1 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Rm2o7X>).

§ 1123. Si bien las obras ejecutadas bajo la modalidad de concurso oferta involucran la ejecución sucesiva de prestaciones de diversa naturaleza, ello no posibilita el presentar en dos etapas la garantía de fiel cumplimiento, el cual deberá ser presentado en una sola oportunidad y por el íntegro de las prestaciones objeto del contrato (art. 36.b). 2.2. [Que] la finalidad principal de la garantía de fiel cumplimiento es cautelar el correcto y oportuno cumplimiento del íntegro de las obligaciones que son parte del contrato, y no garantizar el cumplimiento de alguna prestación en particular [...]. **2.4.** [Si] bien las obras ejecutadas bajo la modalidad de concurso oferta involucran la ejecución sucesiva de prestaciones de diversa naturaleza –entre ellas, la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra en sí–, la garantía de fiel cumplimiento garantiza la adecuada y oportuna ejecución del íntegro de las prestaciones objeto del contrato. Así, para que la garantía presentada por el postor ganador de la Buena Pro sea aceptada por la Entidad, esta debe ser emitida por el diez por ciento (10%) del monto total del contrato original, con una vigencia hasta el consentimiento de la liquidación final del contrato. En tal sentido, la mencionada garantía no puede asegurar el cumplimiento de las prestaciones individualmente consideradas que comprende la modalidad de concurso oferta, ni tampoco presentarse en dos etapas, pues su finalidad es garantizar la ejecución del íntegro de las prestaciones del contrato y, en última instancia, la ejecución de la obra pública. (Opinión N.º 099-2013/DTN, de 05-12-2013, ff. 2.2 y 2.4. Dirección Técnico Normativo. Texto completo: <bit.ly/2HppXb6>).

§ 1124. No es posible la contratación directa por causal de proveedor único en la ejecución de obras. En el caso de las contrataciones bajo la modalidad de concurso oferta, es posible que la compra del terreno donde se ejecutará la obra pueda ser contratada directamente mediante la causal de proveedor único (art. 36.b). Véase la jurisprudencia del artículo 100º del Nuevo Reglamento [§ 1534]. (Opinión N.º 045-2010/DTN, del 22-07-2010, ff. 2.1 al 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SMvNEN>).

§ 1125. En los contratos por concurso oferta, el contratista debe elaborar el expediente técnico definitivo, considerando las especificaciones técnicas preestablecidas por la Entidad y los montos contractuales adjudicados. Independientemente de la modalidad de contratación (art. 36.b). CONSULTA: **2.1.** *En la modalidad de concurso oferta ¿Sería procedente aprobar el expediente técnico cuyo presupuesto de obra contemple metrados superiores a los del estudio de pre inversión y, consecuentemente, modificar el costo de la ejecución de la obra a través de una adenda? [...]* **2.2.** *Cuando un proceso se convoca bajo el sistema de suma alzada, las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación deben estar totalmente definidas en los planos y especificaciones técnicas respectivas, precisándose que, por ello, el postor formulará su propuesta por un monto fijo e integral. ¿Qué debe entenderse por monto fijo e integral? [...]* **2.3.** *En el caso de los concursos oferta, ¿En qué momento debe definirse las fórmulas de reajuste? [...]* **2.4.** *En el caso de los concursos oferta, ¿Cuál es la fecha que debe servir para aplicar al fórmula de reajuste? [...]* **3. CONCLUSIONES. 3.1.** En los contratos por concurso oferta, el contratista debe elaborar el expediente técnico definitivo, considerando las especificaciones técnicas preestablecidas por la Entidad y los montos contractuales adjudicados. **3.2.** Independientemente del sistema o modalidad de contratación empleado, no podrá aprobarse un expediente técnico que proyecte una obra cuyo costo es superior al ofertado por el contratista. **3.3.** No podría ordenarse, bajo la forma de prestación adicional, que el expediente técnico contemple prestaciones que modifiquen el alcance de la obra de tal manera que se afecte el monto ofertado por el postor para su ejecución, pues ello evidenciaría una deficiente determinación del requerimiento, lo cual iría en contra del sistema de contratación de suma alzada, que obliga a que, antes de la convocatoria, las cantidades y las magnitudes de las prestaciones a ejecutar se encuentren totalmente definidas. **3.4.** En los procesos convocados a suma alzada, los postores deben formular una oferta técnica y económica que considere la totalidad de las actividades que involucraría la ejecución del contrato y, principalmente, un costo total y único por la ejecución de dichas actividades. **3.5.** Las fórmulas de reajuste se definen durante la elaboración del expediente técnico. **3.6.** Durante la ejecución



del contrato, los precios se reajustan considerando la fecha del presupuesto base que forma parte del expediente técnico. (Opinión N.º 009-2010/DTN, de 29-01-2010, ff. 2.1-2.4 y 3.1-3.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Raj94T>).

Artículo 37: Contrataciones por paquete

37.1. La Entidad puede efectuar contrataciones por paquete, agrupando en el objeto de la contratación, varios bienes, servicios en general o consultorías distintas pero vinculados entre sí, considerando que la contratación conjunta es más eficiente que efectuar contrataciones separadas.

37.2. También puede contratar por paquete la ejecución de obras de similar naturaleza cuya contratación en conjunto resulte más eficiente para el Estado en términos de calidad, precio y oportunidad frente a la contratación independiente. En este caso, la Entidad suscribe un contrato por cada obra incluida en el paquete.

37.3. Puede convocarse procedimientos de selección por paquete para la elaboración de los estudios de preinversión de proyectos de inversión pública, así como la elaboración de dichos estudios y del expediente técnico de obra, debiendo preverse en los términos de referencia que los resultados de cada nivel de estudio sean considerados en los niveles siguientes.

DEFINICIONES

PAQUETE: Conjunto de bienes, servicios en general o consultorías distintas pero vinculados entre sí, o de obras de naturaleza similar.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1126. Una Entidad puede contratar por paquete la elaboración de los estudios de preinversión y del expediente técnico de obra si considera que la contratación conjunta es más eficiente que efectuar contrataciones separadas. 2.2. [...] Como se aprecia, una Entidad puede contratar por paquete la elaboración de los estudios de preinversión y del expediente técnico de obra si considera que la contratación conjunta es más eficiente que efectuar contrataciones separadas. 2.3. Abundando en lo anterior, debe precisarse que la elaboración de cada uno de los estudios de preinversión y del expediente técnico de obra constituyen un conjunto de prestaciones, distintas entre sí, y de ejecución sucesiva, pues es necesaria la elaboración y aprobación del estudio de perfil para poder delimitar el alcance del estudio de prefactibilidad; la elaboración y aprobación del estudio de prefactibilidad para poder determinar el alcance del estudio de factibilidad; la elaboración y aprobación del estudio de factibilidad para que –luego de declarada la viabilidad del proyecto de inversión pública– se pueda elaborar el expediente técnico de obra. Asimismo, es importante señalar que las prestaciones detalladas en el párrafo anterior, dado su carácter independiente y sucesivo, presentan plazos de ejecución independientes, los mismos que deben encontrarse detallados en el respectivo contrato. De esta manera, la contratación por paquete para la elaboración de los estudios de preinversión (perfil, prefactibilidad y factibilidad) y del expediente técnico de una obra implica la ejecución de un conjunto de prestaciones, distintas entre sí, de ejecución sucesiva y que presentan plazos de ejecución independientes para cada una de ellas; por lo que este tipo de contratación puede asimilarse a lo que en la doctrina civil se denomina como “contratos coligados o conexos”, los cuales “(...) son los constituidos por la yuxtaposición de varios contratos, distintos entre sí, que se unen para alcanzar una finalidad determinada.” (Opinión N.º 047-2015/DTN, de 06-04-2015, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SdfyU5>).

§ 1127. En la contratación por paquete para la elaboración de la ficha técnica o los estudios de preinversión respectivos y del expediente técnico de obra, la única penalidad por mora se aplica cuando el contratista incurre en retraso injustificado en el cumplimiento de alguna de las referidas prestaciones y no cuando se aprecia un atraso en la presentación de los informes sobre los avances en la ejecución de estas. 2.1 *¿Es correcto aplicar penalidad por mora en casos de incumplimiento en la*

entrega de los informes de avance dentro de los plazos establecidos por la entidad en los casos que se contrate consultorías que tienen por objeto la elaboración de los estudios de pre inversión (perfil, pre factibilidad y factibilidad) y del expediente técnico de obra, cuando la Entidad ha considerado un plazo de entrega y un porcentaje de pago por cada uno de los informes de avance?”. 2.1.1. En primer lugar, debe señalarse que mediante el proceso de selección por paquete, la Entidad agrupa la contratación de varios bienes, servicios en general o consultorías distintos pero vinculados entre sí, pues considera que la contratación conjunta es más eficiente que efectuar contrataciones separadas. Así, el tercer párrafo del artículo 16 del Reglamento [cfr. art. 37 del Nuevo Reglamento] establece que “Puede convocarse procedimientos de selección por paquete para la elaboración de los estudios de preinversión de inversión pública, así como la elaboración de dichos estudios y del expediente técnico y/o estudio definitivo, debiendo preverse en los términos de referencia que los resultados de cada nivel de estudio sean considerados en los niveles siguientes.” (El subrayado es agregado). [...] 2.1.2. Abundando en lo anterior, debe precisarse que la elaboración de la ficha técnica o los estudios de preinversión respectivos y del expediente técnico de obra constituyen un conjunto de prestaciones, distintas entre sí, y de ejecución sucesiva, pues es necesario que la ficha técnica o los estudios de preinversión correspondientes sean realizados de forma previa -y que a partir de su contenido se declare la viabilidad del proyecto de inversión- a efectos de elaborar el expediente técnico de obra. Asimismo, es importante señalar que las prestaciones detalladas en el párrafo anterior, dado su carácter independiente y sucesivo, presentan plazos de ejecución independientes, los mismos que deben encontrarse detallados en el respectivo contrato. [...] 2.1.3. [...] Por tanto, en las contrataciones por paquete para la elaboración de la ficha técnica o los estudios de preinversión respectivos y del expediente técnico de obra, las prestaciones involucradas, además de ser independientes y de ejecución sucesiva, son de ejecución única, en consecuencia, no constituyen “prestaciones parciales” derivadas de un contrato de ejecución periódica, pues, si bien se deben ejecutar varias prestaciones durante el plazo de ejecución del contrato, estas son distintas entre sí y tienen plazos de ejecución específicos para cada una de ellas. Así, el primer párrafo del artículo 133 del Reglamento [cfr. art. 162.1 del Nuevo Reglamento] establece que “En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso (...)” (El subrayado es agregado). Cabe precisar que la finalidad de este tipo de penalidad es desincentivar el incumplimiento del contratista, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato le hubiera causado. [...] 2.1.5 Ahora bien, en el segundo párrafo del artículo 133 del Reglamento [cfr. art. 162.2 del Nuevo Reglamento] se ha previsto la fórmula que debe utilizarse para calcular el monto de la penalidad diaria aplicable al contratista ante el retraso injustificado en la ejecución de sus prestaciones. Sobre el particular, debe señalarse que el tercer párrafo del citado artículo, al detallar los componentes de la referida fórmula, establece que “Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.” (El subrayado y resaltado son agregados). De esta manera, el monto y el plazo para el cálculo de la penalidad diaria pueden encontrarse referidos: (i) al contrato que debió ejecutarse; o (ii) a la prestación parcial materia de atraso. No obstante, considerando que la contratación por paquete bajo análisis implica la ejecución de un conjunto de prestaciones distintas entre sí, de ejecución sucesiva y que cuentan con plazo y montos independientes para cada una de ellas (la elaboración de la ficha técnica o los estudios de preinversión respectivos y la elaboración del expediente técnico de obra), el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato debe analizarse en función a cada una de las prestaciones involucradas; es decir, para el cálculo de la penalidad diaria deben emplearse el monto y plazo de la prestación materia de retraso y no el monto y plazo total de la contratación. En consecuencia, en la contratación por paquete para la elaboración de la ficha técnica o los estudios de preinversión respectivos y del expediente técnico de obra, la penalidad por mora se aplica y calcula en función a la prestación materia del retraso; de esta manera, para el cálculo de la penalidad diaria deben emplearse: (i) el monto y plazo correspondiente a la elaboración de la ficha técnica o de los estudios de preinversión; o, (ii) el monto y plazo de la elaboración del expediente técnico de obra, según corresponda. Ahora bien, es importante señalar que este Organismo Técnico Especializado, a través de la Opinión N.º 047-

2015/DTN, ha precisado que “*los atrasos en la presentación de informes sobre los avances en la ejecución de una prestación no constituyen un atraso que genere la aplicación de penalidad por mora pues esta se aplica al atraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato (...)*”. En tal sentido, en la contratación por paquete para la elaboración de la ficha técnica o los estudios de preinversión respectivos y del expediente técnico de obra, la penalidad por mora se aplica cuando el contratista incurre en retraso injustificado en el cumplimiento de alguna de las referidas prestaciones y no cuando se aprecia un atraso en la presentación de los informes sobre los avances en la ejecución de estas, ello independientemente de que la presentación de los referidos informes cuente -o no- con plazos y montos propios. (Opinión N.º 204-2017/DTN, de 15-09-2017, ff. 2.1, 2.1.1, 2.1.2, 2.1.3 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RK7kjb>).

§ 1129. Supervisión o Inspección en obras contratadas por paquete. En una decisión de gestión tomada en base a la complejidad y magnitud de las obras que integran el paquete, la Entidad puede decidir que un solo supervisor controle simultáneamente la ejecución de más de una obra del paquete. CONSULTA: “*En una obra de cualquier especialidad y de un valor referencial de más de S/. 7'945.360.00 (...), se ha convocado a una licitación pública por paquetes en la cada obra tiene un valor referencial de acuerdo al siguiente detalle: (...). Sin embargo por los montos que se ha convocado, se está proponiendo la contratación de Inspectores en vez de supervisores, pero existe la duda debido a el monto total del proyecto tiene un presupuesto mayor al monto establecido en la Ley de Presupuesto para el presente año fiscal, pero si se toma en cuenta lo dispuesto en la LCE Art 19º, (...) no se considera fraccionamiento a las contrataciones por etapas, (...), paquetes o lotes posibles en función a la naturaleza del objeto de la contratación o para propiciar la participación de las microempresas y de las pequeñas empresas en aquellos sectores económicos donde exista oferta competitiva. Si esta norma también está establecida para el contrato de Supervisión.*” **2.3.** [...] [D]ebe señalarse que, de conformidad con el sexto párrafo del artículo 19 del Reglamento [cfr. art. 37 del Nuevo Reglamento], una Entidad podía convocar un proceso de selección por paquete para la ejecución de obras de similar naturaleza cuando la contratación en conjunto resultaba más eficiente (en términos de calidad, precio y tiempo) que la contratación independiente. Asimismo, el referido párrafo señalaba que luego de otorgada la Buena Pro, las Entidades debían suscribir un contrato por cada obra incluida en el paquete. Esta disposición tenía por objeto que la ejecución de cada obra que formaba parte del paquete se realizara de manera independiente de las otras. De esta manera, considerando que toda obra debía contar con un inspector o con un supervisor de modo permanente y directo, la Entidad debía, como regla general, designar a un inspector o contratar a un supervisor para cada una de las obras que integraban el paquete, en función al valor referencial de cada una de ellas y no en función al valor referencial de todo el paquete. **2.4.** No obstante ello, es preciso señalar que en las obras convocadas por paquete, la participación permanente y directa del residente y del supervisor debía definirse por la Entidad en las Bases, en atención a la complejidad y magnitud de las obras a ejecutar. Así, en una decisión de gestión tomada en base a la complejidad y magnitud de las obras que integraban el paquete, la Entidad podía decidir que un solo supervisor controlara simultáneamente la ejecución de más de una obra del paquete, siempre que con ello no se perjudicara su adecuado control. Del mismo modo, la Entidad podía decidir que un inspector controlara simultáneamente la ejecución de más de una obra del paquete, siempre que no se afectara el adecuado control de la obra y que la suma sus valores referenciales no superase el monto a partir del cual la contratación de la supervisión era obligatoria. (Opinión N.º 039-2016/DTN, de 25-02-2016, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MgdGEP>).

§ 1130. Mecanismos especiales a través del cual la Entidad puede concentrar prestaciones de diferente tipo o naturaleza en una misma contratación. 2.1.1. [...] En coherencia con lo señalado, el Reglamento ha previsto mecanismos especiales a través de los cuales, la Entidad puede concentrar prestaciones de diferente tipo o naturaleza en una misma contratación, considerando, entre otros, los siguientes: **a) CONTRATACIÓN POR PAQUETE**, dicho mecanismo puede utilizarse para agrupar dentro de un mismo objeto contractual (i) varios bienes, servicios o consultorías de obra, distintos pero vinculados entre sí; o, (ii) la ejecución de obras de similar naturaleza; tomando en consideración que la contrata-

ción conjunta de tales prestaciones resulta más eficiente en términos de calidad, precio y tiempo que efectuar contrataciones por separado. A manera de ejemplo, se podría empaquetar en un mismo objeto contractual: camisas, pantalones, polos, entre otras prendas de vestir. **b) PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN SEGÚN RELACIÓN DE ÍTEMS**, mediante el cual, la Entidad, teniendo en consideración la viabilidad económica, técnica y/o administrativa de la contratación, puede convocar a través de un mismo procedimiento de selección la contratación de bienes, servicios en general, consultorías u obras distintos pero vinculadas entre sí, los cuales se agrupan, de acuerdo a su grado de vinculación, en diferentes ítems. De esta manera, cada ítem -que debe tener un monto individual mayor a ocho (8) UIT- pasa a constituir un procedimiento de selección independiente dentro del procedimiento de selección principal. A manera de ejemplo, se podría contratar mediante un procedimiento de selección según relación de ítems, diferentes tipos de medicamentos, en el que cada tipo de medicamento pase a constituir un ítem en particular. **c) CONTRATACIONES QUE PREVEAN PRESTACIONES ACCESORIAS**, mecanismo a través del cual la Entidad puede contratar bienes, servicios u obras que adicionalmente conlleven la ejecución de prestaciones accesorias a la principal. Así, podría contratarse, por ejemplo, la adquisición de un determinado bien sofisticado y preverse como prestación accesoria el servicio de capacitación para su correcto uso. (Opinión N.º 059-2017/DTN, de 23-02-2017, f. 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FHfdn6>).

§ 1131. Es posible convocar a un procedimiento de selección (licitación pública) por paquete, para la ejecución de varias obras de naturaleza similar, a través de la modalidad de concurso oferta (elaboración de expediente técnico y ejecución de obra. 3. CONCLUSIONES. 3.1. Para efectos de aplicar la modalidad de contratación a través del concurso oferta para la ejecución de obras por paquete se debe tener en cuenta que la contratación en conjunto resulte más eficiente para el Estado en términos de calidad, precio y tiempo frente a la contratación independiente y que las obras sean de similar naturaleza, aspectos que deben ser determinados y justificados por el área técnica especializada y competente de la entidad contratante, de acuerdo a sus normas de organización interna. **3.2.** A fin de usar la modalidad de concurso oferta en la ejecución de obras, deben cumplirse las condiciones establecidas en la Décimo Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento, como son: i) corresponda a alguna Entidad del Poder Ejecutivo; ii) sea aprobado exclusivamente mediante resolución del Titular de la Entidad; iii) se trate de la ejecución de obras de edificaciones que por su naturaleza corresponda utilizar el sistema a suma alzada; y, iv) el valor referencial de la obra sea superior a los S/. 10 000 000,00 (Diez millones de Soles). **3.3.** La contratación de obras por paquete admitiría que las referidas “unidades” o ítems sean obras bajo la modalidad de concurso oferta, es decir, que incluya la obligación de elaborar el expediente técnico y de ejecutar la obra, Asimismo, cada una de estos ítems debe poder ser contratado independientemente bajo la modalidad de concurso oferta, lo que implica necesariamente que cada uno deberá cumplir todos los requisitos y condiciones contenidos en la Décimo Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento. (Opinión N.º 192-2016/DTN, de 06-12-2016, ff. 3.1 al 3.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MoUvz>).

§ 1132. Si un único documento contractual contiene diversos ítems, el monto máximo para la ejecución de prestaciones adicionales para el caso de servicios corresponde al 25% del monto del contrato original, respecto de cada ítem considerado individualmente. Véase la jurisprudencia del artículo 34.3 de la Ley [§ 1132]. (Opinión N.º 065-2018/DTN, de 16-05-2018, ff. 2.2 al 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KEMGhy>).

§ 1133. En caso de pretender realizar una contratación de obras por paquete bajo la modalidad de concurso oferta, es necesario que cada unidad requerida cumpla con los requisitos previstos en la decimocuarta disposición complementaria final del Reglamento. Véase la jurisprudencia del artículo 36º del Nuevo Reglamento [§ 1110]. (Opinión N.º 048-2017/DTN, de 17-02-2017, f. 2.1, 2.1.6 y 2.1.7. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QzTFxx>).

§ 1134. La penalidad diaria se calcula en función a cada una de las prestaciones involucradas, por lo que tanto el monto como el plazo para el cálculo de dicha penalidad deben correspon-



der al monto y plazo de la prestación materia de retraso y no al monto y plazo total de la contratación. Véase la jurisprudencia del artículo 162° del Nuevo Reglamento [§ 1794]. (Opinión N.º 173-2015/D/TN, de 06-11-2015, ff. y 2.2 y 2.2.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TmNsmI>).

Artículo 38: Fórmulas de reajuste

38.1. En los casos de contratos de ejecución periódica o continuada de bienes, servicios en general, consultorías en general, pactados en moneda nacional, los documentos del procedimiento de selección pueden considerar fórmulas de reajuste de los pagos que corresponden al contratista, así como la oportunidad en la cual se hace efectivo el pago, conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, correspondiente al mes en que se efectúa el pago.

38.2. Cuando se trate de bienes o servicios donde se utilicen bienes sujetos a cotización internacional o cuyos precios estén influidos por esta, no se aplica la limitación del Índice de Precios al Consumidor a que se refiere el numeral precedente.

38.3. En el caso de contratos de obra pactados en moneda nacional, los documentos del procedimiento de selección establecen las fórmulas de reajuste. Las valorizaciones que se efectúen a precios originales del contrato y sus ampliaciones son ajustadas multiplicándolas por el respectivo coeficiente de reajuste "K" que se obtenga de aplicar en la fórmula o fórmulas polinómicas, los Índices Unificados de Precios de la Construcción que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, correspondiente al mes en que debe ser pagada la valorización. Una vez publicados los índices correspondientes al mes en que debió efectuarse el pago, se realizan las regularizaciones necesarias.

38.4. Tanto la elaboración como la aplicación de las fórmulas polinómicas se sujetan a lo dispuesto en el Decreto Supremo N.º 011-79-VC y sus normas modificatorias, ampliatorias y complementarias.

38.5. En el caso de contratos de consultoría de obras pactados en moneda nacional, los pagos se sujetan a reajuste por aplicación de fórmulas monómicas o polinómicas, según corresponda, las cuales se prevén en los documentos del procedimiento de selección. Para tal efecto, el consultor calcula y consigna en sus facturas el monto resultante de la aplicación de dichas fórmulas, cuyas variaciones son mensuales, hasta la fecha de pago prevista en el contrato respectivo, utilizando los Índices de Precios al Consumidor publicados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI a la fecha de facturación. Una vez publicados los índices correspondientes al mes en que debió efectuarse el pago, se realizan las regularizaciones necesarias.

38.6. No son de aplicación las fórmulas de reajuste cuando los documentos del procedimiento de selección establezcan que las ofertas se expresen en moneda extranjera, salvo el caso de los bienes sujetos a cotización internacional o cuyo precio esté influido por esta.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1135. Cuando se aprecie una variación en el valor de los elementos representativos que intervienen en la ejecución de una obra en moneda nacional, la Entidad debe efectuar el reajuste de precios independientemente de si la obra fue contratada bajo el sistema a suma alzada o bajo cualquier otro de los sistemas de contratación aplicables. CONSULTA: 2.1. *“¿Es procedente que en las obras bajo el sistema de Suma Alzada no se reconozcan los reajustes de precio invocando la naturaleza jurídica de este sistema de contrataciones la de invariabilidad del precio pactado según artículo 14 numeral 1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado?”*. [...] 2.1.3. [...] [El] empleo del sistema a suma alzada implica que la invariabilidad del precio tenga vigencia ante una eventual variación de las cantidades, magnitudes y calidades consignadas en el expediente técnico de obra; de esta manera, la naturaleza del referido sistema de contratación determina que el contratista asuma el riesgo de mantener el precio ofer-

tado aun cuando los metrados que deben ser ejecutados resulten mayores a los inicialmente previstos, pero en ningún caso ello implica que la Entidad deba inobservar el reajuste a que se refiere el numeral 17.2 del artículo 17 del Reglamento [cfr. art. 38.3 del Nuevo Reglamento]. Así, la naturaleza del sistema a suma alzada no habilita a la Entidad a desconocer la variación en el valor original de los elementos representativos que intervienen en la ejecución de la obra, desde el momento en que se contrajo la obligación, pues ello implicaría un quebrantamiento del equilibrio de las prestaciones de las partes, el cual debe ser restablecido a través del reajuste correspondiente. Es en ese sentido que, este Organismo Técnico Especializado ha señalado, previamente, que “(...) la normativa de contrataciones del Estado no establece que el reajuste de las valorizaciones resulta aplicable solo a las obras que se ejecuten bajo un sistema de contratación en particular; por tanto -en los casos que corresponda- se debe calcular el reajuste de cada valorización a efectos de actualizar el valor de los elementos que intervienen en la ejecución de una obra y de evitar la afectación del equilibrio económico del contrato, independientemente del sistema de contratación que haya sido empleado.” [...]. De esta manera, cuando se aprecie una variación en el valor de los elementos representativos que intervienen en la ejecución de una obra en moneda nacional, la Entidad debe efectuar el reajuste de precios independientemente de si la obra fue contratada bajo el sistema a suma alzada o bajo cualquier otro de los sistemas de contratación aplicables. (Opinión N.º 179-2017/DTN, de 25-08-2017, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UAhzIz>).

§ 1136. Las fórmulas polinómicas de reajuste de precios contempladas en las bases integradas forman parte del contrato, aún si en este no se consigna expresamente tales formulas. CONSULTA: 2.3. “¿Si el contrato celebrado entre ambas partes no señala la aplicación de la fórmula de reajuste, pero hace referencia a los documentos que conformaron dicho contrato (bases integradas) donde se establece el uso y la forma de reajuste utilizar para las valorización y liquidaciones, la entidad debe aplicar la fórmula de reajuste?”. [...] 2.3.1. [...] [Es] importante precisar que el numeral 116.1 del artículo 116 del Reglamento [cfr. art. 138.1 del Nuevo Reglamento] establece que “El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.” [...]. De esta manera, las fórmulas polinómicas diseñadas para el reajuste de precios, al encontrarse contempladas en los documentos del procedimiento de selección que establecen reglas definitivas (bases integradas en el caso de obras) forman parte del contrato. En tal sentido, debe reiterarse que la normativa de contrataciones del Estado establece que la Entidad debe efectuar el reajuste de las valorizaciones que se formulan durante la ejecución de la obra, para lo cual, deben emplearse las fórmulas polinómicas contempladas en las Bases Integradas, las mismas que forman parte del contenido del contrato (Opinión N.º 179-2017/DTN, de 25-08-2017, ff. 2.3 y 2.3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UAhzIz>).

§ 1137. En la fórmula polinómica, los materiales o insumos utilizados para la ejecución de una obra pueden verse agrupados en el índice de consumo más representativo o ser empleados para obtener un promedio ponderado. CONSULTA: 2.4. “¿Las formulas polinómicas de reajuste de precios deben contener necesariamente todos los índices unificados que por su naturaleza le comprende a todos los elementos necesarios para la ejecución de la obra? (Aquí y en lo que sigue entiéndase como ‘elementos’ los recursos necesarios para ejecutar la obra como son materiales, equipos mano de obra, etc.)” [...] 2.4.2. [...] De esta manera, en la elaboración de la fórmula polinómica debe considerarse el índice de precio que corresponda a cada recurso de la obra (mano de obra, materiales, equipos, gastos generales, etc.) a efectos que su aplicación pueda reflejar adecuadamente la variación de precios que se aprecie en el mercado; no obstante ello, existen casos como el de los materiales e insumos, en los que, considerando la amplia variedad de materiales e insumos que intervienen en la ejecución de una obra, el monomio correspondiente puede considerar el índice del insumo más representativo o puede consignar el promedio ponderado de los índices de hasta tres (3) insumos como máximo; por lo tanto, no todos los índices de los materiales e insumos utilizados en la ejecución de una obra se encontrarán expresamente señalados en la fórmula polinómica, si no que pueden verse agrupados en el índice del insumo más representativo o ser

empleados para obtener un promedio ponderado. (Opinión N.º 018-2017/DTN, de 31-11-2017, ff. 2.4. y 2.4.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RBUxON>).

§ 1138. En contratos de servicios de tracto sucesivo o de ejecución periódica o continuada, cuya ejecución implique prestaciones de distinta naturaleza (bienes, servicios propiamente dichos y obras), en los cuales se requiere de diversos elementos o insumos para el cumplimiento de sus obligaciones, similares a los requeridos para la ejecución de una obra, se puede reajustar los precios con una fórmula de reajuste que utilice los Índices Unificados de Precios de la Construcción.

3. CONCLUSIONES. 3.1. Cuando una Entidad decidía incluir fórmulas de reajuste en las Bases para la contratación de servicios debía actualizar el precio de las prestaciones pactadas de conformidad con la variación del Índice de Precios al Consumidor. **3.2.** Considerando que los contratos bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado podían requerir –de manera excepcional y con el sustento correspondiente– la ejecución de prestaciones de diferente naturaleza y que a las prestaciones de este tipo de contratos se le debían aplicar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que eran compatibles con su naturaleza, debía concluirse que únicamente las prestaciones de obra incluidas en contratos de servicios podían ejecutarse conforme con las disposiciones establecidas para la ejecución de una obra. Para ello era un requisito necesario que dichas prestaciones estuvieran claramente diferenciadas o identificadas para poder aplicarles las disposiciones de obra correspondientes; asimismo, debía incorporarse el expediente técnico respectivo, la inspección o supervisión de obra y cumplir con los procedimientos y condiciones que garanticen la adecuada ejecución de las prestaciones de obra. **3.3.** Siempre que las prestaciones de obra estuvieran claramente diferenciadas de las de servicio, un contrato de servicios podía incluir, excepcionalmente, fórmulas de reajuste que utilizaran los Índices Unificados de Precios de la Construcción para reajustar únicamente aquellas prestaciones de obra requeridas para su ejecución. (Opinión N.º 140-2016/DTN, de 25-08-2016, ff. 3.1 al 3.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BXvMB7>).

§ 1139. No puede aplicarse fórmulas de reajuste de precios por prestaciones que ya cuentan con conformidad y pago. CONSULTA: “*Si el Contrato establece el derecho -obligación a las partes de solicitar reajuste de precios, y este derecho-obligación NO fue ejercido en su debida oportunidad, la Entidad dio conformidad y pago por el suministro mensual, ¿puede la Entidad reajustar los precios a su favor luego de dar conformidad y haber pagado?*” **2.3.** De esta forma, tratándose de un contrato de tracto sucesivo o de ejecución periódica o continuada de bienes o servicios que contempla la posibilidad de aplicar fórmulas de reajuste en sus pagos, se entiende que los reajustes deben efectuarse durante la vigencia del contrato, y en la oportunidad en que se hará efectivo el pago correspondiente por la prestación. Consecuentemente, no pueden aplicarse fórmulas de reajuste de precios por prestaciones que ya cuentan con conformidad y pago. (Opinión N.º 033-2016/DTN, de 22-02-2016, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LbhmqS>).

§ 1140. La fecha correcta del valor referencial a tener en cuenta para el cálculo del reajuste con fórmula polinómica es la consignada en el expediente técnico. CONSULTA: “*¿Cuál debe ser la fecha correcta del valor referencial a tener en cuenta para el cálculo del reajuste con fórmula polinómica, si es de las bases o el del expediente técnico?* (...)” [...] **3. CONCLUSIÓN:** A efectos de aplicar la fórmula polinómica y efectuar el reajuste que contempla la normativa de contrataciones del Estado, es necesario identificar los índices unificados de precios que estuvieron vigentes al momento de la elaboración del presupuesto, para lo cual debe considerarse la fecha de determinación del presupuesto de obra consignada en el expediente técnico. (Opinión N.º 058-2016/DTN, de 13-04-2016, f. 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BbRlDo>).

§ 1141. La inclusión de fórmulas de reajuste en una determinada contratación es una facultad que corresponde a cada Entidad, motivo por el cual no es de obligatoria observación su consignación en las bases. 2.1.3. [...] Dicho lo anterior, debe señalarse que el numeral 1) del artículo 49 del Reglamento [cfr. art. 38.1 del Nuevo Reglamento] permite que en los contratos de ejecución periódica o ejecución continuada se establezcan fórmulas de reajuste, con la finalidad de cubrir la variación del

precio de las prestaciones pactadas, producto de la distribución de la ejecución de dichas prestaciones en el tiempo. En este punto debe resaltarse que la inclusión de las fórmulas de reajuste en una determinada contratación es una facultad que corresponde a cada Entidad, y por tanto, no es obligatorio sean incluidas en las Bases del proceso de selección. Así, la previsión de fórmulas de reajuste en las Bases permitirá que durante la ejecución contractual se mantenga una adecuada relación de equivalencia entre las prestaciones ejecutadas por el contratista y el pago que la Entidad debe realizar por éstas. De esta forma, corresponde a cada Entidad determinar si en las contrataciones de bienes o servicios, que darán origen a contratos de ejecución periódica o continuada, resulta necesario o no considerar fórmulas de reajuste en las Bases, a efectos de cubrir una posible variación de precios durante la ejecución contractual. (Opinión N.º 147-2015/DTN, de 16-09-2015, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Tjwx4F>).

§ 1142. Las fórmulas de reajuste podrán ser aplicados siempre que en las Bases o en el contrato se haya previsto tal posibilidad. Se consideran bienes sujetos a cotización internacional o que su precio se encuentra influido por ésta a aquellos bienes transables que se cotizan a nivel internacional en bolsas de productos, y sus derivados hasta el tercer nivel de producción. 3. CONCLUSIONES:

3.1. En los contratos de bienes de ejecución periódica o continuada, pactados en moneda nacional, podrá aplicarse fórmulas de reajustarse a los pagos al contratista, siempre que en las Bases o en el contrato se haya previsto tal posibilidad. Dicho reajuste tendrá como límite la variación del Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, correspondiente al mes en que debe efectuarse el pago. Asimismo, en las contrataciones de bienes sujetos a cotización internacional o cuyo precio esté influido por ésta, el reajuste de los pagos al contratista puede ser superior a la variación del Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI. Se consideran bienes sujetos a cotización internacional o que su precio se encuentra influido por ésta a aquellos bienes transables que se cotizan a nivel internacional en bolsas de productos, y sus derivados hasta el tercer nivel de producción. Este reajuste presupone un contrato de ejecución periódica o continuada, en el que la distribución de la ejecución de las prestaciones en el tiempo pueda determinar la variación del precio pactado. Igualmente, presupone que en las Bases o en el contrato se haya previsto la posibilidad de realizar el reajuste. Cuando se trate de una contratación de bienes sujetos a cotización internacional o cuyo precio esté influido por ésta, en la que la propuesta fue expresada en moneda extranjera por requerimiento de las Bases, también podrá reajustarse los pagos al contratista. (Opinión N.º 007-2011/DTN, de 03-01-2011, f. 3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UmA3LG>).

§ 1143. Alcances del término “bienes sujetos a cotización internacional o que su precio está influido por ésta”. 2.1.2. [...] [La] Subdirección de Estudios Económicos y de Mercado del OSCE ha realizado el estudio *Bienes sujetos a cotización internacional o que su precio está influido por ésta ¿Cuáles son o como delimitarlos?*, en el que establece los criterios para determinar cuáles son los bienes que se encuentran sujetos a cotización internacional o que su precio está influido por ésta. En el punto 2.3 del referido estudio se señala que los bienes sujetos a cotización internacional son *“bienes transables, cuya estructura de costos se ve afectada por precios internacionales que se forman producto de las volatilidades de los mercados globales de commodities. No siempre se puede concretar su comercialización entre mercados de distintas naciones, pero la naturaleza de estos bienes permite la libre transacción en las economías internas para que sobre todo las necesidades básicas sean cubiertas.”* (El subrayado es agregado). Asimismo, en el punto 2.4 del estudio, respecto de los bienes transables, se precisa que *“Estos bienes pueden, a su vez, ser insumos de procesos productivos con mayor nivel de industrialización y/o sofisticación, lo que introduce volatilidades en los precios en distintos momentos del tiempo para conseguir como resultado, precios exactos de los productos finales.”* En esa medida, en el punto 3.1 del estudio se indica que *“Para determinar hasta qué punto el precio de un bien está sujeto a cotización internacional o influenciada por éste, se tiene que definir en qué consisten sus respectivos procesos de producción. Esto, debido a que la estructura de costos es el centro de la cotización y está directamente vinculada con los insumos y los procesos de producción utilizados para elaborar los bienes transables”*, identificándose los niveles de procesos de producción que a continuación se deta-



llan, y precisándose que “hasta el nivel 3, estos bienes transables están sujetos a cotización internacional o sus precios influidos por este”: (i) Commodities: “todo aquel bien básico, materia prima, o producto genérico, que se puede transar por medio del trueque o la compra y/o venta; lo cual genera un mercado en particular (oferta y demanda) de dicho producto”; (ii) Derivados del proceso de producción: “se generan durante la producción conjunta de una materia prima (commodity) con otros productos intermedios, estos bienes resultantes no se pueden dejar de producir y corresponden a excedentes del bien en transformación para su uso comercial”; (iii) Derivados del commodity: “que no solo se produce por la nueva transformación de una materia prima, ya esté procesada o no; sino que también indica, en sus oscilaciones de oferta y demanda (y, por lo tanto, de sus precios), alta dependencia del comportamiento del bien básico del cual deriva para determinar el comportamiento de sus precios en los mercados”; (iv) Productos manufacturados: “se generan por medio de un proceso industrial sofisticado (ya sea sobre una materia prima y/o un producto semielaborado), para poder obtener un bien acabado que ha perdido en gran mayoría sus características iniciales, dando origen a un producto diferenciado y con mayor valor agregado.” Finalmente, en el punto 4) del estudio se concluyó que “(...) a fin de delimitar cuáles serían los bienes sujetos a cotización internacional, con el fin de aplicar lo dispuesto en el artículo 49° del RLCE [cfr. art. 38 del Nuevo Reglamento], se propone utilizar, como base, la relación de productos (commodities) que se comercializan a través de las diferentes Bolsas de Productos del mundo”, y a partir de este listado incluir los productos derivados “hasta el nivel 3”, pues “(...) si bien los bienes transables en cuya elaboración depende de una materia prima que se cotiza en mercados internacionales, están sujetos a cotización internacional, conforme se incrementa el nivel o fase de producción, esta influencia es más débil, debido a que se pierde la mayoría de las características iniciales.” (Opinión N.º 007-2011/DTN, de 03-01-2011, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UmA3LG>).

§ 1144. El reajuste podrá realizarse en cada uno de los pagos que se efectúen al contratista. En caso los índices de precios o la cotización internacional correspondientes a la fecha de pago disminuyen en relación con el precio pactado, la entidad tendrá el derecho de pagar solamente el monto que represente el valor real de las prestaciones. 3.2. El reajuste podrá realizarse en cada uno de los pagos que se efectúen al contratista, siempre que se haya verificado una variación en el precio pactado y se cumplan las condiciones establecidas en [...] [el] Reglamento. 3.3. Si los índices de precios o la cotización internacional correspondientes a la fecha de pago aumentan en relación con el precio pactado, el contratista tiene derecho a que se le pague un mayor monto para poder cubrir el aumento del valor de la prestación. Dicho equilibrio también debe mantenerse en la situación contraria, esto es, cuando los índices de precios o la cotización internacional correspondientes a la fecha de pago disminuyen en relación con el precio pactado, por lo que en esta situación la Entidad tendrá el derecho de pagar solamente el monto que represente el valor real de las prestaciones. (Opinión N.º 007-2011/DTN, de 03-01-2011, ff. 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UmA3LG>).

§ 1145. Si en un contrato de servicios se hubiesen pactado la ejecución de ciertas prestaciones de obra, debidamente diferenciadas, podría incluirse fórmulas de reajuste relativo a contratos de obra, solo para aquellas obras que sean compatibles con tal naturaleza. CONCLUSIONES: 3.1. Las fórmulas de reajuste calculadas conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI, eran aplicables a los contratos de servicios -o bienes- de tracto sucesivo, ejecución periódica o continuada, pactados en moneda nacional; debiendo precisarse que correspondía a la Entidad determinar, previamente, si el objeto de un contrato de servicios de conservación vial correspondía a la prestación de servicios en general, o si de acuerdo a las actividades o trabajos requeridos, estos podían catalogarse como obras; a efectos de establecer adecuadamente las fórmulas de reajuste respectivas. 3.2. Los contratos bajo el ámbito de la anterior normativa de contrataciones del Estado -vigente en el año 2011- podían incluir, de manera excepcional y con el sustento correspondiente, la ejecución de prestaciones de diferente naturaleza, a las cuales se les debían aplicar las disposiciones que eran compatibles de acuerdo a su propia naturaleza; precisándose que las prestaciones de obra incluidas en contratos de servicios podían ejecutarse conforme con las disposiciones establecidas para la ejecución obras, siempre que, para tal efecto, dichas prestaciones hubieran sido claramente diferenciadas o identificadas en las Bases para poder aplicarles las disposiciones

de obra correspondientes. **3.3.** Si un contrato de servicios - de tracto sucesivo o de ejecución periódica o continuada, pactado en moneda nacional- implicaba la ejecución de prestaciones de obra, y siempre que estas últimas hubieran sido claramente diferenciadas de las de servicios, en las Bases; dicho contrato podía incluir, excepcionalmente, fórmulas de reajuste que utilizaran los Índices Unificados de Precios de la Construcción para reajustar, únicamente, aquellas prestaciones de obra requeridas para su ejecución. (Opinión N.º 004-2017/DTN, de 04-01-2017, ff. 3.1 al 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FU44jD>).

§ 1146. En la ejecución de una obra bajo el sistema de precios unitarios, para valorizar los mayores metrados ejecutados, correspondía emplear la fórmula de reajuste que se utilizaba para el resto de valorizaciones en el marco de la ejecución contractual. Véase la jurisprudencia del artículo 35.b del Nuevo Reglamento [§ 1087]. (Opinión N.º 143-2018/DTN, de 11-09-2018, ff. 2.5 y 2.5.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PbkrYy>).

Artículo 39: Relación de ítems, lotes o tramos

39.1. La Entidad puede realizar un procedimiento de selección según relación de ítems para contratar bienes, servicios en general, consultorías u obras distintas pero vinculadas entre sí con montos individuales superiores a ocho (8) UIT, siempre que el órgano encargado de las contrataciones determine la viabilidad económica, técnica y/o administrativa de dicha posibilidad. Cada ítem constituye un procedimiento independiente dentro de un procedimiento principal al que se le aplica las reglas correspondientes al principal, con las excepciones previstas en el Reglamento.

39.2. La Entidad puede efectuar contrataciones por lotes o tramos.

DEFINICIONES

LOTE: Conjunto de bienes del mismo tipo.

TRAMO: Parte de una obra que tiene utilidad por sí misma.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1147. El comité de Selección debe especificar en las bases, de manera indubitable, si el procedimiento de selección será convocado por relación de ítems, de lo contrario incurriría en causal de nulidad. Aun cuando en el resumen ejecutivo y en el SEACE se registró que el procedimiento de selección fue convocado por relación de ítems, esta debe guardar relación con el contenido de las bases. 7. En ese sentido, es pertinente traer a “colación lo establecido en el artículo 18 del Reglamento [cfr. art. 39 del Nuevo Reglamento], por el cual una Entidad puede convocar un procedimiento de selección según relación de ítems para contratar bienes servicios en general, consultorías u obras distintas pero vinculadas entre sí con montos individuales superiores a las ocho Unidades Impositivas Tributarias (8 UIT); precisándose que cada ítem constituye un procedimiento independiente dentro de un procedimiento principal al que se le aplica las reglas correspondientes al principal, con las excepciones previstas en dicho cuerpo normativo. Adicionalmente, en las “Bases Estándar del Concurso Público para la Contratación de Servicios en General” elaboradas por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, se estableció lo siguiente: “**3.1. TÉRMINOS DE REFERENCIA.** Aquí debe señalarse la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, y las condiciones en las que debe ejecutarse la contratación, en estricta concordancia con el expediente de contratación (...) **IMPORTANTE: Indicar si se trata de una contratación por ítems o paquetes, en cuyo caso debe detallarse dicha información.** [...] **8.** Bajo esa premisa, y considerando que de acuerdo al artículo 26 del Reglamento [cfr. art. 47 del Nuevo Reglamento], el Comité de Selección elabora los documentos del procedimiento de selección a su cargo, utilizando obligatoriamente los documentos estándar que aprueba el OSCE; resulta entonces, que en

caso de convocarse un procedimiento de selección según relación de ítems, debe especificarse en las bases integradas dicha modalidad a efectos que los postores adopten las previsiones necesarias al presentar sus ofertas al referido procedimiento. **9.** Ahora bien, de la revisión de las bases integradas este Colegiado advierte que no se precisó si el procedimiento de selección era convocado por relación de ítems, pues si bien en el Anexo N.º 5 se consignó la indicación: “En caso de procedimientos según relación de ítems, consignar lo siguiente” El postor debe presentar el precio de su oferta en documentos independientes, en los ítems que se presente”; lo cierto es que en los términos de referencia no se estableció de manera clara y precisa que el procedimiento se trataba de uno por relación de ítems, no habiéndose detallado dicha información, tal como se prevé en las bases estandarizadas. Nótese, además, que en el referido anexo se señala expresamente “En caso se trate de procedimientos según relación de ítems (...)”: de ahí que, para que los postores pudiesen comprender que se trataba de un procedimiento por relación de ítems, el Comité de Selección debió consignar dicha modalidad en los términos de referencia (como obligan las Bases Estándar antes referidas), pues solo así los postores habrían entendido que este procedimiento era por relación de ítems, y por ende hubiesen presentado sus ofertas económicas en documentos independientes; sin embargo, al no haberse consignado tal precisión, se dio lugar a que algunos postores interpreten que se trataba de un concurso público para la contratación de un servicio único. **10.** [...] En ese contexto, aun cuando en el resumen ejecutivo y en el SEACE se registró que el procedimiento de selección fue convocado por relación de ítems, dicha información registrada no guarda correspondencia con el contenido de las bases integradas. **11.** Bajo dicha premisa, en el caso concreto, se aprecia que existe una falta de determinación y precisión en las bases integradas, al no haberse consignado que el procedimiento de selección se trataba de uno por relación de ítems; circunstancia que no sólo generó confusión en el Impugnante al momento de presentar su oferta económica, sino también en los otros postores no admitidos por la forma en que presentaron sus ofertas económicas [...] Ello se ha producido a consecuencia de que el Comité de Selección, al elaborar las bases, no describió de manera clara y precisa que el procedimiento de selección era por relación de ítems. **12.** En ese orden de ideas, este Colegiado considera que el Comité de Selección no ha seguido las disposiciones establecidas en la normativa de contratación pública para los procedimientos de selección por relación de ítems, puesto que, al elaborar las bases, no precisó cada uno de los ítems del proceso de selección. **13.** Teniendo en cuenta lo expuesto, este Colegiado advierte que las bases adolecen de un vicio de nulidad, pues su contenido contraviene lo establecido en el artículo 26 del Reglamento [cfr. art. 47 del Nuevo Reglamento]. [...] (Resolución N.º 2368-2016-TCE-S4, de 06-10-2016, ff. 7 al 13. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2RopmX8>).

§ 1148. Si bien es posible que los postores que participen en un procedimiento de selección por relación de ítems, para la contratación de bienes, presenten un solo sobre para postular a más de un ítem, ello no es óbice o impedimento para que dicho postor decida presentar un sobre por cada ítem en el cual desee postular. **11.** [...] [D]ebe tenerse presente que un procedimiento de selección por relación de ítems implica la conglomeración de varios objetos contractuales en un mismo procedimiento, es decir, que cada ítem es independiente respecto del otro. **12.** [Este] Colegiado advierte que, si bien es posible que los postores que participan en un procedimiento de selección por relación de ítems, para la contratación de bienes, presenten un solo sobre para postular a más de un ítem, ello no es óbice o impedimento para que dicho postor decida presentar un sobre por cada ítem en el cual desee postular, bajo la premisa que cada uno es independiente [...]. **13.** [...] [R]esulta necesario indicar que, aun cuando resultara válida la interpretación del comité especial, en el sentido que solamente resultaba viable la presentación de un solo sobre que contenga la oferta para varios ítems, al menos debió validar la postulación a un ítem por parte del Impugnante, toda vez que ello se adecuaba al criterio adoptado durante la evaluación de ofertas (Resolución N.º 086-2017-TCE-S1, de 20-01-2017, ff. 11 al 13. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2GVsBR0>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1149. Cada ítem constituye una relación jurídica contractual independiente entre la Entidad y el proveedor ganador del respectivo ítem. CONSULTA: “En el caso de procedimientos de selección por

relación de ítems en el que un mismo proveedor resulte ganador en más de un ítem, y suscribe con la Entidad un solo contrato (documento) que contenga todos o varios de los ítems ganados: ¿Se debe entender que cada ítem constituye una relación contractual independientemente entre la Entidad y el contratista?”. [...] **2.2.** Sobre el particular, cabe indicar que el OSCE ha señalado en opiniones anteriores [Opinión N.º 059-2011/DTN] que “(...) en el proceso de selección según relación de ítems, cada ítem constituye un proceso menor dentro del proceso principal, por lo que, una vez consentido el otorgamiento de la buena pro, cada ítem dará origen a una relación jurídica independiente entre la Entidad y el proveedor ganador del respectivo ítem” (El subrayado es agregado). En esa medida, en el procedimiento de selección según relación de ítems, cada ítem constituye un procedimiento menor dentro del procedimiento principal, por lo que, una vez consentido el otorgamiento de la buena pro, cada ítem dará origen a una relación jurídica independiente entre la Entidad y el proveedor ganador del respectivo ítem, sin importar la cantidad de documentos contractuales que se hayan suscrito. Así, durante la ejecución contractual existirán tantos contratos como ítems hayan sido adjudicados. De lo señalado se desprende que independientemente de la cantidad de documentos contractuales que suscriba una Entidad con un proveedor adjudicado en más de un ítem en un procedimiento de selección, cada ítem constituye una relación jurídica contractual independiente. **2.3.** Ahora bien, de conformidad con lo indicado previamente al análisis realizado, a continuación, se brindará alcances generales respecto a las consecuencias de convocar un procedimiento de selección por relación de ítems. Al respecto, a manera de ejemplo, en aquellos casos en los cuales el proveedor fuera adjudicado con la buena pro de varios ítems de un mismo procedimiento de selección -considerando que cada ítem constituye una relación jurídica independiente- cada contratación mantiene autonomía en cuanto a las reglas aplicables para la formalización, gestión y culminación de contrato, así, la garantía de fiel cumplimiento que corresponde presentar para el perfeccionamiento del contrato -la cual debe cautelar el cumplimiento oportuno de las prestaciones que asume el contratista durante la ejecución contractual-, debe mantenerse vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista por el ítem objeto de la contratación, en el caso de bienes, servicios en general y consultorías en general, o hasta el consentimiento de la liquidación final por el ítem objeto de la contratación, en el caso de ejecución y consultoría de obras. Asimismo, en caso de incumplimiento de obligaciones de uno de los ítems adjudicados al proveedor, las consecuencias gravosas -como aplicación de penalidades, resolución del contrato y, eventualmente, de corresponder, la ejecución de las garantías- se generan sobre el ítem materia de incumplimiento, sin enervar la vigencia y continuidad de los demás ítems adjudicados, los que mantienen su independencia y autonomía. (Opinión N.º 073-2018/DTN, de 30-05-2018, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FJy8hM>).

§ 1150. Mecanismos especiales a través del cual la Entidad puede concentrar prestaciones de diferente tipo o naturaleza en una misma contratación (art. 29.8). Véase la jurisprudencia del artículo 37º del Nuevo Reglamento [§ 1130]. (Opinión N.º 059-2017/DTN, de 23-02-2017, f. 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FHfdn6>).

REMISIÓN

§ 1151. Sobre contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a 8 UIT. Véase también la jurisprudencia del artículo 5.1.a de la Ley [§ 267 ss.].

Artículo 40: Prohibición de fraccionamiento

40.1 El área usuaria, el órgano encargado de las contrataciones y/u otras dependencias de la Entidad cuya función esté relacionada con la correcta planificación de los recursos, son responsables por el incumplimiento de la prohibición de fraccionar, debiendo efectuarse en cada caso el deslinde de responsabilidad, cuando corresponda.

40.2. La contratación independiente de cada uno de los documentos que conforman el expediente técnico constituye fraccionamiento.

40.3. No se incurre en fraccionamiento cuando:

a) Se contraten bienes o servicios idénticos a los contratados anteriormente durante el mismo ejercicio fiscal, cuando la contratación completa no se pudo realizar en su oportunidad, debido a que no se contaba con los recursos disponibles suficientes para realizar dicha contratación completa, o surge una necesidad imprevisible adicional a la programada.

b) La contratación se efectúe a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, salvo en los casos que determine el OSCE a través de Directiva.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1152. Se incurre en fraccionamiento indebido si el área usuaria realiza un requerimiento individual por cada estudio y/o servicio que integra el expediente técnico de obra. CONSULTA: 2. “¿Se incurre en fraccionamiento establecido en la Ley de Contrataciones y su Reglamento, si es que el área usuaria realiza un requerimiento individual por cada estudio/servicio y se contrata de manera individual la realización de cada estudio/servicio del mismo expediente técnico?”. [...] 2.4. [...] [Cuando] se requiera la elaboración del expediente técnico de una obra, la Entidad debe convocar un procedimiento de selección a efectos de contratar a un consultor de obras que se encargue de formular -de manera conjunta- todos los documentos que integran el mencionado expediente. En consecuencia, la contratación individual de cada uno de los documentos del expediente técnico constituye un fraccionamiento prohibido por la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 150-2017/DTN, de 07-07-2017, ff. 2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2C3bhKp>).

§ 1153. No se configura una situación de fraccionamiento indebido en una situación en la cual se convoque a un proceso de selección sobre un objeto contractual programado y contratado con anterioridad, si la necesidad que motiva el procedimiento es nueva y no pudo ser prevista antes de la contratación ya efectuada. CONSULTA: 2.1. “¿Cuáles son los alcances del literal a) del Numeral 19.2 del artículo 19º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado cuando se refiere a una necesidad imprevisible a la programada?”. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. No se configura una situación de fraccionamiento indebido en una situación en la cual una necesidad nueva, cuyo objeto coincide con el objeto de una necesidad sí programada y contratada con anterioridad, que por su naturaleza y/o circunstancias que la originan no pudo ser prevista antes de la contratación ya efectuada, exige que deba realizarse una contratación sobre dicho objeto para que la Entidad pueda cumplir con la finalidad pública que pretende atender. 3.2. Es absoluta responsabilidad de la Entidad determinar y sustentar, en aplicación del literal a) del numeral 19.2 del artículo 19 del Reglamento [cfr. art. 40.3.a del Nuevo Reglamento], que la necesidad que pretende satisfacer, pese a coincidir con el objeto contractual de una necesidad sí programada y contratada con anterioridad, es nueva y exige la contratación de dicho objeto para poder cumplir con una determinada finalidad. (Opinión N.º 265-2017/DTN, de 26-12-2017, ff. 2.1, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PEB1Ad>).

§ 1154. El supuesto de exclusión de fraccionamiento contenido en el literal a) del numeral 40.3 del artículo 43 del Reglamento no puede ser aplicado a los contratos de obra. CONSULTA: 1.1. “¿El supuesto de exclusión de fraccionamiento por falta de recursos disponibles dispuesto en el numeral 19.2 del artículo 19 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 40.3.a del Nuevo Reglamento], puede aplicarse también para la ejecución parcial de un saldo de obra?”. 2.1.1. En primer lugar, debe indicarse que el numeral 19.1 del artículo 19 de la Ley establece que, “Es requisito para convocar un procedimiento de selección, bajo sanción de nulidad, contar con la certificación de crédito presupuestario, de conformidad con las reglas previstas en la normatividad del Sistema Nacional de Presupuesto Público, considerando, además y según corresponda, las reglas previstas en dicha normatividad para ejecuciones contractuales que superen el año fiscal.” (El subrayado es agregado). [...] En relación con lo expuesto, el numeral 19.2 del artículo 19 del Reglamento establece que no se incurre en prohibición de fraccionamiento cuando “Se contraten bienes o servicios idénticos a los contratados anteriormente durante el mismo ejercicio fiscal, cuando la contratación completa no se pudo realizar en su oportunidad, debido a que

no se contaba con los recursos disponibles suficientes para realizar dicha contratación completa, o surge una necesidad imprevisible adicional a la programada. (...). (El subrayado es agregado). Como se advierte, la normativa de contrataciones del Estado dispone que la realización de una pluralidad de contrataciones -en un mismo ejercicio fiscal- no implica fraccionamiento indebido, en la medida que la insuficiencia de recursos financieros no hubiera permitido la contratación integral en su momento; no obstante, de la redacción del numeral 19.2 del artículo 19 del Reglamento [cfr. art. 40.3.a del Nuevo Reglamento] se desprende que dicha excepción solo se extiende al caso de bienes y servicios, en consecuencia, no resulta de aplicación cuando se trate de la ejecución de obras. (Opinión N.º 248-2017/DTN, de 29-11-2017, ff. 1.1 y 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SUXGKB>).

§ 1155. No se configurará el fraccionamiento indebido si con posterioridad a la aprobación del PAC surge una necesidad extraordinaria que implique contratar un bien o servicio con características similares al de una contratación ya programada. CONSULTA: *“¿Se configuraría fraccionamiento de acuerdo a lo descrito en el artículo 19º de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 20 de la Ley vigente], cuándo luego de llevado a cabo un proceso de selección, por causas imprevisibles, sigue persistiendo la necesidad del mismo bien o servicio, y se requiere de una nueva modificación al PAC para satisfacer las necesidades?”* [...] **2.3.** Bajo esa óptica, es responsabilidad de la Entidad determinar si los objetos de contratación resultan idénticos de acuerdo a sus particularidades y, por tanto, deben ser convocados como un único proceso de selección a efectos de evitar un fraccionamiento, o si, por el contrario, existen elementos distintivos que hagan singular el objeto de cada contratación, a efectos de programarlos y contratarlos en procesos de selección independientes, supuesto en el cual no se configuraría fraccionamiento. Dicha evaluación debe practicarse por la Entidad tanto en la programación inicial para la aprobación del Plan Anual de Contrataciones, como con posterioridad a dicho momento, conforme se produzca la recepción de requerimientos no programados por las áreas usuarias de la Entidad. En virtud de lo expuesto, la prohibición de fraccionamiento está referida a contrataciones que han sido programadas en su debida oportunidad en el Plan Anual de Contrataciones de la Entidad; por lo que, si estando prevista la realización de un proceso de selección, y este no se lleva a cabo sino en forma directa o mediante procesos de selección menos rigurosos o más simples, dichos actos verificarían el fraccionamiento prohibido por la normativa. **2.4.** No obstante lo indicado, la propia normativa de contratación pública, en el artículo 20 del Reglamento [cfr. art. 40 del Nuevo Reglamento], reconoce determinados supuestos en los cuales no se configura el fraccionamiento prohibido por Ley. Así, [...] que no se configurará fraccionamiento cuando: *“Con posterioridad a la aprobación del Plan Anual de Contrataciones, surja una necesidad extraordinaria e imprevisible adicional a la programada, la cual deberá ser atendida en su integridad a través de una contratación, salvo que respecto de la contratación programada aún no se haya aprobado el Expediente de Contratación.”* De lo expuesto se desprende que, en el caso en que se hubiera aprobado el Expediente de Contratación no constituye fraccionamiento adquirir la diferencia mediante otro proceso de selección, siempre que sea producto de una necesidad extraordinaria e imprevisible y haya identidad con el objeto de la contratación programada, pudiendo implicar la modificación del Plan Anual de Contrataciones. Asimismo, cabe indicar que las contrataciones que se lleven a cabo con posterioridad al Plan Anual de Contrataciones deben revestir las características de necesidades extraordinarias e imprevisibles, de tal manera que la Entidad no hubiera podido prever dicha necesidad. [...] (Opinión N.º 034-2012/DTN, de 28-02-2012, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CZSP5D>).

§ 1156. La contratación individual de cada uno de los documentos que componen el Expediente Técnico de Obra constituye un fraccionamiento prohibido por la normativa de contrataciones del Estado. CONSULTA: *“En el caso de la necesidad de elaboración de un Expediente Técnico para obra, ¿pueden sus componentes: arquitectura, estructuras, sanitarias, eléctricas, y otras, contratarse individualmente como servicios generales?, ¿puede también ser contratado un servicio general para realizar el seguimiento y consolidación de los componentes contratados?, ¿lo descrito constituiría un fraccionamiento?, ¿debería contratarse la elaboración del expediente técnico en un único proceso de selección como consultoría?”*. [...] **CONCLUSIONES: 3.1.** En el marco de lo establecido por la normativa de contrataciones del Estado, la elaboración del Expediente Técnico de Obra debe ser contratada como una consultoría de obra, a tra-

vés de un Concurso Público o una Adjudicación Simplificada, según corresponda al valor referencial de la contratación y a los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público. 3.2. Cuando se requiera la elaboración de un Expediente Técnico de Obra, la Entidad debe convocar un procedimiento de selección a efectos de contratar a un consultor de obras, persona natural o jurídica, que se encargue de formular -de manera conjunta- todos los documentos que integran el mencionado Expediente; en consecuencia, la contratación individual de cada uno de los documentos que componen el Expediente Técnico de Obra constituye un fraccionamiento prohibido por la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 193-2017/DTN, de 06-09-2017, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2E1LQdj>).

§ 1157. **Diferencia entre bien similar y bien idéntico a efectos de determinar si se ha configurado un fraccionamiento.** CONSULTA: 2.2 *¿De qué manera se define un bien similar y uno idéntico?* De conformidad con lo indicado al absolver la consulta anterior, a efectos de determinar si se ha configurado un fraccionamiento, debe analizarse las características y condiciones de los bienes contratados. Para tal efecto, se consideran bienes “idénticos” a aquellos que compartan las mismas características, es decir, son iguales en todos sus aspectos, y por tanto, sujetos de ser contratados bajo las mismas condiciones. Cabe precisar, que las diferencias menores de apariencia- como por ejemplo: *talla, color, entre otras que se presenten de acuerdo a cada caso concreto-* no afectan la identidad de dichos bienes. Por su parte, se entenderá como bienes “similares” a aquellos que guarden semejanza o parecido, es decir, que compartan ciertas características esenciales, referidas a su naturaleza, uso, función, entre otras; siendo susceptibles de contratarse en forma conjunta. En ese sentido, es responsabilidad de cada Entidad determinar, para cada caso en concreto, si los bienes que se requieren contratar poseen características y/o condiciones idénticas o similares, a efectos de agruparlos correctamente dentro de un mismo objeto contractual, y esa forma, evitar la configuración de un fraccionamiento indebido. (Opinión N.º 001-2017/DTN, de 04-01-2017, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KKVRx5>).

§ 1158. **Definición de fraccionamiento indebido.** Véase la jurisprudencia del artículo 20º de la Ley [§ 466]. (Opinión N.º 039-2009/DTN, de 29-05-2009, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2M3ij4R>).

REMISIÓN

§ 1158a. **Sobre la prohibición de fraccionamiento.** Véase también la jurisprudencia del artículo 20º de la Ley [§ 466 ss.].

Artículo 41: Requisitos para convocar

41.1. Para convocar un procedimiento de selección, este corresponde estar incluido en el Plan Anual de Contrataciones, contar con el expediente de contratación aprobado, haber designado al comité de selección cuando corresponda, y contar con los documentos del procedimiento de selección aprobados que se publican con la convocatoria, de acuerdo a lo que establece el Reglamento.

41.2. Tratándose de procedimientos de selección para la ejecución de obras se requiere contar adicionalmente con el expediente técnico y la disponibilidad física del terreno, salvo que, por las características de la obra, se permita entregas parciales del terreno. En este caso, la Entidad adopta las medidas necesarias para asegurar la disponibilidad oportuna del terreno, a efecto de no generar mayores gastos por demoras en la entrega, bajo responsabilidad, salvo lo dispuesto en el numeral 146.2 del artículo 146. ^(a)

OPINIONES DEL OSCE

§ 1159. La Entidad puede entregar al contratista de manera excepcional y con el debido sustento técnico, el terreno con áreas no disponibles, garantizando la disposición de estas al momento que el contratista lo requiera según el calendario de avance de obra. [...] 3.3. Para considerar que

existe disponibilidad física del terreno debe ser posible entregarle al contratista la totalidad del terreno donde se ejecutará la obra; no obstante, es importante señalar que, dentro del alcance de una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad y en el marco de sus fines institucionales y competencias funcionales, una Entidad podrá entregar, en forma excepcional y con el correspondiente sustento técnico, el terreno con áreas no disponibles o de manera parcial, cuando las condiciones particulares de la obra lo requieran, siempre que con ello se garantice la oportuna ejecución de la obra y que las áreas de terreno pendientes de entrega o no disponibles al momento de iniciar la ejecución de la obra estarán a disposición del contratista en el momento que se requieran, según lo establecido en el calendario de avance de obra. (Opinión N.º 072-2016/DTN, de 11-05-2016, f. 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QXlBFG>).

§ 1160. La disponibilidad del terreno para ejecutar la obra debe ser “efectiva” y no “potencial”. La disponibilidad del terreno no implica necesariamente que la Entidad sea propietaria del terreno o de las áreas donde se ejecutará la obra. CONSULTA: [...] **2.1.2.** En este punto, es importante precisar que el carácter disponible del terreno implica que esté listo para usarse o utilizarse; es decir, que el contratista pueda ejecutar la obra libremente, sin que los propietarios, poseedores o terceros puedan impedir dicha ejecución. Para ello, no es indispensable que la Entidad sea propietaria del terreno o de las áreas donde se ejecutará la obra, sino que quienes sean titulares del poder jurídico que permite determinar u ordenar lo que debe hacerse u omitirse con el terreno, ceda, a través de un título válido, dicho poder a la Entidad. En esa medida, para considerar que el terreno está disponible será necesario que la Entidad cuente con un título jurídico válido para que, posteriormente, el contratista pueda ejecutar la obra. No es suficiente que, potencialmente, la Entidad tenga la capacidad de gestionar la expropiación de terrenos, o tenga el poder de imponer una servidumbre, o de llegar a un acuerdo con quienes sean titulares del poder jurídico que permite determinar u ordenar lo que debe hacerse u omitirse con el terreno donde se ejecutará la obra, sino que será necesario que el título jurídico, además de válido, tenga existencia; es decir, que se haya establecido o convenido la servidumbre, celebrado el contrato de compraventa, o expropiado el terreno, según corresponda. [...] CONCLUSIONES: [...] **3.2.** Las Entidades que requieren contratar la ejecución de obras bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado están obligadas a obtener las servidumbres que sean necesarias para la correcta ejecución de la obra, debiendo cumplir con dicha obligación con anterioridad a la convocatoria cuando ello sea necesario para conseguir la disponibilidad del terreno para la ejecución de la obra. (Opinión N.º 072-2016/DTN, de 11-05-2016, ff. 2.1.2 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QXlBFG>).

§ 1161. La disponibilidad del terreno y la aprobación del expediente de contratación son requisitos que deben ser cumplidos sin mediar ningún tipo de orden o secuencia necesario. CONSULTA: **1.1.** “¿El requisito contenido en el último párrafo del artículo 20º del Reglamento (...), de contar con la disponibilidad del terreno previamente a la convocatoria del proceso de selección para la ejecución de una obra, es un requisito que debe cumplirse previo a la aprobación del expediente de contratación?” [...] CONCLUSIONES: **3.3.** Si bien la aprobación del expediente de contratación y la disponibilidad física del terreno son condiciones que deben cumplirse antes de convocar un procedimiento de selección para la contratación de una obra, el artículo 20 del Reglamento [cfr. art. 41 del Nuevo Reglamento] no establece que dichos requisitos deban cumplirse siguiendo algún tipo de orden o secuencia, pues ello dependerá de las condiciones particulares del terreno y las características de la obra a ejecutar. (Opinión N.º 064-2016/DTN, de 02-05-2016, ff. 1.1 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2G9EiqL>).

§ 1162. La disponibilidad física del terreno sobre el cual se ejecutará la obra no implica necesariamente la transferencia de la propiedad. **2.1.1.** [...] [Este] Organismo Supervisor ha determinado que se cuenta con disponibilidad física del terreno sobre el que se ejecutará la obra, desde el momento en que la Entidad cuenta con poder legal suficiente para determinar u ordenar lo que debe hacerse u omitirse con dicho terreno, lo cual no implica, necesariamente, la transferencia de la propiedad. [...] (Opinión N.º 108-2013/DTN, de 16-12-2013, f. 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ce8Inw>).

§ 1163. El “título válido” que debe ostentar la entidad para poder disponer del terreno, está referido a aquel que le permite ejercer los derechos reales necesarios que le permitan disponer, determinar u ordenar que se lleven a cabo los trabajos correspondientes para la ejecución de obra. Véase la jurisprudencia del artículo 32.5 de la Ley [§ 560]. (Opinión N.º 168-2018/DTN, de 09-10-2018, ff. 2.1, 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PZKSWI>).

Artículo 42: Contenido del expediente de contratación

42.1. El órgano encargado de las contrataciones lleva un expediente del proceso de contratación, en el que se ordena, archiva y preserva la información que respalda las actuaciones realizadas desde la formulación del requerimiento del área usuaria hasta el cumplimiento total de las obligaciones derivadas del contrato, incluidas las incidencias del recurso de apelación y los medios de solución de controversias de la ejecución contractual, según corresponda.

42.2. Las demás dependencias de la Entidad facilitan información relevante para mantener el expediente completo.

42.3. El órgano encargado de las contrataciones es el responsable de remitir el expediente de contratación al funcionario competente para su aprobación, en forma previa a la convocatoria, de acuerdo a sus normas de organización interna. Para su aprobación, el expediente de contratación contiene:

a) El requerimiento, indicando si este se encuentra definido en una ficha de homologación, en el listado de bienes y servicios comunes, o en el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco;

b) La fórmula de reajuste, de ser el caso;

c) La declaratoria de viabilidad y verificación de viabilidad, cuando esta última exista, en el caso de contrataciones que forman parte de un proyecto de inversión pública;

d) En el caso de obras contratadas bajo la modalidad llave en mano que cuenten con equipamiento, las especificaciones técnicas de los equipos requeridos;

e) En el caso de ejecución de obras, el sustento de que procede efectuar la entrega parcial del terreno, de ser el caso;

f) El informe técnico de evaluación de software, conforme a la normativa de la materia, cuando corresponda;

g) El documento que aprueba el proceso de estandarización, cuando corresponda;

h) La indagación de mercado realizado, y su actualización cuando corresponda;

i) El valor referencial o valor estimado, según corresponda,

j) La opción de realizar la contratación por paquete, lote y tramo, cuando corresponda;

k) La certificación de crédito presupuestario y/o la previsión presupuestal, de acuerdo a la normativa vigente;

l) La determinación del procedimiento de selección, el sistema de contratación y, cuando corresponda, la modalidad de contratación con el sustento correspondiente;

m) El resumen ejecutivo, cuando corresponda; y,

n) Otra documentación necesaria conforme a la normativa que regula el objeto de la contratación.

42.4. Cuando un procedimiento de selección sea declarado desierto, la siguiente convocatoria requiere contar con una nueva aprobación del expediente de contratación, solo cuando el informe de evaluación de las razones que motivaron la declaratoria de desierto advierta que el requerimiento corresponde ser ajustado.

42.5. El órgano encargado de las contrataciones tiene a su cargo la custodia del expediente de contratación, salvo en el período en el que dicha custodia esté a cargo del comité de selección. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 004-2019-OSCE/CD, “Disposiciones sobre el contenido del resumen ejecutivo de las actuaciones preparatorias” (EP, 29-01-2019) [D-009].

OPINIONES DEL OSCE

§ 1164. Corresponde a cada Entidad determinar, en su ROF u otros documentos de gestión interna, el órgano que tiene como función realizar las gestiones propias del abastecimiento, y será dicho órgano el responsable de la custodia del Expediente de Contratación. CONSULTA: “¿En una entidad qué funcionario del órgano encargado de Contrataciones del Estado es el responsable de la custodia del expediente de contratación?”. 3.1. Corresponde a cada Entidad determinar, en su Reglamento de Organización y Funciones u otros documentos de organización y/o gestión interna, el órgano o unidad orgánica que tiene como función realizar las gestiones propias del abastecimiento de bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de los fines u objetivos de la Entidad, y será dicha dependencia el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad que asumirá la responsabilidad de la custodia del Expediente de Contratación. 3.2. Sin perjuicio de la asignación de responsabilidad a que se refiere el numeral 21.5 del artículo 21 del Reglamento [cfr. art. 42.5 del Nuevo Reglamento], corresponde a cada Entidad -a través de sus normas de organización interna- determinar las funciones del personal al interior de esta. (Opinión N.º 100-2018/DTN, de 27-06-2018, ff. 3.2 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zBCFNL>).

CAPÍTULO II ÓRGANOS A CARGO DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Artículo 43: Órgano a cargo del procedimiento de selección

43.1. El órgano a cargo de los procedimientos de selección se encarga de la preparación, conducción y realización del procedimiento de selección hasta su culminación. Los procedimientos de selección pueden estar a cargo de un comité de selección o del órgano encargado de las contrataciones.

43.2. Para la Licitación Pública, el Concurso Público y la Selección de Consultores Individuales, la Entidad designa un comité de selección para cada procedimiento. El órgano encargado de las contrataciones tiene a su cargo la Subasta Inversa Electrónica, la Adjudicación Simplificada para bienes, servicios en general y consultoría en general, la Comparación de Precios y la Contratación Directa. En la Subasta Inversa Electrónica y en la Adjudicación Simplificada la Entidad puede designar a un comité de selección o un comité de selección permanente, cuando lo considere necesario. Tratándose de obras y consultoría de obras siempre se designa un comité de selección.

43.3. Los órganos a cargo de los procedimientos de selección son competentes para preparar los documentos del procedimiento de selección, así como para adoptar las decisiones y realizar todo acto necesario para el desarrollo del procedimiento hasta su culminación, sin que puedan alterar, cambiar o modificar la información del expediente de contratación.

43.4. Las disposiciones señaladas en los numerales 46.4 y 46.5 del artículo 46 también son aplicables cuando el procedimiento de selección esté a cargo del órgano encargado de las contrataciones.

DEFINICIONES

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN: Es un procedimiento administrativo especial conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos administrativos, que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las Entidades del Estado van a celebrar un contrato para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías o la ejecución de una obra.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1165. La elaboración de las Bases se encuentra a cargo del comité de selección, el cual la fórmula de acuerdo al requerimiento hecho por el área usuaria. En este proceso los proveedores



no tienen participación directa. CONSULTA: 2.1. *¿Quién es el órgano responsable para la elaboración de bases de un proceso, y si dicho órgano puede decidir sobre los montos y condiciones de los adelantos directos establecidas en las bases? En ese mismo sentido ¿los postores de acuerdo a Ley y a su reglamento tienen alguna injerencia en la elaboración de las bases, sobre todo en el extremo de proponer o establecer las condiciones de los adelantos directos en las bases? [...]* 2.1.2. [...] [EI] artículo 24 de la anterior Ley [cfr. art. 43 del Nuevo Reglamento] establecía que en las licitaciones públicas -proceso empleado, entre otros, para la contratación de obras- la Entidad designaba a un Comité Especial, el cual estaría a cargo de elaborar las Bases, la organización, conducción y ejecución del proceso de selección hasta que la Buena Pro quedase consentida o administrativamente firme. [...] De lo expuesto hasta este punto, se aprecia que el Comité Especial tenía a su cargo la elaboración de las Bases del proceso de selección, las cuales podían contemplar la entrega de adelantos. Al respecto, debe precisarse que los proveedores no tenían participación directa en la elaboración de las Bases, ya que esta actividad se desarrollaba al interior de la Entidad. Ahora bien, si bien correspondía al Comité Especial la elaboración de las Bases del proceso de selección, debe tenerse en cuenta que dicha situación no significaba que el contenido de estas se encontrara sujeto a decisiones arbitrarias del Comité, sino que para su correcta formulación debían incluirse, obligatoriamente, las condiciones previstas en el requerimiento formulado por el área usuaria, conforme a las especificaciones técnicas, las posibilidades presupuestarias y demás condiciones que fueran necesarias de apreciar en el marco de la contratación a realizarse. De esta manera, la elaboración de las Bases se encontraba a cargo del Comité Especial; sin embargo, su correcta formulación debía involucrar las condiciones y características de la contratación previstas en el requerimiento y demás condiciones presupuestarias y técnicas que fueran necesarias de considerar en el marco de la contratación. (Opinión N.º 062-2018/DTN, de 11-05-2018, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2E2irkb>).

§ 1166. **El Comité de selección no tiene competencia alguna en otra fase del proceso de contratación que no sea la fase de selección.** 2.3. [...] El artículo 31 del anterior Reglamento [cfr. art. 43 del Nuevo Reglamento] indicaba que las competencias del Comité Especial, como órgano conductor del proceso de selección -desde el momento en que éste preparaba las Bases hasta la culminación del proceso de selección-, eran las siguientes: “1. Consultar los alcances de la información proporcionada en el Expediente de Contratación y sugerir, de ser el caso, las modificaciones que considere pertinentes. Cualquier modificación requerirá contar previamente con la conformidad del área usuaria (...). 2. Elaborar las Bases. 3. Convocar el proceso. 4. Absolver las consultas y observaciones. 5. Integrar las Bases. 6. Evaluar las propuestas. 7. Adjudicar la Buena Pro. 8. Declarar desierto. 9. Todo acto necesario para el desarrollo del proceso de selección hasta el consentimiento de la Buena Pro. (...)” (El resaltado es agregado). Como se aprecia, el Comité Especial contaba con facultades para actuar en el marco del desarrollo del proceso de selección, esto era: desde el momento en que era designado y procedía a elaborar las Bases, hasta el momento en que la buena pro quedaba consentida o administrativamente firme; en tal sentido, debe puntualizarse que el Comité Especial no contaba ni ejercía competencia alguna en otra fase del proceso de contratación, que no fuera la fase de selección. (Opinión N.º 138-2018/DTN, de 06-09-2018, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Rh7s9j>).

§ 1167. **El órgano encargado de las contrataciones o el comité de selección no pueden dejar de absolver las consultas y/u observaciones presentadas por los participantes que no emplearon el Anexo N.º 1 de la Directiva N.º 023-2016-OSCE/CD.** CONSULTA: 2.2. *“El uso del Anexo N.º 01 de la Directiva N.º 023-2016-OSCE/CD, por parte de los postores, para la presentación de consultas y observaciones ¿Es de obligatorio cumplimiento? (...)”* Al respecto, debe indicarse que, como se ha señalado al absolver la consulta anterior, la normativa de contrataciones del Estado, incluye las directivas emitidas por el OSCE que contienen disposiciones de aplicación obligatoria para el desarrollo, participación y ejecución en los procesos de contratación estatal. De esta manera, se desprende que los proveedores deben usar de forma obligatoria el Anexo N.º 1 de la Directiva N.º 023-2016-OSCE/CD [D-020]. No obstante, el órgano encargado de las contrataciones o el comité de selección no pueden dejar de absolver las consultas y/u observaciones presentadas por los participantes que no emplearon el Anexo N.º 1 de la mencionada directiva, tal como se expresó en el Comunicado N.º 004-2016-OSCE/DTN publica-

do en el mes de setiembre de 2016. (Opinión N.º 009-2017/DTN, de 12-01-2017, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UcqfET>).

§ 1168. El comité de selección no puede desestimar ni mucho menos modificar la oferta del postor que, contando con el beneficio de la exoneración del IGV, opte por no emplearlo y presente su oferta incluyendo el IGV, ya que dicha decisión solo compete al postor. CONSULTA: 2.1. “(...) ¿El Comité de Selección cuenta con competencia para verificar si un postor cumple o no con los requisitos contemplados en la Ley N.º 27037 y su Reglamento, y consecuentemente determinar si este goza del beneficio de la exoneración del IGV?” 2.2. “¿Es factible que por considerar que un postor goza de beneficios contemplados en la Ley N.º 27037, Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía, el Comité de Selección desestime o modifique su propuesta económica, si el postor no presenta la declaración jurada de exoneración del IGV, contemplada en los anexos de las bases estandarizadas y además presenta su propuesta económica dentro de los límites superiores e inferiores del valor que incluye IGV, contempladas en las bases estandarizadas publicadas por la entidad?” 2.3. “Si la Entidad Contratante suscribe contrato con un postor que aparentemente goza de los beneficios contemplados en la Ley N.º 27037, Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía, sin embargo, el postor no presentó la declaración jurada de exoneración del IGV, contemplada en los anexos de las bases estandarizadas, y considerando la propuesta presentada por el postor, se fija como monto contractual el importe que incluye el IGV. ¿Incurrir en Infracción la Entidad Contratante?”. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Compete al postor que goce del beneficio de la exoneración del IGV prevista en la Ley N.º 27037 decidir si se acogerá al mismo -es decir si presentará su oferta excluyendo el IGV-, para lo cual bastará que el postor presente la declaración jurada contemplada en los anexos de las bases estándar aprobadas por el OSCE. 3.2. El comité de selección no puede desestimar ni mucho menos modificar la oferta del postor que, contando con el beneficio de la exoneración del IGV, previsto en la Ley N.º 27037, opte por no emplearlo y presente su oferta incluyendo el IGV, ya que dicha decisión solo compete al postor. En esa línea, cuando dicho postor resulte ganador de la buena pro, la decisión de no acogerse a tal beneficio debe mantenerse durante el perfeccionamiento del contrato y la ejecución contractual. 3.3. La Entidad no incurre en infracción cuando el postor que goza del referido beneficio -y que resulte ganador de la buena pro- decide no emplearlo, suscribiendo el contrato con la Entidad con un monto que incluye el IGV, ya que la decisión de incluir o no dicho impuesto corresponde al beneficiario de la exoneración. (Opinión N.º 122-2017/DTN, de 26-05-2017, ff. 2.1, 2.2, 2.3, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ASGAFV>).

§ 1169. El comité especial, como conductor del proceso de selección, puede requerir al notario, en el mismo acto de presentación de propuestas, corregir la omisión de consignar su firma y sello en los documentos que conforman la propuesta. Véase la jurisprudencia del artículo 60º del Nuevo Reglamento [§ 1429]. (Opinión N.º 043-2013/DTN, de 30-05-2013, ff. 2.1 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FEVBPk>).

§ 1170. El comité de selección solo puede actualizar el valor estimado del procedimiento de selección antes de su convocatoria. Véase la jurisprudencia del artículo 47º del Nuevo Reglamento [§ 1220]. (Opinión N.º 065-2017/DTN, de 02-03-2017, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zKePzg>).

§ 1171. No existe la posibilidad de que el comité de selección pueda incorporar algún factor de evaluación distinto a los previstos en las bases estándar u otro documento estándar aprobado por el OSCE. Alcances del concepto de “mejoras para bienes y servicios” contenidos en la normativa de contrataciones del Estado. Véase la jurisprudencia del artículo 51º del Nuevo Reglamento [§ 1333]. (Opinión N.º 144-2016/DTN, de 26-08-2016, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2R9gGI8>).

§ 1172. Las funciones que corresponden al comité de selección, de forma obligatoria, son todas las que están contenidas en la Ley, Reglamento y normas emitidas por el OSCE, a pesar del uso de los términos “debe” o “deberá” para referirse al cumplimiento de tales funciones. Véase la



jurisprudencia del artículo 8.1.c de la Ley [§ 312]. (Opinión N.º 097-2018/DTN, de 25-06-2018, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RiTOCQ>).

Artículo 44: Designación, suplencia, remoción y renuncia de los integrantes del comité de selección

44.1. El comité de selección está integrado por tres (3) miembros, de los cuales uno (1) pertenece al órgano encargado de las contrataciones de la Entidad y por lo menos uno (1) tiene conocimiento técnico en el objeto de la contratación.

44.2. Tratándose de los procedimientos de selección para la contratación de ejecución de obras, consultoría en general y consultoría de obras, de los tres (3) miembros que forman parte del comité de selección, por lo menos, dos (2) cuentan con conocimiento técnico en el objeto de la contratación, salvo lo previsto en el artículo 217.

44.3. Para la conformación del comité de selección permanente solo es exigible que uno de sus integrantes sea representante del órgano encargado de las contrataciones.

44.4. Cuando la Entidad no cuente con especialistas con conocimiento técnico en el objeto de la contratación, puede contratar expertos independientes o gestionar el apoyo de expertos de otras Entidades a fin de que integren el comité de selección.

44.5. El Titular de la Entidad o el funcionario a quien se hubiera delegado esta atribución, designa por escrito a los integrantes titulares y sus respectivos suplentes, indicando los nombres y apellidos completos, la designación del presidente y su suplente; atendiendo a las reglas de conformación señaladas en los numerales precedentes para cada miembro titular y su suplente. La designación es notificada por la Entidad a cada uno de los miembros.

44.6. El órgano encargado de las contrataciones entrega al presidente del comité de selección el expediente de contratación aprobado, para que dicho comité se instale y elabore los documentos del procedimiento de selección y realice la convocatoria.

44.7. Los integrantes suplentes solo actúan ante la ausencia de los titulares. En dicho caso, la Entidad evalúa el motivo de la ausencia del titular a efectos de determinar su responsabilidad, si la hubiere, sin que ello impida la participación del suplente.

44.8. Los integrantes del comité de selección solo pueden ser removidos por caso fortuito o fuerza mayor, por cese en el servicio, conflicto de intereses u otra situación justificada, mediante documento debidamente motivado. En el mismo documento puede designarse al nuevo integrante.

44.9. Los integrantes del comité de selección no pueden renunciar al cargo encomendado, salvo conflicto de intereses. En este caso, la renuncia se presenta por escrito detallando las razones que sustentan el conflicto de intereses. Incurrir en responsabilidad el servidor que temeraria o maliciosamente alega un conflicto de intereses inexistente con la finalidad de sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1173. Para integrar a un experto independiente al comité de selección debe haberse realizado previamente el proceso de contratación respectivo. En caso de un funcionario que labore en otra entidad, debe mediar entre ambas un acuerdo que lo determine (art. 44.4). 2.2. *¿Resulta necesaria la realización de un proceso de selección para la contratación de un experto independiente?* De acuerdo a lo indicado [...] si el proceso a ser convocado por la Entidad tiene por objeto la contratación de bienes sofisticados, servicios especializados u obras, o la Entidad no cuenta con un especialista, el Comité Especial puede integrarse por uno o más expertos independientes, sean éstos personas naturales o jurídicas que no laboren en la Entidad o un funcionario que labore en otra Entidad. Cabe precisar que, de conformidad con el artículo 28º del Reglamento [cfr. art. 44.4 del Nuevo Reglamento], en el caso que se designe como experto independiente a una persona jurídica del sector privado, ésta deberá tener

como giro principal de su negocio aquél vinculado con el objeto de la convocatoria, debiendo además designar a la persona natural que la representará dentro del Comité Especial. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que podrá integrar el Comité Especial un experto independiente, ya sea una persona natural o jurídica que no labore en la Entidad, siempre que se realice, previamente, el proceso de contratación respectivo para tal efecto; o un funcionario que labore en otra Entidad, siempre que medie entre ambas entidades un acuerdo que así lo determine. [...] (Opinión N.º 011-2010/DTN, de 29-01-2010, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2tJra3n>).

§ 1174. El profesional contratado como experto independiente si podría ser designado como presidente del Comité de selección (art. 44.5). 2.3. *¿Es posible que este profesional especialista en contrataciones públicas, contratado como experto independiente, pueda ser presidente del Comité Especial?* [...] [EL] artículo 27º del Reglamento [cfr. art. 44.5 del Nuevo Reglamento] señala que el Titular de la Entidad o el funcionario a quien se hubiera delegado esta atribución, designará por escrito a los integrantes titulares y suplentes del Comité Especial, indicando los nombres completos y quién actuará como presidente y cuidando que exista correspondencia entre cada miembro titular y su suplente. En ese sentido, la normativa sobre contratación pública no ha establecido limitación alguna respecto de la designación del presidente del Comité Especial, por lo que, el profesional contratado como experto independiente sí podría ser designado como presidente del Comité Especial. No obstante, resulta necesario que se indique expresamente el nombre completo de la persona que cumplirá dicha función. (Opinión N.º 011-2010/DTN, de 29-01-2010, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2tJra3n>).

§ 1175. La reincorporación de un miembro titular del comité de selección que fue suplido opera de manera automática de manera inmediata al cese del motivo de su ausencia, sin perjuicio de la determinación de responsabilidad en la que pudiese haber incurrido (art. 44.7). CONSULTA: 2.1. *“¿Cuál es la interpretación integral entre el artículo 23 y numeral 1 del artículo 25 del Reglamento [cfr. art. 46.2.a. del Nuevo Reglamento]? ¿Se debe entender que el suplente actúa por el titular para la sesión en la cual está ausente y luego el titular vuelve, o; que el suplente ha reemplazado definitivamente al titular y el primero solo puede volver como suplente de ser el caso?”* [...] 2.1.3. [D]ebe indicarse que el tratamiento a la ausencia del miembro titular del comité de selección está regulada en el quinto párrafo del citado artículo [cfr. art. 44. del Nuevo Reglamento], de manera tal que “Los integrantes suplentes solo actúan ante la ausencia del Titular. En dicho caso, la Entidad evalúa el motivo de la ausencia del Titular a efectos de determinar su responsabilidad, si la hubiera, sin que ello impida la participación del suplente” (El Subrayado es agregado). Asimismo, la Exposición de Motivos del Reglamento señala que “(...) cada integrante del comité tiene un integrante suplente. Los integrantes suplentes solo actúan ante la ausencia del titular. Así, cuando el titular regresa, este se incorpora en el procedimiento de selección (...)” (El subrayado es agregado). Como se advierte, ante la ausencia de un miembro titular en el comité de selección, este debe ser reemplazado por su respectivo suplente a efectos de respetar la conformación del comité de selección establecida por el artículo 23 del Reglamento [cfr. art. 44 del Nuevo Reglamento]; debiendo reincorporarse el Titular en cuanto cese su ausencia. Al respecto, es importante precisar que la posibilidad de que un miembro titular que ha sido suplido se reincorpore al comité de selección en calidad de miembro titular es automática, es decir, se da inmediatamente cese el motivo de su ausencia, sin perjuicio de la evaluación por parte de la Entidad, a efectos de determinar la responsabilidad que pudiera corresponder. Finalmente, debe indicarse que como el miembro titular ha sido designado como tal por tener las mejores cualidades respecto de un determinado procedimiento de selección resulta razonable que ante el cese de su ausencia, se reincorpore en la etapa o acto del procedimiento de selección que corresponda. (Opinión N.º 107-2016/DTN, de 15-07-2016, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CiXVd2>).

§ 1176. Para el quórum del comité especial en ausencia de alguno de sus titulares, este deberá ser reemplazado por su correspondiente suplente, debiendo la Entidad evaluar el motivo de la ausencia del titular, a efectos de determinar responsabilidad, si la hubiera, sin que ello impida la participación del suplente (art. 44.7). 2.2. En relación con la designación del Comité Especial, el artículo 27º del Reglamento [cfr. art. 44.5 del Nuevo Reglamento] señala que “El Titular de la Entidad



o el funcionario a quien se hubiera delegado esta atribución, designará por escrito a los integrantes titulares y suplentes del Comité Especial, indicando los nombres completos y quién actuará como presidente y cuidando que exista correspondencia entre cada miembro titular y su suplente. La decisión será notificada a cada uno de los miembros.” (El subrayado es agregado). Así, una vez designado el Comité Especial y luego de la notificación respectiva, éste deberá llevar a cabo las acciones necesarias para organizar, conducir y ejecutar el proceso de selección, desde la preparación de las Bases hasta que el otorgamiento de la Buena Pro quede consentido o administrativamente firme. En relación con ello, debe tenerse en cuenta que el artículo 32° del Reglamento [cfr. art. 46.2.a del Nuevo Reglamento] señala que el quórum para el funcionamiento del Comité Especial se da con la presencia del número total de miembros titulares, siendo que en atención al artículo 33° del Reglamento [cfr. art. 46.2.a del Nuevo Reglamento], en ausencia de alguno de ellos, éste deberá ser reemplazado por su correspondiente suplente, debiendo la Entidad evaluar el motivo de la ausencia del titular, a efectos de determinar responsabilidad, si la hubiera, sin que ello impida la participación del suplente. 2.3. Ahora bien, el artículo 34° del Reglamento [cfr. art. 44.8 del Nuevo Reglamento] señala que los integrantes del Comité Especial, sean titulares o suplentes, sólo podrán ser removidos de su cargo por caso fortuito o fuerza mayor, o por cese en el servicio, mediante documento debidamente motivado, pudiendo designarse en el mismo documento al nuevo integrante. Asimismo, el referido artículo establece que los integrantes del Comité Especial no podrán renunciar al cargo encomendado. Como se advierte, el cargo como miembro del Comité Especial es irrenunciable. Por tanto, en el supuesto que alguno de los integrantes del Comité Especial se abstenga de ejercer sus funciones en un proceso de selección en trámite, dicha conducta podría ser causal de sanción por el incumplimiento de las disposiciones establecidas en la normativa sobre contratación pública [...]. (Opinión N.º 048-2011/DTN, de 04-05-2011, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RHvGNv>).

§ 1177. En el caso que el objeto de la contratación consista en bienes sofisticados o servicios especializados, la Entidad podrá integrar al comité Especial uno o más expertos independientes (art. 44.4). 2.4 Adicionalmente a lo señalado, debe tenerse presente que, si el proceso a ser convocado por la Entidad tiene por objeto la contratación de bienes sofisticados, servicios especializados, o la Entidad no cuenta con un especialista, podrá integrar el Comité Especial uno o más expertos independientes, sean éstos personas naturales o jurídicas que no laboren en la Entidad o un funcionario que labore en otra Entidad. Como se aprecia, el Comité Especial podrá ser integrado por uno o más expertos independientes en el caso en que el proceso a ser convocado por la Entidad tenga por objeto la contratación de bienes sofisticados, servicios especializados o, en el caso en que la Entidad no contará con algún miembro que posea conocimientos técnicos para conformar el Comité Especial. De este modo, el experto independiente puede ser una persona natural o jurídica que no labore en la Entidad, siempre que se realice, previamente, el proceso de contratación respectivo para tal efecto; o puede ser un funcionario que labore en otra Entidad, siempre que medie entre ambas entidades un acuerdo que así lo determine. [...] (Opinión N.º 048-2011/DTN, de 04-05-2011, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RHvGNv>).

§ 1178. Si el comité de selección incorpora un documento o exigencia no prevista en el expediente de contratación, ello no debe llevar a la no admisión de la propuesta de los postores que no adjuntaron a sus propuestas dicho documento o exigencia. Véase la jurisprudencia del artículo 47° del Nuevo Reglamento [§ 1221]. (Opinión N.º 082-2017/DTN, de 15-03-2017, ff. 2.1, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BAQoFP>).

Artículo 45: Impedimentos para integrar un comité de selección

Se encuentran impedidos de integrar un comité de selección:

a) El Titular de la Entidad.

b) Todos los servidores públicos que tengan atribuciones de control o fiscalización tales como regidores, consejeros regionales, directores de empresas, auditores, entre otros, salvo cuando el servidor del Órgano de Control Institucional de la Entidad sea el miembro con conocimiento técnico en el objeto de la contratación.

c) Los servidores que por disposición normativa o por delegación hayan aprobado el expediente de contratación, designado el comité de selección, aprobado los documentos del procedimiento de selección o tengan facultades para resolver el recurso de apelación. Este impedimento se circunscribe al proceso de contratación en el que han efectuado las acciones antes mencionadas.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1179. El Jefe del órgano encargado de las contrataciones no tiene impedimento alguno para integrar un comité de selección aparte de las causales establecidas en el artículo 45 del Reglamento. CONSULTA: "(...) existe algún impedimento dentro del marco normativo de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento para el que el jefe del órgano Encargado de las Contrataciones (Unidad de Logística) pueda integrar un Comité de Selección para un procedimiento de selección". [...] 2.2. Ahora bien, es importante indicar que el artículo 24 del Reglamento [cfr. art. 45 del Nuevo Reglamento] establece los supuestos en los que las siguientes personas se encuentran impedidas de formar parte del Comité de Selección: i) El Titular de la Entidad; ii) Todos los servidores públicos que tengan atribuciones de control o fiscalización tales como regidores, consejeros regionales, directores de empresas, auditores, entre otros, salvo cuando el servidor del Órgano de Control Institucional de la Entidad sea el miembro con conocimiento técnico en el objeto de la contratación; y iii) Los servidores que por disposición normativa o por delegación hayan aprobado el expediente de contratación, designado el comité de selección, aprobado los documentos del procedimiento de selección o tengan facultades para resolver el recurso de apelación. Este impedimento se circunscribe al proceso de contratación a que se refieren las delegaciones antes señaladas (el subrayado es agregado). De esta manera, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto supuestos taxativos en los cuales determinadas personas se encuentran impedidas de integrar los Comités de Selección; por ello, solo en aquellos casos corresponderá dicho impedimento. Así, en atención al tenor de la consulta planteada, cabe precisar que un Jefe del Órgano Encargado de las Contrataciones que ejerza las funciones que prevé la Ley, en concordancia con las normas de organización interna, solo estará impedido de integrar el comité de selección en la medida que incurra en alguna de las causales establecidas en el [...] Reglamento; por ejemplo, en caso que dicho funcionario hubiera aprobado el expediente de contratación, designado el comité de selección, aprobado los documentos del procedimiento de selección o tuviera facultades para resolver el recurso de apelación. (Opinión N.º 182-2018/DTN, de 12-11-2018, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rcB7VR>).

§ 1180. No existe imposibilidad para designar como integrante del Comité de Selección a un funcionario que haya tenido la obligación de supervisar o vigilar la adecuada elaboración del expediente técnico correspondiente a dicha obra. CONSULTA: 2.1. "¿Resultaría procedente nombrar para que integre el Comité Especial a un funcionario con responsabilidad en la verificación y control del cumplimiento de un expediente técnico para la ejecución de una obra?" De conformidad con el primer párrafo del artículo 27 del Reglamento [cfr. art. 44.5 del Nuevo Reglamento], es competencia del Titular de la Entidad, o del funcionario delegado, designar a los integrantes, titulares y suplentes, del Comité Especial. Ello mediante un documento en el que se indique los nombres completos de los funcionarios designados y quién actuará como presidente, cuidando que exista correspondencia entre cada miembro titular y su respectivo suplente. Este documento debe ser notificado a cada uno de los funcionarios designados. Por su parte, el artículo 29 del Reglamento [cfr. art. 45 del Nuevo Reglamento], establece los supuestos en los que los funcionarios de la Entidad no pueden ser designados como integrantes de un Comité Especial: (i) el Titular de la Entidad; (ii) los funcionarios que tengan atribuciones de control o fiscalización; entre estos: regidores, consejeros regionales, directores de empresas, funcionarios del



Órgano de Control Institucional de la Entidad (salvo que este órgano sea el área usuaria), auditores, etc.; (iii) los funcionarios que por delegación hayan aprobado el expediente de contratación, designado el Comité Especial, aprobado las Bases, o que tengan facultades para resolver el recurso de apelación, en el proceso de contratación a que se refiere la respectiva delegación; y (iv) funcionarios o servidores que hayan sido sancionados por su actuación como integrantes de un Comité Especial, mediante decisión debidamente motivada y consentida (o administrativamente firme), con suspensión o cese temporal, mientras dicha sanción se encuentre vigente; o hayan sido sancionados con destitución o despido. Respecto del alcance del segundo impedimento, es necesario precisar que este comprende a los funcionarios con atribuciones específicas de control o fiscalización sobre la actuación de los demás funcionarios de una Entidad, como regidores, consejeros, directores, funcionarios del órgano de control, según el tipo de Entidad de la que se trate. Cabe precisar que este impedimento tiene por finalidad evitar que el Comité Especial sea integrado por los mismos funcionarios que luego tendrán la obligación de controlar o fiscalizar la actuación de dicho Comité Especial, pues ello generaría una situación de conflicto de intereses que le restaría transparencia, objetividad e imparcialidad al control o fiscalización. En cambio, los funcionarios que han tenido la obligación de supervisar o vigilar la adecuada elaboración de un expediente técnico de obra, por ser parte del área que solicitó su elaboración o del área que tiene a su cargo la administración del contrato, sí podrían ser designados como miembros del Comité Especial que se encargará de conducir el proceso que tiene por objeto la ejecución de la obra correspondiente a dicho expediente técnico, pues la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto impedimento alguno para ello. Por el contrario, resultaría razonable que estos funcionarios sean parte del Comité Especial encargado de seleccionar al ejecutor de la obra, dado el conocimiento sobre esta que han adquirido al supervisar la adecuada formulación del expediente técnico. De conformidad con lo expuesto, debe indicarse que, para designar a los miembros o integrantes de un Comité Especial, el Titular de la Entidad o el funcionario al que se le ha delegado esta atribución, previamente debe verificar que los funcionarios que serán designados no se encuentren impedidos en virtud de alguno de los supuestos previstos en el artículo 29 del Reglamento [cfr. art. 45.b del Nuevo Reglamento]; no obstante, entre estos impedimentos no se ha previsto alguno que restrinja la posibilidad de designar como integrante de un Comité Especial que conducirá un proceso de selección para la ejecución de la obra, a los funcionarios que han tenido la obligación de supervisar o vigilar la adecuada elaboración del expediente técnico correspondiente a dicha obra, ya sea por ser parte del área usuaria que solicitó su elaboración o del área que tiene a su cargo la administración del contrato. (Opinión N.º 095-2011/DTN, de 22-11-2011, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2H7stkP>).

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 1181. Un miembro del comité de selección no podría ejercer su labor fiscalizadora de manera objetiva y transparente si ha sido partícipe de la actividad objeto de fiscalización. OBSERVACIÓN N.º 8: CONTRA LA PARTICIPACIÓN DE UNO DE LOS MIEMBROS DEL COMITÉ ESPECIAL. El observante cuestiona la participación del Director de la Oficina de Supervisión y Liquidación del PETACC en el Comité Especial del presente proceso de selección, dada su función de supervisar todos los procesos, lo cual estaría comprendido en el numeral 2 del artículo 29 del Reglamento [cfr. art. 45.b del Nuevo Reglamento], por lo que solicita que se verifique la resolución mediante la cual se designó a dicho Comité. PRONUNCIAMIENTO. El artículo 29 del Reglamento [cfr. art. 45 del Nuevo Reglamento], dispone que se encuentran impedidos de ser Comité Especial: i) el titular de la Entidad; ii) los funcionarios que tengan atribuciones de control o fiscalización tales como regidores, consejeros regionales, directores de empresas, auditores, entre otros, salvo que el órgano de control institucional de la Entidad sea el área usuaria; iii) los funcionarios que por delegación hayan aprobado el expediente de contratación, designado Comité Especial, aprobado Bases o resuelvan recursos de apelación; y iv) los funcionarios que hayan sido sancionados por su actuación como integrantes de un Comité Especial. En el primer caso, el impedimento se sustenta en que las personas que tienen facultades para fiscalizar la actuación de los funcionarios en el marco de los procedimientos de contratación -tales como los regidores, en el caso de las municipalidades, o los Consejeros Regionales en el caso de las regiones- y que deben ejercer su fun-

ción de forma objetiva y transparente, requisitos que no se cumplirían si el fiscalizador a su vez ha sido partícipe de la actividad objeto de fiscalización. No obstante lo señalado, de la revisión del Reglamento de Organización y Funciones del Proyecto Especial Tambo Ccaracocha se advierte que la Dirección de Supervisión y Liquidación, a la que pertenece uno de los miembros del Comité Especial tendría entre sus principales funciones supervisar e inspeccionar la ejecución de estudios y obras que ejecute el PETACC bajo cualquier modalidad de ejecución. En tal sentido, se aprecia que la Dirección de Supervisión y Liquidación no fiscaliza y/o supervisa la actuación de los funcionarios en la Entidad sino que inspecciona la ejecución de estudios y obras del PETACC, las que principalmente son realizadas por personal que no tiene vínculo directo con la Entidad. Por ello, en la medida que es de exclusiva competencia y responsabilidad de la Entidad designar a los miembros del Comité Especial, y en tanto no se ha comprobado que el supuesto cuestionado constituye un impedimento para ser Comité Especial, este Organismo Supervisor ha decidido NO ACOGER la observación formulada. (Pronunciamiento N.º 231-2011/DTN, de 25-07-2011, Observación N.º 8. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Flphkx>).

Artículo 46: Quórum, acuerdo y responsabilidad

46.1. El comité de selección actúa en forma colegiada y es autónomo en sus decisiones, las cuales no requieren ratificación alguna por parte de la Entidad. Todos los miembros del comité de selección gozan de las mismas facultades, no existiendo jerarquía entre ellos. Sus integrantes son solidariamente responsables por su actuación, salvo en relación a los actos por los cuales aquellos hayan señalado en el acta correspondiente su voto discrepante.

46.2. Para sesionar y adoptar acuerdos válidos, el comité de selección se sujeta a las siguientes reglas:

a) El quórum para el funcionamiento del comité de selección se da con la presencia del número total de integrantes. En caso de ausencia de alguno de los titulares, se procede a su reemplazo con el respectivo suplente.

b) Los acuerdos se adoptan por unanimidad o por mayoría. No cabe la abstención por parte de ninguno de los integrantes.

46.3. Los acuerdos que adopte el comité de selección y los votos discrepantes, con su respectiva fundamentación, constan en actas que son suscritas por estos, las que se incorporan al expediente de contratación. A solicitud del miembro respectivo, si en la fundamentación de su voto este ha hecho uso de material documental, el mismo queda incorporado en el expediente de contratación.

46.4. Durante el desempeño de su encargo, el comité de selección está facultado para solicitar el apoyo que requiera de las dependencias o áreas pertinentes de la Entidad, las que están obligadas a brindarlo bajo responsabilidad.

46.5. Los integrantes del comité de selección se encuentran obligados a actuar con honestidad, probidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, debiendo informar oportunamente sobre la existencia de cualquier conflicto de intereses y de comunicar a la autoridad competente sobre cualquier acto de corrupción de la función pública del que tuvieran conocimiento durante el desempeño de su encargo, bajo responsabilidad.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1182. El quórum para el funcionamiento del comité de selección puede darse con la presencia de los miembros del comité de manera virtual, siempre y cuando las etapas o actos hagan viable su uso. CONSULTA: "Creemos que el quórum para el funcionamiento de los comités de selección de San Gabán S.A. caso proceso de selección del área de producción se dan con la presencia de los miembros del comité de manera virtual optimizando recursos de la misma empresa (...) En tal sentido, ponemos a consideración nuestra posición e interpretación (...) con el objeto de que vuestra institución nos indique cual es la



interpretación correcta.” **2.2.** [...] Ahora bien, el comité de selección para sesionar y adoptar acuerdos debe sujetarse a las reglas señaladas en el artículo 25 del Reglamento [cfr. art. 46.2 del Nuevo Reglamento], de tal manera que: - El quórum para el funcionamiento del comité de selección se da con la presencia del número total de integrantes. - Los acuerdos se adoptan por unanimidad o por mayoría, no siendo posible la abstención. De esta manera, el comité de selección actúa en forma colegiada, debiendo contar con la presencia de todos sus miembros a efectos de alcanzar el quórum, sesionar y conseguir la unanimidad o la mayoría en la adopción de sus acuerdos. **2.3.** De lo expuesto anteriormente, se aprecia que la normativa de contrataciones del Estado utiliza el término “presencia” con el propósito de referirse al quórum para el funcionamiento del comité de selección; así, dicho quórum puede darse -en principio- con la asistencia física de todos los miembros del comité de selección. No obstante ello, la contratación pública no puede ser ajena a los avances tecnológicos, en consecuencia, en los procesos de contratación estatal pueden emplearse las tecnologías de comunicación que ofrece el mercado, tal como es el caso -por ejemplo- de las videoconferencias. En este punto, es importante precisar que las Entidades pueden utilizar las tecnologías de la comunicación en lo que concierne a las actuaciones del comité de selección (preparar los documentos del procedimiento, adoptar decisiones y conducir el procedimiento hasta su culminación), siempre y cuando la naturaleza de las etapas o actos hagan viable que estas puedan ser empleadas, adoptándose los mecanismos que otorguen validez legal a las manifestaciones de voluntad realizadas por los miembros del comité y verificando que hayan contado o cuenten con la información necesaria -documentos- para la toma de decisiones. Finalmente, debe señalarse que ante la ausencia de algún miembro del comité de selección, ya sea porque no se cuente con su asistencia física o porque no fuera posible emplear las tecnologías de la comunicación en los términos expuestos en la presente opinión, corresponderá que el miembro suplente actúe en reemplazo del titular [...] (Opinión N.º 153-2016/DTN, de 12-09-2016, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ct0rgH>).

§ 1183. Corresponde al comité de selección determinar si las ofertas responden a las características y/o requisitos y condiciones establecidas en el requerimiento. Al efectuar dicha verificación el comité de selección puede requerir el apoyo de las dependencias o áreas pertinentes de la Entidad. CONSULTA: **2.** “*¿Si el Presidente del Comité de Selección, una vez abierto el sobre oferta presentado, puede decidir en base a lo indicado por el numeral 25.4 del Reglamento de la Ley [cfr. art. 46.4 del Nuevo Reglamento] de Contrataciones del Estado, que este no sea revisado inicialmente por el Comité de Selección designado, sino que se remita la oferta completa sin realizar ningún actuado, al Jefe del área usuaria, para que revise e indique al Comité de Selección si la documentación presentada en el procedimiento de selección, cumple con lo solicitado en las especificaciones técnicas de su requerimiento?*”. [...] **3. CONCLUSIONES. 3.1.** La normativa de contrataciones del Estado establece que corresponde al comité de selección determinar si las ofertas responden a las características y/o requisitos y condiciones establecidas en el requerimiento. Al efectuar dicha verificación el comité de selección puede requerir el apoyo de las dependencias o áreas pertinentes de la Entidad. **3.2.** El apoyo que brinden al comité de selección las dependencias o áreas pertinentes de la Entidad durante el desempeño de su encargo no implica que éstas puedan arrogarse las funciones que la norma ha dispuesto para el comité de selección. (Opinión N.º 016-2018/DTN, de 01-02-2018, ff. 2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RhUPuD>).

§ 1184. El comité de selección puede tomar en consideración la opinión técnica de la Entidad de manera discrecional y no obligatoria. **2.** CONSULTAS: *¿Cuál es el sentido de la normativa de contrataciones del Estado, al establecer que los miembros del comité de selección gozan de las mismas facultades, si sólo con el sustento de los miembros del comité con conocimiento técnico se determinará la admisión de la oferta? ¿Qué ocurriría ante el supuesto que el área usuaria valide un aspecto técnico de la oferta y ello se contradice con lo manifestado por el miembro del comité de selección que tiene conocimiento técnico en el objeto de la contratación?* **3. CONCLUSIONES. 3.1.** En el marco de lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado, las medidas y decisiones del comité de selección en el desarrollo de sus actuaciones -por ejemplo, respecto de los aspectos técnicos de las ofertas, en el contexto de la consulta- son adoptadas de manera colegiada, por lo que no podría entenderse que cada integrante valida una postura o decisión distinta, salvo que alguno de ellos manifieste lo contrario mediante voto discrepante, el mismo que debe

constar en el acta correspondiente. 3.2. Teniendo en consideración las potestades del comité de selección, resulta posible que, en la medida que lo considere pertinente, pueda requerir la opinión técnica de alguna dependencia de la Entidad con la finalidad de tener mayor grado de certeza al momento de adoptar medidas y decisiones relacionadas a los aspectos técnicos de las ofertas presentadas en el marco del procedimiento de selección; sin embargo, cabe aclarar que esta potestad es discrecional (corresponde al comité de selección determinar si es necesario) y no obligatoria. 3.3. Todas las medidas y decisiones adoptadas durante el desarrollo del procedimiento de selección en relación con los aspectos técnicos de las ofertas -entre otros aspectos- le corresponden, únicamente, al comité de selección; la potestad del comité para solicitar el apoyo de las dependencias de la Entidad que sean pertinentes -por ejemplo, al área usuaria-, es de uso discrecional mas no obligatoria. (Opinión N.º 185-2018/DTN, de 20-11-2018, ff. 3.1 al 3.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HrmwAY>).

§ 1185. La reincorporación de un miembro titular del comité de selección que fue suplido opera de manera automática de manera inmediata al cese del motivo de su ausencia, sin perjuicio de la determinación de responsabilidad en la que pudiese haber incurrido. Véase la jurisprudencia del artículo 44º del Nuevo Reglamento [§ 1175]. (Opinión N.º 107-2016/DTN, de 15-07-2016, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CiXvd2>).

CAPÍTULO III DOCUMENTOS DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Artículo 47: Documentos del procedimiento de selección

47.1. Los documentos del procedimiento de selección son las bases, las solicitudes de expresión de interés para Selección de Consultores Individuales, así como las solicitudes de cotización para Comparación de Precios, los cuales se utilizan atendiendo al tipo de procedimiento de selección.

47.2. Tratándose del método especial de contratación de Acuerdo Marco, los documentos del procedimiento de selección se denominan documentos asociados.

47.3. El comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, elabora los documentos del procedimiento de selección a su cargo, utilizando obligatoriamente los documentos estándar que aprueba el OSCE y la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación aprobado.

47.4. Los documentos del procedimiento de selección son visados en todas sus páginas por los integrantes del comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, y son aprobados por el funcionario competente de acuerdo a las normas de organización interna de la Entidad. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD, "Bases y solicitud de expresión de interés estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley N.º 30225" (EP, 29-01-2019) [D-001].

DEFINICIONES

DOCUMENTOS ASOCIADOS: Documentos elaborados y aprobado por Perú Compras, que contienen: i) reglas, requisitos, plazos, criterios de admisión y evaluación, texto del Acuerdo Marco, entre otros, que se aplican para los procedimientos de selección de proveedores, ii) reglas especiales para la contratación a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco, y, iii) reglas para la extensión de vigencia, incorporación de proveedores u otras similares. Estas reglas pueden ser puestas a disposición a través de manuales, guías, instructivos u otros que sean aplicables.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1186. Las bases constituyen reglas definitivas que deben ser observadas tanto por la Entidad como por los postores y promueven la calificación de las ofertas en base a criterios objetivos. 4.

También, es oportuno acotar que, este Colegiado ha enfatizado que las bases constituyen las reglas definitivas del procedimiento de selección y es en función de ellas que debe efectuarse la calificación y evaluación de las ofertas, quedando tanto las Entidades como los postores, sujetos a sus disposiciones. A partir de lo expuesto, tenemos que las bases de un procedimiento de selección deben contar con el contenido mínimo de los documentos del procedimiento que establece la normativa de contrataciones, los factores de evaluación y los requisitos de calificación, cuya finalidad se encuentra orientada a elegir la mejor oferta sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores, que redunden en una oferta de calidad y al mejor costo para el Estado, constituyendo un parámetro objetivo, claro, fijo y predecible de actuación de la autoridad administrativa, que tiene como objetivo evitar conductas revestidas de subjetividad que puedan ulteriormente desembocar en situaciones arbitrarias, jurando con ello un marco de seguridad jurídica. (Resolución N.º 2369-2016-TCE-S4, de 06-10-2016, f. 4. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2GbPItx>).

§ 1187. Las bases constituyen las reglas definitivas del proceso de selección y es en función de ellas que debe efectuarse la calificación y evaluación de las propuestas, quedando tanto las entidades como los postores sujetos a sus disposiciones. 2. [...] [Es] relevante destacar que en reiteradas oportunidades este Tribunal ha enfatizado que las Bases constituyen las reglas definitivas del proceso de selección y es en función de ellas que debe efectuarse la calificación y evaluación de las propuestas, quedando tanto las Entidades como los postores sujetos a sus disposiciones. Es preciso recalcar que el análisis que efectúe este Tribunal debe tener como premisa que la finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra que las Entidades adquieran bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles, dentro de un escenario adecuado que garantice tanto la concurrencia entre potenciales proveedores como la debida transparencia en el uso de los recursos públicos. Bajo esta premisa, las exigencias de orden formal y sustancial que la normativa prevea o cuya aplicación surja a partir de su interpretación, deben obedecer a la necesidad de asegurar el escenario más idóneo en el que, dentro de un contexto de libre competencia, se equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y se garantice el pleno ejercicio del derecho de las personas naturales y jurídicas para participar como proveedores del Estado. (Resolución N.º 0199-2016-TCE-S3, de 11-02-2016, f. 2. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2OKgfbv>).

§ 1188. Las Bases se aplican en estricta observancia a la literalidad de sus disposiciones y obedeciendo al criterio de objetividad. 13. Siendo las Bases las reglas definitivas del proceso de selección, su aplicación debe realizarse en estricta observancia a la literalidad de sus disposiciones y obedeciendo al criterio de objetividad, a fin que, tanto el Comité Especial como los postores, además de estar sujetos a sus disposiciones, tengan en cuenta, sin mayores dificultades de interpretación, el contenido expreso de éstas. En el presente caso, el Impugnante debía obligatoriamente presentar un programa de mantenimiento preventivo que esté de acuerdo con el manual del equipo. Tal era la exigencia expresamente prevista en las Bases. (Resolución N.º 2014-2015-TCE-S3, de 30-09-2015, f. 13. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2UwAW4v>).

§ 1189. Las bases de un procedimiento de selección deben contar con el contenido mínimo de los documentos del procedimiento que establece la normativa de contrataciones y los factores de evaluación. 7. [...] [Este] Colegiado ha enfatizado que las bases constituyen las reglas definitivas del procedimiento de selección y que es en función de ellas que debe efectuarse la calificación y evaluación de las ofertas, quedando tanto las Entidades como los postores, sujetos a sus disposiciones. A partir de lo expuesto, tenemos que las bases de un procedimiento de selección deben contar con el contenido mínimo de los documentos del procedimiento que establece la normativa de contrataciones y los factores de evaluación, cuya finalidad se encuentra orientada a elegir la mejor oferta sobre la base de criterios calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores, que redunden en una oferta de calidad y al mejor costo para el Estado, constituyendo un parámetro objetivo, claro, fijo y predecible de actuación de la autoridad administrativa, que tiene como objetivo evitar conductas revestidas de subjetividad que puedan ulteriormente desembocar en situaciones arbitrarias, asegurando con ello un marco de seguri-

dad jurídica. (Resolución N.º 0292-2017-TCE-S3, de 08-03-2017, f. 7. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2QII78b>).

§ 1190. Las omisiones o defectos de la Entidad al detallar, en la carta de citación, los documentos necesarios para la firma del contrato, no pueden ser interpretadas como modificaciones a las Bases del proceso de selección. 26. [C]abe puntualizar y reiterar que son las Bases del proceso de selección las que determinan los documentos que obligatoriamente el postor ganador de la Buena Pro debe presentar para la suscripción del contrato. En consecuencia, las omisiones o defectos de la Entidad al detallar, en la carta de citación, los documentos necesarios para la firma del contrato, no pueden ser interpretadas como modificaciones a las Bases del proceso de selección, correspondiendo al postor sujetar su actuación al imperio de éstas, pues son las Bases las que contienen las reglas de juego a las que se sometió en el momento en que comprometió su participación en el proceso. 27. Por tanto, no resulta válido interpretar que el contenido de la carta de citación debe tener mayor fuerza obligatoria que las Bases del proceso, pues ello implicaría apañar un incumplimiento flagrante de los Principios de Transparencia y Trato Justo e Igualitario de postores, consagrando la potestad de la Entidad de variar extemporáneamente las reglas del proceso sin tener en cuenta la afectación de los derechos de los postores. 28. Si se amparara que en el presente caso debe primar lo establecido en la carta de citación, en el futuro tendría que determinarse responsabilidad si la situación acaecida fuese inversa a lo alegado por el Postor, vale decir, que la Entidad le hubiese exigido en la carta de citación la presentación de documentación adicional a la prevista en las Bases, aspecto que este Tribunal no comparte. (Resolución N.º 565-2012-TC-S1, de 25-06-2012, ff. 26 al 28. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2HHYGRt>).

§ 1191. Las especificaciones técnicas que serán materia de evaluación, deben ser establecidas en las bases, señalándose además la documentación que deben presentar los postores para acreditar su cumplimiento. 16. [...] [Las] especificaciones técnicas que serán materia de evaluación, deben ser establecidas en las bases, señalándose además la documentación que deben presentar los postores para acreditar su cumplimiento, garantizando la libertad de concurrencia, y así asegurar que éstas se desarrollen bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. De igual modo, debe tenerse presente que, la determinación de las especificaciones técnicas del producto convocado debe obedecer al requerimiento efectuado por área usuaria garantizando la satisfacción de su necesidad y, además, debe efectuarse en atención a las condiciones que ofrece el mercado, verificándose la pluralidad de postores (la mayor posible) que cumplan con lo requerido por la Entidad, de los que busca la mejor Oferta. [...] (Resolución N.º 2940-2016-TCE-S3, de 13-12-2016, f. 16. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2OLQHkC>).

§ 1192. El requerimiento es elaborado por el área usuaria y sobre la base de dicha información el Comité de selección elabora las Bases del procedimiento de selección. 28. [...] [El] requerimiento es elaborado por el área usuaria de prestación del servicio, y sobre la base de dicha información es que el Comité de selección, elabora las Bases del procedimiento de selección, entre ellos, la relación de documentos que deben formar parte de la oferta, a fin de que sean admitidas, evaluadas y de ser el caso, calificadas, por lo tanto, las bases deben ser claras, en cuanto a aquella documentación que se solicita a los postores y que deberá ser materia de análisis por parte del comité, a fin de determinar su contribución en el procedimiento, aspectos que no ha ocurrido en el caso concreto, toda vez que los postores han tenido interpretaciones diferentes que han llevado a la interposición del recurso de apelación que lo atañe. (Resolución N.º 0597-2017-TCE-S2, de 11-04-2017, f. 28. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2RbmgKA>).

§ 1193. De las Bases no pueden desprenderse diversas interpretaciones, sino que éstas deben ser formuladas de manera precisa y sin ambigüedades. 38. [En] el presente caso, debe tenerse en cuenta que el cuestionamiento efectuado por el impugnante está directamente vinculado con la documentación que se debe presentar para acreditar la experiencia del personal, lo que transgrede lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley, que prescribe que las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico deben formularse de forma objetiva y precisa, y en el artículo 27 del Reglamento [cfr. art. 48 del

Nuevo Reglamento], que dispone que las Bases deben contener, entre otros aspectos, las Especificaciones Técnicas, los Términos de Referencia o el Expediente Técnico de obra, según corresponda, así como los requisitos de calificación a lo expuesto, al no haberse elaborado las Bases conforme a lo regulado en la normativa de contratación pública y al no haberse integrado correctamente ésta, no es posible que este Colegiado pueda emitir un pronunciamiento válido para resolver la presente controversia. No solo eso, tal situación afecta gravemente la transparencia del procedimiento de selección pues las Bases establecieron exigencias que afectan la libre concurrencia, igualdad de trato y competencia, esta situación es precisamente la que ha generado la controversia, pues los postores no solo no tienen certeza sobre la forma cómo se acreditará la experiencia del personal clave, sino que además la absolución de la consulta respecto a la experiencia del dicho personal ha tenido diferentes interpretaciones en atención a la falta de precisión en la absolución y a la omisión de la integración correcta de las Bases. (Resolución N.º 2910-2016-TCE-S3, de 09-12-2016, f. 38. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2TiGI9V>).

§ 1194. No es correcto que el comité de selección utilice “interpretaciones extensivas” de las bases al realizar la evaluación de las ofertas. 14. [...] [Las] bases no pueden admitir “interpretaciones extensivas”, toda vez que con ello se resta de objetividad a la evaluación de las ofertas que realiza el Comité de Selección, e indebidamente permite que se consideren elementos adicionales a los previstos en las bases, para efectuar la evaluación, como ocurre en este caso con los rangos de aceptación, los cuales no fueron; previstos en las bases. Por tanto, no es correcto que el Comité de Selección utilice “interpretaciones extensivas” al realizar la evaluación de las ofertas, especialmente cuando se trata de la adquisición de medicamentos de uso humano, con mayor razón considerando que la interpretación de las bases efectuada por el Comité de Selección nos conduce a resultados de evaluación distintos, toda vez que si no se considera el rango de aceptación, ni el Impugnante ni el Adjudicatario cumplen con el nivel de concentración; en cambio, en el supuesto de admitir el rango de aceptación, ambos postores cumplen. No obstante ello, el Comité de selección consideró que el Impugnante no cumplía mientras que el Adjudicatario sí, aun cuándo ninguno de ellos ofertó el valor de concentración de 80 mg, lo cual, además implica una contravención del principio de igualdad de trato que inspira las contrataciones públicas. (Resolución N.º 732-2017-TCE-S3, de 17-04-2017, f. 14. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2sbSZkj>).

§ 1195. Las Bases Integradas de un procedimiento de selección surgen no solo como consecuencia del requerimiento del área usuaria, sino además de la absolución de consultas y observaciones o pronunciamientos del OSCE. 15. [...] [Es] preciso señalar que la normativa de contrataciones ha sido específica en determinar que las disposiciones contenidas en las Bases Integradas de un procedimiento de selección, y que se constituyen en las reglas definitivas del mismo, surgen no solo como consecuencia del requerimiento del área usuaria, sino además de la absolución de consultas y observaciones o pronunciamientos del OSCE cuando corresponda, conforme a lo establecido en el artículo 52 del Reglamento [cfr. art. 72 del Nuevo Reglamento]; en tal sentido, las Bases quedan así establecidas como las directrices definitivas del procedimiento, en directa coordinación con los principios que rigen las contrataciones del Estado, tales como el de libertad de concurrencia, igualdad de trato y transparencia, solo por enunciar algunos. (Resolución N.º 0260-2017-TCE-S2, de 01-03-2017, f. 15. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2TkzL9>).

§ 1196. Si las Bases del procedimiento de selección no están claras o generan incongruencias o contravienen normas legales, se quiebra el fin perseguido con una compra pública, y ante la falta de claridad de éstas, el potencial proveedor verá restringida su posibilidad de participar. 44. Debe tenerse en cuenta que los cuestionamientos efectuados por el Impugnante están directamente vinculados con las deficiencias detectadas en las Bases las que en conjunto vician el procedimiento de selección, pues además de generar reglas poco claras y hasta incoherentes, distorsiona completamente el proceso competitivo que subyace a todo procedimiento de selección, pues al tener reglas deficientes en las Bases, se coloca en una posición de riesgo de recibir ofertas diferentes a lo que requiere para el cumplimiento de sus funciones, afectando los principio de eficacia y eficiencia, entre otros. **45.** En esta medida, si las Bases del procedimiento de selección no están claras o generan incongruencias o contravienen normas

legales, se quiebra el fin perseguido con una compra pública, y ante la falta de claridad de éstas, el potencial proveedor verá restringida su posibilidad de participar, o si decide hacerlo, no tendrá claro qué documentos presentar para la evaluación y calificación de las ofertas o el alcance de éstas, situación que, como se ha indicado anteriormente, atenta contra los principios de libertad de concurrencia, igualdad de trato y transparencia. (Resolución N.º 0294-2017-TCE-S2, de 09-03-2017, ff. 44 y 45. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2DLXrxU>).

§ 1197. La interpretación y posterior aplicación de los criterios de evaluación establecidos en las bases no deben incidir en la adopción de decisiones extremadamente formalistas y carentes de razonabilidad que impidan la libre concurrencia de postores. 3. [L]as exigencias recogidas en las bases administrativas, tanto formales como sustanciales, no deben obedecer en modo alguno a un propósito arbitrario ni aislado de todo contexto, sino muy por el contrario, deben responder a la necesidad de garantizar el adecuado marco en el que, dentro de un contexto de libre competencia, se equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y el derecho de las personas naturales y jurídicas a participar como proveedores del Estado, acorde con la consecución de los fines del Estado. [...] **15.** [D]ebe tenerse en cuenta que los procesos de contratación y adquisición del Estado deben orientarse a la obtención de bienes, servicios o ejecución de obras que reúnan los requisitos de calidad, precio, plazo de ejecución y entrega, los cuales deberán efectuarse en las mejores condiciones, de conformidad con lo dispuesto en el Principio de Eficiencia, recogido en [...] la Ley de Contrataciones y Adquisiciones [...] **17.** [Es] menester indicar que en virtud a los principios que rigen la contratación pública, la interpretación y posterior aplicación de los criterios de evaluación establecidos en las bases no deben incidir en la adopción de decisiones extremadamente formalistas y carentes de razonabilidad que impidan o discriminen la libre concurrencia de postores y, por ende, perjudiquen la selección de la oferta de mejor calidad y de menor costo posible para el Estado; máxime si como en el presente caso, el Impugnante acreditó el cumplimiento del requerimiento técnico mínimo referido a la Capacitación. (Resolución N.º 359-2007-TC-S2, de 16-04-2007, ff. 3, 15 y 17. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2DKtDAG>).

§ 1198. La utilización de las bases estandarizadas es de uso obligatorio por parte de las entidades en los procedimientos de selección. Las “notas importantes” y “notas al pie” son de cumplimiento obligatorio. 14. Al respecto, cabe advertir que las Bases Integradas constituyen las reglas definitivas del proceso de selección en función de las cuales se debe efectuar la calificación y evaluación de las propuestas. **15.** Dicho ello, cabe traer a colación que, conforme a lo previsto en el artículo 22 del Reglamento [cfr. art. 43.1 del Nuevo Reglamento], el Órgano Encargado de los procedimientos de selección se encarga de la preparación, conducción y realización del procedimiento de selección hasta su culminación. [...] **16.** Resulta importante precisar que según los numerales 7.2 y 7.3 de la Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD, “Bases y solicitud de expresión de interés estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley N.º 30225” [cfr. numerales 7.2 y 7.3 de la Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)], la utilización de las bases estandarizadas es de uso obligatorio por parte de las entidades en los procedimientos de selección que convoquen; asimismo, se precisa que las “notas importantes” y “notas al pie” que brindan información acerca de aspectos que deben ser considerados en el momento de emplear dichos documentos, son de cumplimiento obligatorio por parte de las entidades en los procedimientos de selección que convoquen. (Resolución N.º 018-2017-TCE-S1, de 04-01-2017, ff. 14, 15 y 16. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2F4EPJm>).

§ 1199. Las especificaciones técnicas deben guardar concordancia con el formato requerido para acreditarlas. 11. [...] En este extremo del análisis, cabe indicar que no debe pasar inadvertido el hecho de que existen elementos que inducen a error a los postores, toda vez que en el desarrollo del procedimiento de selección se ha hecho referencia hasta cinco (5) tipos de dimensiones: interna, externa, física, calculada, y de la estructura; sin embargo, en las bases se solicitó la especificación técnica de “dimensiones” de forma genérica. **12.** De esta forma se evidencia una falta de precisión en las bases; toda vez que si se requiere la presentación de determinado formato con la finalidad que este acredite especificaciones técnicas, debe existir plena correspondencia entre éstas y dicho formato, lo que no ocurrió en el presente caso, pues si bien en las especificaciones técnicas se indicó que los postores debían indicar en



una tabla las dimensiones calculadas y físicas de las caras y estructuras de los letreros ofertados; dichas dimensiones (calculadas, físicas y de las estructuras) no fueron consignadas en el Anexo 1, a efectos que los postores comprendiesen con claridad que debían de especificar las tres dimensiones. Asimismo, resulta relevante señalar que si se requería presentar, además del Anexo 1, una tabla en la que se especificaran las dimensiones calculadas, físicas y de las estructuras, debió incluirse la presentación de dicha tabla en el listado de los documentos de presentación obligatoria. (Resolución N.º 3008-2016-TCE-S4, de 23-12-2016, ff. 11 y 12. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2DGuFP4>).

§ 1200. Constituye en vicio la consignación de un horario de atención menor a las 8 horas para recibir consultas y observaciones. 3. De una revisión del contenido de las bases se aprecia que en el numeral 2.1 “Calendario del procedimiento de selección” del capítulo II se precisó que las consultas y observaciones a las bases debían presentarse en el horario desde las 08:30 a las 14:00 horas, lo que concuerda con lo establecido en la ficha electrónica del SEACE. Sin perjuicio de ello, en dicho extremo de las bases, como nota al pie de página, se precia lo siguiente: *“Al consignar el horario de atención, debe tenerse en cuenta que el horario de atención no podrá ser menor a ocho (8) horas”*. (Resaltado es agregado) [...] 5. Al respecto, debe tenerse presente que las bases estándar correspondientes a la adjudicación simplificada para la adquisición de bienes, aprobada mediante la Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)] [...], establecen que el horario de atención para recibir las consultas y observaciones a las bases es de 8 horas, como mínimo, conforme a la nota de pie de página obrante en el folio que ha sido reproducida en las bases integradas conforme se reseña en el fundamento 3 precedente. Cabe recalcar que, pese a ello, se estableció un horario de atención de solo 5 horas y 30 minutos. 6. Corresponde precisar que el horario de atención contemplado en las bases estándar guarda concordancia con lo establecido en el artículo 138 de la LPAG, en virtud del cual establece el horario de atención de las entidades para la realización de cualquier actuación se rige por ciertas reglas, estableciendo en su numeral 1: *“Son horas hábiles las correspondientes al horario alado para el funcionamiento de la entidad, sin que en ningún caso la atención a los usuarios pueda ser inferior a ocho horas diarias consecutivas”*. (Resaltado es agregado) [...] 9. [S]egún se advierte, el cronograma de las bases y la ficha electrónica SEACE consignaron un horario menor a las 8 horas para recibir consultas y observaciones, lo que, a todas luces, vulnera lo establecido en las bases estándar correspondientes a la adjudicación simplificada para la adquisición de bienes, vicio que resulta determinante si tiene en cuenta que el empleo de un horario menor al mínimo requerido para la atención al usuario ha dado lugar a que no se consideren ni absuelvan las consultas y observaciones del Impugnante. (Resolución N.º 0350-2017-TCE-S1, de 20-03-2017, ff. 3, 5, 6 y 9. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2Pv9RjP>).

§ 1201. Se advierte la incoherencia de las bases del procedimiento de selección, cuando se requiere contar con personal clave para la contratación y presentar una carta de compromiso que así lo consigne, a pesar que las bases no señalaban cuál sería el personal, ni cuáles serían las características que este personal debería cumplir. 31. Considerando [los] argumentos del Impugnante y de lo informado por la Entidad de la revisión de las bases del procedimiento de selección se aprecia que en ningún extremo se hace referencia a la necesidad de que el futuro contratista cuente con personal clave; asimismo, la Entidad no ha informado sobre alguna circunstancia en el suministro del bien materia de contratación que requiera de la participación de algún especialista en determinada materia con su uso o manipulación. 32. En tal sentido, no resulta coherente con la naturaleza de la prestación, conforme a lo establecido en el capítulo III de la sección específica de las bases que la Entidad requiera como un requisito para admitir la oferta, un documento como la carta de compromiso del personal clave con firmas legalizadas; más aún, cuando, como ha sucedido, el Comité de Selección acordó no admitir la oferta presentada por el Impugnante, debido a que no presentó el referido requisito. De lo anteriormente expresado, se advierte incoherencia en las bases del procedimiento de selección, respecto a la necesidad de contar con personal clave para la contratación materia del procedimiento de selección, y de presentar un documento (carta de compromiso) que así lo consigne, a pesar que las bases no señalaban cuál sería el personal clave que se requeriría, ni cuáles serían las características que este personal debería cumplir. Así, es evidente que en el presente caso, al momento de la elaboración de las bases, ha ocurrido una

contravención a los principios de transparencia y de eficacia y eficiencia, [...] del artículo 2 de la Ley, respectivamente; conforme al Primero, las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que el proceso de contratación sea comprendido por los proveedores garantizando la libertad de concurrencia, y se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad; asimismo, en virtud del principio de eficacia y eficiencia, el proceso de contratación y las decisiones que se adopten en el mismo deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando sobre estos la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción del interés público, bajo las condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos. (Resolución N.º 2975-2016-TCE-S4, de 19-12-2016, ff. 31 y 32. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2BhvVWt>).

§ 1202. Si las Bases del procedimiento restringen lo dispuesto por las Bases Estándar, se estaría contraviniendo las disposiciones establecidas en la normativa de contrataciones estatales, vulnerando así, los principios de libertad de concurrencia, igualdad de trato y competencia. 37. [...] [Pese] a que las Bases Estándar establecen expresamente que la experiencia del personal clave se acreditará con cualquiera de los siguientes documentos: i) copia simple de contratos y su respectiva conformidad o ii) constancias o iii) certificados o iv) cualquier otra documentación que, de manera fehaciente demuestre la experiencia del personal propuesto, las Bases del procedimiento de sección restringen dicha disposición, estableciendo como único documento para acreditar la experiencia del personal clave la presentación de “Actas de Entrega”, contraviniendo con ello las disposiciones establecidas en la normativa de contrataciones estatales y vulnerando los principios de libertad de concurrencia, igualdad de trato y competencia. (Resolución N.º 2910-2016-TCE-S3, de 09-12-2016, f. 37. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2TiGI9V>).

§ 1203. Los requisitos no previstos en la norma vician la legalidad del procedimiento de selección. 17. Cabe precisar que, de la forma en que se concibieron las bases se vieron vulnerados los Artículos 26 y 30 del Reglamento [cfr. art. 47 y 51 del Nuevo Reglamento], normas de carácter imperativo, donde se señala que la entidad no puede imponer requisitos distintos a los previsto en los documentos estándar aprobados por el OSCE, ya que éstos últimos serán utilizados de manera obligatoria. Además, debe considerarse que, bajo dichos parámetros, se ha llegado a concluir que el Comité de Selección no verificó la legalidad de las bases que fue aprobada, puesto que pudo advertir que el requisito de calificación “Equipamiento”, había sido incorporado indebidamente y de forma contraria a la normativa, conforme se ha expuesto. [...] 21. Por las razones anotadas, este Tribunal concluye que el Comité de selección no estableció de manera correcta en las Bases el requisito de calificación relativo al “Equipamiento”, lo que al mismo tiempo ocasionó que se efectúe la calificación de las ofertas sobre requisitos no previstos en la norma que vician su legalidad del procedimiento de selección, y que en esta instancia no resultan conservables. (Resolución N.º 2724-2016-TCE-S4, de 16-11-2016, ff. 17 y 21. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2DiVZly>).

§ 1204. Si la adjudicataria no cumple con acreditar que el bien que oferta cumple con las especificaciones técnicas de las bases integradas, no se admite en el procedimiento de selección. 9. [...] [Se] advierte que las bases integradas requirieron como documentos de presentación obligatoria, la presentación del Anexo N.º 3 y la copia de catálogos, folletos u otros documentos técnicos del fabricante para acreditar que los bienes ofertados cumplieran con las especificaciones técnicas del fabricante para acreditar que los bienes ofertados cumplieran con las especificaciones técnicas mínimas [...]. Así de la revisión de la oferta de la adjudicataria se advierte que cumplió con presentar el anexo N.º 3 - declaración jurada de cumplimiento de las especificaciones técnicas del producto ofertado, en la que declaró cumplir con las especificaciones técnicas contenidas en el numeral 3.1 del capítulo III de las bases. Asimismo, se advierte que cumplió con presentar el Catálogo del producto ofertado [...], para acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas del producto ofertado [...]. No obstante lo señalado, en [el] [...] citado catálogo no se aprecia que las características señaladas acrediten el cumplimiento de las especificaciones técnicas [...]. [...] 11. Teniendo en cuenta que la oferta de la Adjudicataria no ha cumplido con acreditar que el equipo que oferta cumple con la especificación [...], establecida en el



Capítulo III de las bases integradas, corresponde tener por no admitida aquella en el procedimiento de selección. (Resolución N.º 3060-2016-TCE-S2, de 28-12-2016, ff. 9 y 11. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2QVaLmt>).

§ 1205. La experiencia de un profesional adquirido mediante labores de supervisión no puede convalidarse como experiencia realizada en ejecución de obra, si las bases no lo disponen. 14. [...] [Debe] tenerse presente que las bases integradas constituyen las reglas definitivas del procedimiento de selección, las cuales no solo deben ser seguidas por los postores al presentar sus ofertas, sino también por el comité de selección al momento de evaluar las mismas, así como por esta Sala al momento de un pronunciamiento. Sobre el particular, corresponde precisar que, en el presente caso, el impugnante no consultó u observó las bases del procedimiento de selección a fin de requerir que, además de la experiencia como maestro de obra o asistente técnico de obra, se pueda considerar la adquirida en dichos cargos dentro de una supervisión de obra. **15.** [C]orresponde señalar que, en el caso objeto de análisis, el certificado N.º 2 [...] de la oferta del impugnante, no puede ser considerado para acreditar la experiencia del maestro de obra propuesto, toda vez que las bases integradas requirieron, de manera expresa, que la experiencia de dicho profesional debía ser en obras similares (edificaciones), es decir, realizando servicios en el marco de la ejecución de una obra; no obstante ello, la certificación cuestionada refiere a la experiencia obtenida en labores de supervisión de una obra como asistente técnico, razón por la que no podría convalidarse dicha experiencia al resultar diferente a la requerida en las bases. (Resolución N.º 3067-2016-TCE-S2, de 28-12-2016, ff. 14 y 15. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2AanVVss>).

§ 1206. Los miembros del comité especial tienen la responsabilidad de cautelar que las reglas que se establezcan como bases integradas sean claras y congruentes entre sí, de forma tal que cuando los postores soliciten el Tribunal emita pronunciamiento no sea necesario corregir aquellas ni tener que estimar sus alcances. 39. [...] [Es] imprescindible que en todo proceso de selección todo postor esté en condiciones de identificar cada una de las especificaciones que cuyo cumplimiento le es requerido y, sobre la base de ello, determinar cuáles de las mismas no se encuentran acreditadas a través de su folletería o afines (en caso se haya definido en bases que era obligatoria su presentación), a efectos de poder presentar una declaración jurada (lo que, conforme ha sido señalado en reiterados Pronunciamientos del OSCE, debiese estar explícitamente permitido en las bases), en la que afirme que el producto que oferta cumple aquellas especificaciones técnicas que ha advertido su folletería no cobertura. [...] **45.** Siendo evidente que la compra en cuestión suscita la interposición de recursos impugnativos, los miembros del comité especial tienen la responsabilidad de cautelar que las reglas que se establezcan como bases integradas sean claras y congruentes entre sí, de forma tal que cuando los postores soliciten que este Tribunal emita un pronunciamiento no sea necesario corregir aquellas ni tener que estimar sus alcances, no siendo esta una instancia en la que recién se definan reglas a aplicar a propuestas ya presentadas. (Resolución N.º 0297-2017-TCE-S1, de 09-03-2017, ff. 39 y 45. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2A3WOLI>).

§ 1207. Nulidad del procedimiento de selección por imposibilidad jurídica en el cronograma preestablecido por la Entidad en las bases. 12. [...] [Se] aprecia que existe una falta de congruencia y precisión en las bases integradas, al no haberse establecido con claridad la forma en que los postores debían acreditar cumplir con el cronograma de entrega, así como también se presenta una imposibilidad jurídica en el cronograma preestablecido por la Entidad, toda vez que no es jurídicamente posible que se reproduzca la primera entrega del bien sin ni siquiera haberse producido la presentación de ofertas al procedimiento de selección; circunstancias que generaron confusión en el Impugnante al momento de presentar la Declaración Jurada de Plazo de Entrega (Anexo N.º 4), debido a que se comprometió a entregar los bienes en el plazo de ciento veinte (120) días calendario, sin haber consignado ningún cronograma de entrega. **13.** En ese contexto, habiendo revisado la legalidad del procedimiento de selección en lo referente al contenido de las bases, en virtud a la facultad atribuida mediante el artículo 44 de la Ley [...], este Colegiado advierte la necesidad de cautelar que no se hayan dictado actos que contraven-gan normas legales, que contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento, Ello teniendo en consideración que la predeterminación de las fechas de entrega del bien

objeto del procedimiento de selección tiene incidencia directa en la adecuada y oportuna satisfacción de las necesidades de la área usuaria de la Entidad. (Resolución N.º 2956-2016-TCE-S4, de 15-12-2016, ff. 12 y 13. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2DNeU9h>).

§ 1208. Las modificaciones que se hayan producido como consecuencia de las consultas, observaciones, la implementación del pronunciamiento emitido por el OSCE, así como las requeridas en el marco de sus acciones de supervisión deben ser consideradas al momento de integrar las bases. 17. [...] [Es] preciso señalar que el Impugnante en su escrito de apelación ha indicado que en el pliego absolutorio de consultas, se dispuso -ante la consulta formulada por la empresa [...] modificar los términos de referencia respecto de los camiones compactadores de 15 m³ de un ancho máximo de 2.25 metros a 2,45 metros aproximadamente; no obstante, tales modificaciones no fueron consideradas al momento de integrar las bases, pues señala que se volvió a considerar como ancho del vehículo solicitado, la medida de 2.25 metros. 18. Al respecto, cabe recordar lo estipulado en el artículo 52 del Reglamento [cfr. art. 72 del Nuevo Reglamento] que dispone que el comité de selección debe integrar las bases incorporando, obligatoriamente, las modificaciones que se hayan producido como consecuencia de las consultas, observaciones, la implementación del pronunciamiento emitido por el OSCE, así como las modificaciones requeridas por en el marco de sus acciones de supervisión; siendo que en el presente caso se advierte la existencia de una infracción a la acotada disposición y, por ende, la existencia de un vicio en el procedimiento de selección. (Resolución N.º 3025-2016-TCE-S3, de 23-12-2016, ff. 17 y 18. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2zUFsB0>).

§ 1209. Es obligatorio que en las bases, se indique el procedimiento de evaluación de muestras a ser aplicado por la Entidad. 16. Conforme se aprecia de lo establecido en las bases, el Comité Especial, al momento de elaborar las mismas, no precisó de manera clara, precisa y objetiva los aspectos que serían evaluados mediante la presentación de la muestra, la metodología que se utilizaría, los mecanismos o pruebas a los que serían sometidas, el número de muestras a presentar, ni tampoco el órgano que se encargaría de realizar la evaluación de las mismas, de acuerdo a los criterios descritos en el párrafo precedente, limitándose sólo a señalar la oportunidad en que las muestras debían ser presentadas. 17. En tal sentido, este colegiado estima pertinente precisar que es obligatorio que en las bases, se indique el procedimiento de evaluación de muestras a ser aplicado por la Entidad, considerando: (i) los aspectos o requisitos que serán verificados mediante la presentación de la muestra; (H) la metodología que se utilizará; (iii) los mecanismos o pruebas a los que serán sometidas las muestras para determinar el cumplimiento de las características y, especificaciones técnicas; (iv) el número de 'muestras solicitadas por cada producto la forma y los documentos a presentarse para cumplir con lo requerido por el área usuaria en este extremo, de tal forma que no se genere duda sobre los alcances de la exigencia en mención. (Resolución N.º 0203-2016-TCE-S1, de 11-02-2016, ff. 16 y 17. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2zhwxDA>).

§ 1210. Los defectos en la documentación del postor no pueden perjudicar a los demás competidores. 25. Cabe destacar que la formulación y presentación de la propuesta técnica es de entera y exclusiva responsabilidad de cada postor, por lo que las consecuencias de cualquier deficiencia o defecto en su elaboración o en los documentos que la integran, deben ser asumidas por aquél, sin que los demás competidores se vean perjudicados por su falta de cuidado o diligencia. (Resolución N.º 148-2007-TC-SU, de 07-02-2007, f. 25. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MEpbWE>).

§ 1211. Para que una propuesta sea admitida deberá cumplir y acreditar la documentación obligatoria establecida en las Bases. 13. [Las] bases integradas del proceso de selección establecieron que los postores debían presentar, entre otros documentos obligatorios, el "Anexo N.º 26-Declaración Jurada de Información de Soporte Técnico y de Recursos Humanos". Asimismo, de la lectura del apartado referido a los documentos de presentación obligatoria de las citadas bases, no se aprecia que la Entidad haya contemplado como parte de la documentación obligatoria, que los postores presenten "la constancia de capacitación de su personal técnico emitido por el Fabricante". 14. [...] Sin embargo, contrariamente a lo estipulado en las bases, en una interpretación equivocada de estas, el Comité Espe-

cial considero que el Impugnante no debía ser admitido por no presentar el “certificado de capacitación de su personal técnico emitido por el fabricante”, documentos que, conforme se advierte del análisis efectuado, no constituía un requisito obligatorio a presentar como parte de la propuesta técnica. **16.** En razón de ello, la actuación del Comité Especial no evidencia un razonamiento acorde con los principios que inspiran el sistema de compras públicas pues, sobre la base de un requisito no contemplado en las bases, originó la presente controversia, generando dilaciones en la satisfacción del interés público comprometido en el presente proceso de selección. Consecuentemente, al haberse acreditado que no existe mérito para no admitir la propuesta del Impugnante, se concluye que este cumple con los documentos de presentación obligatoria, y en atención a lo dispuesto en el artículo 61 del Reglamento [cfr. art. 47 del Nuevo Reglamento], corresponde amparar el presente punto controvertido, disponiéndose que el Comité Especial admita la propuesta técnica del Impugnante y, de ser el caso, se le asigne el respectivo puntaje, debiendo continuar con las siguientes etapas del proceso de selección. (Resolución N.º 1090-2016-TCE-S4, de 25-05-2016, ff. 13, 14 y 16. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2MJe3YO>).

§ 1212. Obligatoriedad de usar los documentos estándar que aprueba el OSCE. 19. [...] [Cabe] recordar que de acuerdo al segundo párrafo del artículo 26 del Reglamento [cfr. art. 47.3 del Nuevo Reglamento] el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, elabora los documentos del procedimiento de selección a su cargo utilizando obligatoriamente los documentos estándar que aprueba el OSCE y la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación aprobado; contemplando, además, el contenido mínimo de los documentos del procedimiento señalado en el numeral 1 del artículo 27 del Reglamento [cfr. art. 48.1 del Nuevo Reglamento], referido al contenido de las bases de la adjudicación simplificada. [...] **31.** En ese contexto, resulta relevante señalar que, según las bases estandarizadas aprobadas por la Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)] [...], el órgano encargado de las contrataciones o comité de selección, según corresponda, debe determinar al elaborar las bases si resulta suficiente la presentación de una declaración jurada para acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas o, de lo contrario, si es necesario que lo declarado se encuentre acreditado con la presentación de algún otro documento (Resolución N.º 0026-2017-TCE-S4, de 05-01-2017, ff. 19 y 31. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2SH1n76>).

§ 1213. La omisión del documento de programa de capacitación no es subsanable, porque no se encuentra en ninguno de los supuestos referido a la subsanación de omisión de documentos. Véase la jurisprudencia del artículo 60º del Nuevo Reglamento [§ 1424]. (Resolución N.º 074-2017-TCE-S4, de 19-01-2017, f. 16. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2GHZrOF>).

§ 1215. Contenido de las bases debe incluir el contenido de la definición del sistema de contratación a usarse. Las Bases constituyen las reglas del proceso de selección y es en función a ellas que se debe efectuar la calificación y evaluación de las propuestas. Véase la jurisprudencia del artículo 35º del Nuevo Reglamento [§ 1065]. (Resolución N.º 508-2010-TCE-S2, de 05-03-2010, ff. 13 y 14. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2RaFpMO>).

§ 1215. Para la configuración de una mejora tecnológica, lo ofertado por los postores no debe formar parte de las especificaciones técnicas consignadas en las bases ni generar costo adicional. La entidad debe delimitar los aspectos que deberán cumplir las mejoras o innovaciones tecnológicas. Véase la jurisprudencia del artículo 2º de la Ley [§ 177]. (Resolución N.º 144-2007-TC-SU, de 07-02-2007, ff. 11 al 13. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2TntNTH>).

§ 1216. Puede revocarse el acto que declara desierto el procedimiento, si esto último se dio debido a la exigencia al postor de un requisito que no se previó en las bases del procedimiento. Véase la jurisprudencia del artículo 65º del Nuevo Reglamento [§ 1452]. (Resolución N.º 2906-2016-TCE-S3, de 09-12-2016, ff. 13 al 15. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2Dwv8Cz>).

§ 1217. Cuando exista pluralidad de profesionales requeridos, las bases deben consignar de manera clara e inequívoca la cantidad de tiempo de experiencia requerido para cada uno de ellos. Véase la jurisprudencia del artículo 49° del Nuevo Reglamento [§ 1247]. (Resolución N.º 2409-2016-TCE-S3, de 11-10-2016, ff. 11, 12, 18 y 20. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2CVnMH3>).

§ 1218. Se incurre en contradicción si en las bases se solicita que se acredite la “disponibilidad” de un equipo y al mismo tiempo, en otro numeral, se solicita que se acredite la propiedad o sub alquiler del mismo equipo, ya que se hacen referencia a situaciones jurídicas distintas. Véase la jurisprudencia del artículo 49° del Nuevo Reglamento [§ 1248]. (Resolución N.º 2409-2016-TCE-S3, de 11-10-2016, ff. 13, 14, 18 y 20. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2CVnMH3>).

§ 1219. No es pertinente exigir que un profesional acredite ser empleado de la empresa postora por un tiempo determinado, pues bastaría que tal profesional tenga el mínimo o más experiencia de la exigida en el requerimiento, sin importar la empresa en que la adquirió. Véase la jurisprudencia del artículo 49° del Nuevo Reglamento [§ 1249]. (Resolución N.º 2409-2016-TCE-S3, de 11-10-2016, ff. 15, 18 y 20. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2CVnMH3>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1220. El comité de selección solo puede actualizar el valor estimado del procedimiento de selección antes de su convocatoria. 2.2. Precisado lo anterior, es importante mencionar que atendiendo a lo señalado en el primer párrafo del artículo 22 del Reglamento [cfr. art. 43.1 del Nuevo Reglamento], las Entidades pueden conformar comités de selección con el propósito de que estos tengan a cargo la conducción y realización de un procedimiento de selección. Dicho comité de selección, es competente para preparar los documentos del procedimiento, así como para adoptar las decisiones y realizar todo acto necesario para el desarrollo del procedimiento hasta su culminación, sin que puedan alterar, cambiar o modificar la información del expediente de contratación. Según el artículo 26 del Reglamento [cfr. art. 47 del Nuevo Reglamento], estos documentos del procedimiento, constituyen las Bases sólo en el caso de licitaciones y concursos públicos, así como en las adjudicaciones simplificadas y la subasta inversa electrónica. Este mismo artículo precisa la información que las bases deben contener, advirtiéndose que solo en el caso de obras y consultoría de obras, se consigna el valor referencial de la contratación, de lo cual se desprende que el valor estimado en bienes y servicios no forma parte de la información contenida en las bases del respectivo procedimiento de selección. 2.3. De las disposiciones citadas puede advertirse, que la normativa ha previsto la obligación de establecer un valor estimado para la contratación de bienes y servicios, y que dicho valor puede ser actualizado, pero solo hasta antes de su convocatoria, esto en razón de la reserva que se guarda respecto de dicho monto hasta después de otorgada la buena pro del procedimiento. (Opinión N.º 065-2017/DTN, de 02-03-2017, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zKePzg>).

§ 1221. Si el comité de selección incorpora un documento o exigencia no prevista en el expediente de contratación, ello no debe llevar a la no admisión de la propuesta de los postores que no adjuntaron a sus propuestas dicho documento o exigencia. CONSULTA: 2.1. “¿Si las bases de un proceso de selección no establecen la obligatoriedad de presentación de un documento, el Comité de Selección puede, en atribución de sus facultades, considerar que dicho documento tiene carácter obligatorio y por tanto, no admitir propuestas que carecerían de dicho documento?” [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. En la etapa de “admisión” el comité de selección verifica la presentación de los documentos requeridos en el artículo 31 del Reglamento -de acuerdo al objeto de la contratación-, y determina si las ofertas responden a las características y/o requisitos funcionales, y condiciones de las Especificaciones Técnicas, Términos de Referencia o Expediente Técnico de Obra, especificados en los documentos del procedimiento de selección. 3.2. En virtud a lo establecido en el artículo 26 del Reglamento [cfr. art. 47.3 del Nuevo Reglamento], según el cual “el Comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, elabora los documentos del procedimiento de selección a su cargo, utilizando obligatoria-

mente los documentos estándar que aprueba el OSCE y la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación aprobado”, en caso de que aquellos hayan incorporado un documento o exigencia no prevista en el expediente de contratación, ello no debe conllevar a la no admisión de la propuesta de los postores que no adjuntaron a sus propuestas dicho documento o exigencia. **3.3.** El titular de la entidad, durante el procedimiento de selección, de acuerdo al artículo 44 de la Ley, en los casos que conozca, declara de oficio la nulidad de los actos del procedimiento de selección, cuando, entre otros, se “(...) prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida, la etapa a la que se retrotrae el procedimiento de selección”, a fin de corregir los aspectos, contenidos, requisitos, y condiciones que pudieran generar o inducir a error a los postores o que son incoherentes o contradictorios a partir de una lectura integral de los documentos del procedimiento de selección. (Opinión N.º 082-2017/DTN, de 15-03-2017, ff. 2.1 y 3.1 al 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BAQoFP>).

§ 1222. Una vez absueltas las consultas y observaciones, y con el pronunciamiento del OSCE cuando corresponda, el comité de selección debe integrar las bases como reglas definitivas del procedimiento de selección. CONSULTA: 2. “¿Requerir al personal clave, experiencia internacional para la contratación de un servicio de consultoría de obra (elaboración de expediente técnico), afectaría el principio de libertad de concurrencia, teniendo en consideración que dicha exigencia o requisito se ha previsto en los documentos (Minuta de Discusión) que han sustentado los acuerdos bilaterales, entre un organismo o agencia internacional y el Estado Peruano?”. [...] **2.2.** [Corresponde] señalar que de acuerdo con el artículo 26 del Reglamento [cfr. art. 46 del Nuevo Reglamento], el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, es el responsable de elaborar los documentos del procedimiento de selección a su cargo, empleando para ello -de manera obligatoria- los documentos estándar aprobados por el OSCE y la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación aprobado. Cabe precisar que los documentos del procedimiento son: (i) las bases, utilizadas para los procedimientos de licitación pública, concurso público y adjudicación simplificada; (ii) las solicitudes de expresión de interés, utilizadas para la selección de consultores individuales; y (iii) las solicitudes de cotización, empleadas para la comparación de precios. **2.3.** Así, una vez elaboradas y aprobadas las bases, corresponde que el órgano responsable -comité de selección, en este caso- convoque el procedimiento y publique dichas bases a través del SEACE. Al respecto, resulta pertinente precisar que si bien las bases deben recoger la descripción objetiva y precisa de las características técnicas, condiciones, cantidad y calidad de la prestación a contratar, puede ocurrir que tal documento contemple información imprecisa, incongruente o defectuosa, ante lo cual, los participantes pueden solicitar su aclaración mediante consultas o, incluso, cuestionarlas mediante observaciones. [...] **2.4.** [En] caso los participantes consideren que la absolución de una consulta u observación por parte del comité especial es contraria a la normativa de contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el procedimiento de selección o con el objeto de la contratación, pueden solicitar la elevación de los cuestionamientos al pliego absolutorio de consultas y observaciones, a efectos de que el OSCE emita un pronunciamiento, el cual debe encontrarse motivado e incluye la revisión de oficio sobre cualquier aspecto de las Bases. [...] **2.5.** En razón de lo anterior una vez absueltas las consultas y observaciones, y con el pronunciamiento del OSCE cuando corresponda, el comité de selección debe integrar las bases como reglas definitivas del procedimiento de selección; para lo cual, debe incorporar únicamente: (i) las modificaciones que se hayan producido como consecuencia de consultas u observaciones, (ii) la implementación del pronunciamiento del OSCE, y (iii) las modificaciones requeridas por el OSCE en el marco de sus acciones de supervisión [...]. (Opinión N.º 020-2018/DTN, de 09-02-2018, ff. 2 y 2.2 al 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2P9yeP4>).

§ 1223. En una contratación bajo la modalidad de concurso oferta, el comité de selección debía establecer en las Bases, la metodología y los factores de evaluación para determinar la experiencia del personal profesional en las diversas prestaciones que comprendía la contratación. Véase la jurisprudencia del artículo 36º del Nuevo Reglamento [§ 1121]. (Opinión N.º 084-2018/DTN, de 14-06-2018, ff. 3.1 al 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RkqUSR>).

§ 1224. Los documentos del procedimiento de selección que son publicados a través del SEA-CE deben estar debidamente visados por la autoridad correspondiente. Véase la jurisprudencia del artículo 27° del Nuevo Reglamento [§ 1017]. (Opinión N.º 013-2018/DTN, de 26-01-2018, ff. 2, 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Kxo8XA>).

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 1225. No es viable que para la evaluación de las ofertas la Entidad solicite una exigencia costosa para los postores, que significará una pérdida económica imposible de ser revertida a todos aquellos que no ganen la buena pro del ítem al que postulan en observancia al principio de economía. OBSERVACIÓN N.º 03: CONTRA LA PRESENTACIÓN DE MUESTRAS. El participante cuestiona que se exija que las muestras presentadas en la propuesta técnica deban ser abiertas, toda vez que, en algunos casos, dicho acto resultaría altamente costoso para los proveedores por tratarse de productos estériles que, de ser abiertos en sus empaques primarios, no podrían ser utilizados posteriormente. A ello le suma el hecho de que, al estarse solicitando también folletos para acreditar el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos, resultaría excesivo que se requiera que las muestras sean abiertas, siendo que, en algunos casos, los productos vienen en presentaciones de blíster transparente o frasco de vidrio, lo que permitiría una clara visión de las bondades del producto, sin necesidad de abrir el empaque primario. En ese sentido, solicita que se modifique el criterio de evaluación de las muestras, a efectos de que los productos no sean abiertos en sus empaques primarios sellados de fábrica, a fin de mantener su esterilidad y vigencia. PRONUNCIAMIENTO: [...] [La] definición de los requerimientos técnicos mínimos es de responsabilidad de la Entidad, sin mayor restricción que la de permitir la mayor concurrencia de proveedores en el mercado, debiéndose considerar criterios de razonabilidad, congruencia y proporcionalidad. Al respecto, de la revisión del informe técnico, remitido con ocasión de la solicitud de elevación, el Comité Especial señaló que “para la evaluación de las muestras es necesario la apertura de las mismas, a fin de confirmar el cumplimiento de las especificaciones técnicas solicitadas en las Bases”. Asimismo, se aprecia que las pruebas a las que serán sometidas las muestras consisten en la verificación de medidas (diámetro, longitud, etc.), flexibilidad, resistencia a la sutura, propiedades físicas, entre otras; y no se basará necesariamente en procedimientos científicos. Adicionalmente, de la revisión de las Bases se advierte que, además de las muestras, en la propuesta técnica se está requiriendo una serie de documentos a través del cual se acredite el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos, tales como folletería, Declaración Jurada que acredite el cumplimiento de los Requerimientos Técnicos Mínimos y la Declaración Jurada - Ficha Técnica del producto. Así, la solicitud de la serie de documentos antes detallados tiene el mismo fin que las pruebas a realizar a las muestras: la acreditación del cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos; siendo que las muestras, tal como se ha manifestado, constituirían una exigencia costosa en las ofertas de los postores, en la medida que algunos de los productos que serán materia de evaluación, se volverían inutilizables al perder su calidad de productos estériles. A ello se le suma el hecho de que para el caso de postores que no se harán acreedores a la obtención de la buena pro de alguno de los ítems, dicho costo significará una pérdida económica imposible de ser revertida con la ganancia que represente ganar la buena pro del ítem al que postuló. Al respecto, cabe señalar que el Principio de Economía busca que en toda contratación se apliquen criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar exigencias y formalidades costosas e innecesarias en las Bases y en los contratos. [...] En virtud de lo expuesto, toda vez que el recurrente solicita que se modifique el criterio de evaluación de las muestras, a efectos de que los productos no sean abiertos en sus empaques primarios sellados de fábrica, a fin de mantener su esterilidad y vigencia, este Organismo Supervisor ha decidido ACOGER la presente Observación, por lo que la Entidad deberá realizar el análisis de las muestras presentadas sin realizar la apertura de los empaques primarios, o suprimir la obligación de presentarlas. (Pronunciamento N.º 221-2012/DSU, de 25-05-2012, Observación N.º 3. Dirección de Supervisión. Texto completo: <bit.ly/2HfNWJV>).



§ 1226. Las Bases no pueden establecer una responsabilidad total y absoluta del contratista por incidentes ocurridos en el cumplimiento de sus funciones, obviando que podrían presentarse situaciones no atribuibles a este. Véase la jurisprudencia del artículo 29º del Nuevo Reglamento [§ 1045]. (Pronunciamiento N.º 326-2005/GTN, de 23-11-2005, Observación N.º 4. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MUxQo3>).

REMISIÓN

§ 1226a. Sobre las Bases y solicitud de expresión de interés estándar para los procedimientos de selección. Véase también la jurisprudencia de la Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD [§ 2197 ss.].

Artículo 48: Contenido mínimo de los documentos del procedimiento

48.1. Las bases de la Licitación Pública, el Concurso Público, la Adjudicación Simplificada y la Subasta Inversa Electrónica contienen:

- a) La denominación del objeto de la contratación;
- b) Las especificaciones técnicas, los Términos de Referencia, la Ficha de Homologación, la Ficha Técnica o el Expediente Técnico de Obra, según corresponda;
- c) El valor referencial con los límites inferior y superior que señala en el numeral 28.2 del artículo 28 de la Ley, cuando corresponda. Estos límites se calculan considerando dos (2) decimales. Para ello, si el límite inferior tiene más de dos (2) decimales, se aumenta en un dígito el valor del segundo decimal; en el caso del límite superior, se considera el valor del segundo decimal sin efectuar el redondeo;
- d) La moneda en que se expresa la oferta económica;
- e) El sistema de contratación;
- f) La modalidad de ejecución contractual, cuando corresponda;
- g) Las fórmulas de reajuste, cuando correspondan;
- h) El costo de reproducción;
- i) Los requisitos de calificación;
- j) Los factores de evaluación;
- k) Las instrucciones para formular ofertas;
- l) Las garantías aplicables;
- m) En el caso de ejecución de obras, cuando se hubiese previsto las entregas parciales del terreno;
- n) Las demás condiciones de ejecución contractual; y,
- o) La proforma del contrato, cuando corresponda.

48.2. Las solicitudes de expresión de interés del procedimiento de Selección de Consultores Individuales contienen:

- a) La denominación del objeto de la contratación;
- b) Los Términos de Referencia;
- c) El valor estimado, que constituye el precio de la contratación;
- d) El formato de hoja de vida;
- e) Los requisitos de calificación;
- f) Los factores de evaluación; y,
- g) Las instrucciones para formular expresión de interés.

48.3. En caso se opte por elaborar una solicitud de cotización en el caso de la Comparación de Precios, aquella contiene como mínimo lo dispuesto en el literal b) del numeral 48.1.

48.4. Cuando no se elabore una solicitud de cotización y la información se obtenga de manera telefónica, presencial o mediante portales electrónicos la Entidad elabora un informe que contenga los detalles de dicha indagación. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

- (a) Véase la Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD, "Bases y solicitud de expresión de interés estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley N.º 30225" (EP, 29-01-2019) [D-001].

DEFINICIONES

BASES: Documento del procedimiento de Licitación Pública, Concurso Público, Adjudicación Simplificada y Subasta Inversa Electrónica que contiene el conjunto de reglas formuladas por la Entidad para la preparación y ejecución del contrato.

EXPEDIENTE TÉCNICO DE OBRA: El conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios.

FICHA TÉCNICA: Documento estándar mediante el cual se uniformiza la identificación y descripción de un bien o servicio común, a fin de facilitar la determinación de las necesidades de las Entidades para su contratación y verificación al momento de la entrega o prestación a la Entidad.

PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA DEL OSCE

§ 1227. El Comité de selección debe contar con la constancia o formulario de cargos en donde conste que el participante recibió el expediente técnico completo y adjuntarlo como parte de la absolución de las consultas y/u observación. 4. PRECEDENTE ADMINISTRATIVO DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA. Sobre el particular, cabe señalar que de conformidad con lo dispuesto en la tercera disposición complementaria final del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, los pronunciamientos emitidos por el OSCE en el marco de sus competencias, constituyen precedente administrativo cuando aquellos así lo establezcan. El criterio interpretativo establecido en el pronunciamiento conservará su vigencia mientras no sea modificado mediante otro pronunciamiento posterior, debidamente sustentado o por norma legal. Asimismo, de acuerdo a la Directiva N.º 006-2012-OSCE/CD [hoy derogada] [...], este Organismo Supervisor tiene la facultad de establecer que ciertos extremos de determinados pronunciamientos, en virtud de la relevancia o reiteración de la materia abordada, constituyan precedentes administrativos de observancia obligatoria. Al respecto, cabe señalar que en diversos procesos de selección convocados para la contratación de ejecución de obras que cuentan con expediente técnico aprobado, así como en el presente caso, se ha advertido que los participantes cuestionan, en la etapa de formulación de consultas y/o en la etapa de formulación de observaciones, que ante la solicitud de copias físicas o en medio magnético del expediente técnico, las Entidades omiten la entrega de la copia del expediente técnico o que se haya entregado incompleto y que, pese a ello, en la etapa de absolución de consultas y/u observaciones, los Comités Especiales no desvirtúan estos cuestionamientos referidos a la inadecuada entrega de dichas copias. En ese contexto, surge la elevación de observaciones para pronunciamiento del OSCE mediante la cual determinados recurrentes sostienen que el expediente técnico no se haya entregado completo, ante lo cual correspondería señalar que se habría actuado en contravención de lo dispuesto en el artículo 52 del Reglamento y del artículo 26 de la Ley [cfr. art. 48 del Nuevo Reglamento] que establece que las Bases deben contener, obligatoriamente, en el caso de obras, el expediente técnico, que debe comprender la documentación señalada en el numeral 24) del Anexo de Definiciones del Reglamento. Dado lo expuesto, este Organismo Supervisor decide establecer que, la absolución del extremo b) de la Observación N.º 9 del acápite 2 del presente pronunciamiento constituya precedente administrativo de observancia obligatoria, estableciéndose como regla que: 1. Considerando que es responsabilidad de la Entidad cumplir con entregar la copia del expediente técnico completo a los participantes, el Comité Especial, como responsable de la conducción integral del proceso de selección, debe contar con la constancia o formulario de cargos en donde conste que el participante recibió el expediente técnico completo y adjuntarlo como parte de la absolución de la consultas y/u observación, según corresponda, siendo que, de no tener dicha documentación no podría desvirtuarse lo observado por el recurrente, advirtiéndose la configuración de un vicio de nulidad, siendo competencia del Titular de la Entidad declarar la nulidad del proceso conforme a los alcances del artículo 56 de la Ley [cfr. art.

44 de la Ley vigente], de modo que aquél se retrotraiga a la etapa en la cual se generó el vicio, a fin de que ese acto y los subsiguientes se realicen de acuerdo con la normativa vigente. Además, es preciso destacar que, de no cumplirse con lo señalado precedentemente se da por confirmada la transgresión observada por el recurrente. Finalmente, este precedente se aplica a partir de su publicación en el portal institucional del OSCE. (Pronunciamiento N.º 1149-2015/DSU, de 28-09-2015, f. 4. Dirección de Supervisión. Texto completo: <bit.ly/2G8YsRN>).

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1228. Las Bases son requisitos indispensables de toda contratación pública. 5. Las Bases Administrativas son requisitos indispensables, con los cuales disponen los postores en un proceso de selección, ellas deben ser claras, precisas y concisas, permitiendo que el proceso de selección se desarrolle con transparencia, equidad y justicia; al asignarse el puntaje a los factores y subfactores para la evaluación respectiva, estos deben normar con simpleza las metas u objetivos por alcanzar y que no lleven a dudas o aclaración a las Bases posteriormente, siendo la finalidad de obtener el mejor producto y con ello el mejor servicio para el Estado, dentro de los criterios de mejor calidad, precio justo y productividad. (Resolución N.º 300-2002-TC-S2, de 08-05-2002, f. 5. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2Smpzi6>).

§ 1229. Finalidad el contenido mínimo de las bases del procedimiento de selección. 28. [...] [Las] bases de un procedimiento de selección deben contar con el contenido mínimo de los documentos del procedimiento que establece la normativa de contrataciones, los requisitos de calificación y los factores de evaluación, cuya finalidad se encuentra orientada a elegir la mejor oferta sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores, que redunden en una oferta de calidad y al mejor costo para el Estado, constituyendo un parámetro objetivo, claro, fijo y predecible de actuación de la autoridad administrativa, que tiene como objetivo evitar conductas revestidas de subjetividad que puedan ulteriormente desembocar en situaciones arbitrarias, asegurando con ello un marco de seguridad jurídica. (Resolución N.º 716-2017-TCE-S3, de 17-04-2017, f. 28. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2FaQia8>).

§ 1230. Las Bases deben contener el detalle de las características técnicas, las cuales deberán estar señaladas con precisión, de lo contrario el proceso de selección se encuentra viciado de nulidad. 18. [...] [Este] Tribunal concluye que las Bases del procedimiento de selección, contiene una disposición que contraviene los Principios de Libertad de Concurrencia, de Competencia y de Transparencia, así como el artículo 27 del Reglamento [cfr. art. 48 del Nuevo Reglamento] el cual prescribe que las Bases deben contener el detalle de las características técnicas, las cuales deberán estar señaladas o precisión, además de fomentar la mayor concurrencia y participación. Todo ello ha ocasionado que el proceso de selección se encuentre viciado de nulidad, cual ha derivado en la sustanciación de un proceso que deviene en irregular. Por tanto, el vicio incurrido resulta trascendente no siendo materia de conservación del acto al haberse contravenido los mencionados dispositivos legales. En vista que las Bases constituyen las reglas del procedimiento, bajo las cuales evaluará a todos los participantes en él, un vicio en su elaboración justifica plenamente que la Administración disponga la nulidad íntegra del proceso de selección y lo retrotraiga a la etapa de convocatoria. (Resolución N.º 1089-2016-TCE-S4, de 25-05-2016, f. 18. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2FnAoes>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1231. Las Entidades no están facultadas para realizar modificaciones a las bases estándar aprobadas por el OSCE. 2.1.3. Por su parte, debe mencionarse que los procedimientos de selección que se convoquen deben emplear alguna de las bases estandarizadas aprobadas mediante Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (**D-001**)], según el objeto y tipo de procedimiento de selección. Estas bases estándar no pueden ser objeto de modificación por parte de las Entidades, limitándose estas últimas a registrar determinada información en la Sección Específica, conforme a las instrucciones indicadas en las mismas bases. En ese sentido, las Entidades no se encuentran

en la facultad de realizar modificaciones a las bases estándar aprobadas por el OSCE, ni mucho menos consignar una disposición contrataría a la normativa de contrataciones del Estado, como sería eliminar la posibilidad de que la garantía por la interposición de un recurso de apelación pueda estar constituida en un depósito en la cuenta bancaria de la Entidad, en el caso de que dicha instancia sea la que resuelva el recurso. [...] (Opinión N.º 046-2017/DTN, de 16-02-2017, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TTyIf7>).

§ 1232. El objeto contractual se determina en función a la prestación que representa la mayor incidencia porcentual en el valor referencial de la contratación. Véase la jurisprudencia del artículo 53º del Nuevo Reglamento [§ 1387]. (Opinión N.º 004-2018/DTN, de 11-01-2018, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T6wKvZ>).

§ 1233. Corresponde a cada Entidad determinar el objeto de sus contrataciones, teniendo en consideración, para tal efecto, la naturaleza y características particulares del requerimiento formulado por el área usuaria. Véase la jurisprudencia del artículo 53º del Nuevo Reglamento [§ 1388]. (Opinión N.º 004-2018/DTN, de 11-01-2018, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T6wKvZ>).

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 1234. Es competencia de la Entidad determinar el costo de reproducción de las bases. En los procedimientos relativos a ejecución de obra, el costo requerido por la Entidad para la reproducción de Bases incluye el costo de las copias del expediente técnico. Asimismo, el referido artículo señala que en la oportunidad del registro, el participante podrá solicitar a la Entidad un ejemplar de las Bases, estando la Entidad obligada a su entrega, previo pago del costo de reproducción de estas. En el caso de la contratación de la ejecución de obras, el ejemplar de las Bases deberá comprender el expediente técnico de obra. Ahora bien, en el pliego absolutorio de observaciones el Comité Especial [ahora de selección] señaló que el costo requerido es simbólico, pues el costo es mayor. Al respecto, cabe señalar que el presente procedimiento consiste en la ejecución de una obra, por lo que, el costo requerido por la Entidad no solo se refiere a la reproducción de las Bases, sino también este incluye el costo de las copias del expediente técnico que contiene memoria descriptiva, planos y otros. Por lo tanto, toda vez que es competencia de la Entidad determinar el costo de reproducción de las Bases, este Organismo Supervisor ha decidido **NO ACOGER** la presente observación. Sin perjuicio de lo anterior, con motivo de la integración de las Bases, deberá registrarse en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), la estructura de costos de reproducción de las Bases y del expediente técnico de la obra que fuera entregado a los participantes. En tal sentido, de advertirse que el valor determinado excede el costo de reproducción de los documentos señalados, deberá devolverse el pago en exceso a los participantes que hubiesen requerido copia de las Bases y del expediente técnico. (Pronunciamiento N.º 716-2013/DTN, de 07-08-2013, Observación N.º 2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2D3fkGV>).

REMISIÓN

§ 1234a. Sobre las Bases y solicitud de expresión de interés estándar para los procedimientos de selección. Véase también la jurisprudencia de la Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD [§ 2197 ss.].

Artículo 49: Requisitos de calificación

49.1. La Entidad verifica la calificación de los postores conforme a los requisitos que se indiquen en los documentos del procedimiento de selección, a fin de determinar que estos cuentan con las capacidades necesarias para ejecutar el contrato. Para ello, en los documentos del procedimiento de selección se establecen de manera clara y precisa los requisitos que cumplen los postores a fin de acreditar su calificación.

49.2. Los requisitos de calificación que pueden adoptarse son los siguientes:

- a) Capacidad legal: habilitación para llevar a cabo la actividad económica materia de contratación.
- b) Capacidad técnica y profesional: aquella relacionada al equipamiento estratégico, infraestructura estratégica, así como la experiencia del personal clave requerido. Las calificaciones del personal pueden ser requeridas para servicios en general, obras, consultoría en general y consultoría de obras.
- c) Experiencia del postor en la especialidad.
- d) Solvencia económica: aplicable para licitaciones públicas convocadas para contratar la ejecución de obras.

49.3. Tratándose de obras y consultoría de obras, la capacidad técnica y profesional es verificada por el órgano encargado de las contrataciones para la suscripción del contrato. La Entidad no puede imponer requisitos distintos a los señalados en el presente artículo.

49.4. En el caso de las personas jurídicas que surjan como consecuencia de una reorganización societaria no pueden acreditar la experiencia de las personas sancionadas que absorben.

49.5. En el caso de consorcios, solo se considera la experiencia de aquellos integrantes que ejecutan conjuntamente el objeto del contrato. Asimismo, el área usuaria puede establecer: i) un número máximo de consorciados en función a la naturaleza de la prestación, ii) un porcentaje mínimo de participación de cada consorciado, y/o iii) que el integrante del consorcio que acredite mayor experiencia cumpla con un determinado porcentaje de participación. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 001-2018-OSCE/CD, "Requisito de solvencia económica en adjudicaciones simplificadas cuyo uso se autoriza mediante normas de excepción" (EP, 16-03-2018) [D-016].

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1235. **Acreditación de la experiencia del postor mediante la presentación de comprobantes de pagos, en el caso de la adquisición de bienes o contratación de servicios.** Visto y considerando la propuesta presentada por el Señor Presidente, los vocales del Tribunal, luego del análisis y amplio debate, por unanimidad, ACORDARON: Establecer el siguiente criterio interpretativo: **1.** La experiencia del postor en el caso de adquisición de bienes o contratación de servicios en general puede ser acreditada mediante la presentación de comprobantes de pago; los cuales, a efectos de ser materia de calificación en el factor de evaluación respectivo, no requieren para su validez que consignen expresamente su cancelación; toda vez que, de conformidad con el Reglamento de Comprobantes de Pago, dichos comprobantes de pago son emitidos una vez entregados los bienes o culminado o prestado el servicio, con lo cual se acredita la experiencia requerida, interpretación que guarda coherencia con las normas de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y con los principios que rigen dicha normatividad. **2.** El Tribunal podrá verificar, de oficio o a pedido de parte, la veracidad de los comprobantes de pago presentados para acreditar la experiencia del postor, cuando sean cuestionados y existan suficientes indicios que ameriten realizar la verificación correspondiente, en aplicación del Principio de Verdad Material y de Moralidad, para lo cual podrá solicitar a las partes y/o terceros la remisión de información y/o documentación idónea para verificar la veracidad de la experiencia declarada. (Acuerdo N.º 010-2008-TC, de 30-06-2008. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. Texto completo: <bit.ly/2POytEn>).

PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA DEL OSCE

§ 1236. **La colegiatura y habilitación de los profesionales se requerirá para el inicio de su participación efectiva en la ejecución del contrato, tanto para aquellos titulados en el Perú como en el extranjero. La entidad, antes de suscribir el contrato puede verificar que la experiencia que se pretenda acreditar fue adquirida cuando el profesional se encontraba legalmente habilitado para ello. 3.1. Respecto de la colegiatura y la habilitación profesional.** En las Bases, para la calificación previa y la propuesta técnica, se requiere que los profesionales solicitados se encuentren colegiados y habilitados. Al respecto, debe tenerse presente que, si bien dichos profesionales deben encontrarse

habilitados y colegiados para el ejercicio de la profesión, cabe recalcar que ello no coincide con la presentación de las propuestas ni necesariamente con la suscripción del contrato respectivo entre la Entidad y el postor ganador de la buena pro, sino con el inicio de su participación efectiva en la ejecución del contrato. No obstante, y pese a no resultar obligatorio para las Entidades verificar la habilitación de los profesionales, por no ser empleadores de estos, este Organismo Supervisor recomienda que, de manera previa al inicio de la ejecución del contrato, las Entidades exijan al proveedor que ejecutará el contrato respectivo, acreditar que los profesionales que empleará para ello se encuentran colegiados y habilitados, hayan realizado sus estudios en el Perú o en el extranjero. En tal sentido, deberá precisarse en las Bases que la colegiatura y habilitación de los profesionales se requerirá para el inicio de su participación efectiva en la obra, tanto para aquellos titulados en el Perú o en el extranjero, debiendo suprimirse cualquier regulación contraria de cualquier extremo de las Bases, incluyendo el Anexo N.º 8, donde se incluye una columna referida a la colegiatura, por lo que éste deberá adecuarse según corresponda. Lo anterior no resulta impedimento para que la Entidad antes de suscribir el contrato, en el ejercicio de su función fiscalizadora, verifique que la experiencia que se pretenda acreditar haya sido adquirida cuando el profesional se encontraba habilitado legalmente para ello. [...] 4. PRECEDENTE ADMINISTRATIVO DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA. En atención a lo dispuesto en la Directiva N.º 006-2012-OSCE/CD [hoy derogada], este Organismo Supervisor tiene la facultad de establecer que ciertos extremos de determinados pronunciamientos, en virtud de la relevancia o reiterancia de la materia abordada, constituyan precedentes administrativos de observancia obligatoria. Al respecto, cabe indicar que, en las diversas contrataciones públicas convocadas por las Entidades, así como en el presente caso, se ha advertido la exigencia de diversos requisitos, y en distintas oportunidades, para acreditar la habilitación profesional del personal encargado de ejecutar las prestaciones necesarias para cumplir con el contrato a desarrollar. Bajo dicho contexto de inseguridad jurídica y falta de unidad en la regulación relativa a la habilitación profesional, este Organismo Supervisor decide establecer que el numeral 3.1 del presente pronunciamiento constituya precedente administrativo de observancia obligatoria, estableciéndose como reglas que: **1.** La colegiatura y habilitación de los profesionales se requerirá para el inicio de su participación efectiva en la ejecución del contrato, tanto para aquellos titulados en el Perú como en el extranjero. **2.** Lo anterior no resulta impedimento para que la Entidad, antes de suscribir el contrato, en el ejercicio de su función fiscalizadora, verifique que la experiencia que se pretenda acreditar haya sido adquirida cuando el profesional se encontraba habilitado legalmente para ello. Finalmente, cabe indicar que las mencionadas reglas se aplicarán a partir de la publicación del presente pronunciamiento en el portal institucional del OSCE. (Pronunciamiento N.º 691-2012/DSU, de 13-12-2012, ff. 3.1 y 4, que establece como Precedente administrativo de observancia obligatoria esta regla de interpretación. Dirección de Supervisión. Texto completo: <bit.ly/2syfPV2>).

§ 1237. **Documentos para acreditar la experiencia del personal propuesto. Para acreditar la experiencia de los profesionales, se podrán presentar todo tipo de documento que acredite ello sin perjuicio que lleven o no la denominación de constancia o certificado.** OBSERVACIÓN N.º 2: CONTRA LA FORMA DE ACREDITAR LA EXPERIENCIA DEL PERSONAL PROPUESTO. Mediante la Observación N.º 2, el recurrente solicita modificar el extremo referido a la acreditación del personal propuesto de los literales g) y h) de la documentación de presentación obligatoria, en virtud a los Principios de Transparencia, Imparcialidad y Trato Justo e Igualitario del artículo 4 de la Ley [cfr. art. 2 de la Ley vigente]. PRONUNCIAMIENTO. Es el caso que, de la revisión de las Bases y de los pliegos absolutorios de consultas y de observaciones, se advierte que la forma de acreditar la experiencia mínima del personal propuesto establecida en el subtítulo de documentación de presentación obligatoria, es la siguiente: g) (...) contratos con su respectiva acta de recepción, conformidad, constancias, certificados y/o cualquier otro documento que, de manera fehaciente, demuestre el tiempo de experiencia del profesional propuesto, donde conste el nombre y cargo del profesional propuesto las cuales podrán ser del sector público o privado (...) h) La acreditación para el cumplimiento de las exigencias de los Requerimientos Técnicos Mínimos para demostrar la experiencia de obras en general, obras similares y personal propuesto debe de demostrarse con Contratos y actas de recepción, resoluciones de liquidación; y/o cualquier otra documentación de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue ejecutada para acreditar el cumplimiento de los Requerimientos Técnicos



Mínimos contenidos en el Capítulo III de la presente sección. (El resaltado y subrayado es agregado.) Mientras que, en los requerimientos técnicos mínimos se indica que la forma de acreditar la experiencia del personal propuesto es “(...) con copias simples de contratos con su respectiva conformidad, constancias, certificados o cualquier otro documento que de manera fehaciente demuestre la experiencia de los profesionales.” Al respecto, cabe señalar que, efectivamente existen deficiencias en cuanto a la forma de acreditar indicada el literal g) de la documentación de presentación obligatoria, por lo que, deberá rectificarse el referido literal de modo que sea coherente con la forma de acreditar señalada en el Capítulo III de la Sección Específica de las Bases, puesto que esta última sí se ajusta a lo señalado en anteriores pronunciamientos. Así, aun cuando el Reglamento menciona como medios para acreditar la experiencia de los profesionales la presentación de certificados y/o constancias, debe entenderse dichos términos en su acepción más amplia. Así, constancia será todo documento en el que conste la información que se busque verificar, mientras que certificado será todo documento que certifique aquello que el postor afirme. En ese contexto, este Organismo Supervisor ha manifestado que, para acreditar la experiencia de los profesionales, se podrá presentar no sólo documentos que lleven el título de “constancia” o “certificado”, sino todo documento en el que conste o certifique ello, independientemente de su denominación. En consecuencia, la experiencia del personal propuesto se podrá acreditar con cualquiera de los siguientes documentos: (i) copia simple de contratos y su respectiva conformidad o (ii) constancias o (iii) certificados o (iv) cualquier otra documentación que, de manera fehaciente demuestre la experiencia del personal propuesto. De otro lado, en cuanto al literal h), se advierte que la forma de acreditar allí indicada es la referente a la experiencia mínima del postor, la cual es inexistente, es decir que, no se han establecido requisitos mínimos de experiencia del postor en el presente proceso de selección, por lo que, dicho literal deberá suprimirse. En virtud de lo expuesto, este Organismo Supervisor ha decidido ACOGER la Observación N.º 2, por lo que, con ocasión de la integración de las Bases, deberá suprimirse el literal h) y, rectificarse el literal g) de la documentación de presentación obligatoria y todos los extremos de las Bases que correspondan, de modo que quede establecido que, la experiencia del personal propuesto, se podrá acreditar con cualesquiera de los siguientes documentos: (i) copia simple de contratos y su respectiva conformidad o (ii) constancias o (iii) certificados o (iv) cualquier otra documentación que, de manera fehaciente demuestre la experiencia del personal propuesto. [...] 4. PRECEDENTE ADMINISTRATIVO DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA. En atención a lo dispuesto en la Directiva N.º 006-2012-OSCE/CD [hoy derogada], este Organismo Supervisor tiene la facultad de establecer que ciertos extremos de determinados pronunciamientos, en virtud de la relevancia o reiteración de la materia abordada, constituyan precedentes administrativos de observancia obligatoria. Al respecto, cabe indicar que, en las diversas contrataciones públicas convocadas por las Entidades, así como en el presente caso, se ha advertido la exigencia de diversas formas de acreditación, de la experiencia para el personal propuesto encargado de ejecutar las prestaciones necesarias para cumplir con el contrato a desarrollar. Bajo dicho contexto de inseguridad jurídica y falta de unidad en la regulación relativa a la acreditación de la experiencia del personal propuesto, este Organismo Supervisor decide establecer que, la absolución a la Observación N.º 2 del acápite 2.1. del presente pronunciamiento constituya precedente administrativo de observancia obligatoria, estableciéndose como reglas que: **1.** La experiencia del personal propuesto, se podrá acreditar con cualesquiera de los siguientes documentos: (i) copia simple de contratos y su respectiva conformidad o (ii) constancias o (iii) certificados o (iv) cualquier otra documentación que, de manera fehaciente demuestre la experiencia del personal propuesto. **2.** No será válida cualquier regulación de las Bases que se oponga a lo señalado en el párrafo anterior. Finalmente, cabe indicar que la mencionada regla se aplicará a partir de la publicación del presente pronunciamiento en el portal institucional del OSCE. (Pronunciamiento N.º 723-2013/DSU, de 09-08-2013, Observación N.º 2 y f. 4, que establece como Precedente administrativo de observancia obligatoria esta regla de interpretación. Dirección de Supervisión. Texto completo: <bit.ly/2VYtyQS>).

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1238. Previo a la evaluación de las ofertas deben considerarse las características y/o requisitos funcionales y condiciones de las especificaciones técnicas; luego, aplicar los factores de evalua-

ción. 6. [...] [P]reviamente a la evaluación de las ofertas, deben considerarse las características y/o requisitos funcionales y condiciones de las Especificaciones Técnicas, cuya función es asegurar a la Entidad que la propuesta del postor cumple con las características mínimas de idoneidad para proveer o ejecutar adecuadamente el bien o servicio objeto de la contratación, habilitando con ello a las propuestas que ingresarán en competencia y que serán evaluadas posteriormente; y, luego aplicar los factores de evaluación, las cuales contienen los elementos a partir de los cuales se asignará puntaje con la finalidad de seleccionar la mejor oferta. De acuerdo con lo señalado, tanto la Entidad como los postores se encuentran obligados a cumplir con lo establecido en las bases integradas, es así que la Entidad tiene el deber de calificar las propuestas conforme a las especificaciones técnicas y los criterios objetivos de evaluación detallados en aquellas. (Resolución N.º 2226-2016-TCE-S4, de 16-09-2016, f. 6. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2MMChRT>).

§ 1239. En la etapa de calificación, la Entidad verifica si los postores cuentan con las capacidades necesarias para ejecutar las prestaciones que requieren contratar; todo esto, de acuerdo a los requisitos que se indiquen en los documentos del procedimiento de selección, conforme a los documentos estándar aprobados por el OSCE según el método de contratación correspondiente.

16. [El] artículo 12 de la Ley establece que la Entidad califica a los proveedores utilizando los criterios técnicos, económicos, entre otros, previstos en el Reglamento. Para dicho efecto, los documentos del procedimiento de selección deben prever con claridad los requisitos que deben cumplir los proveedores a fin de acreditar su calificación. Adicional a ello, el artículo 28 del Reglamento [cfr. art. 49 del Nuevo Reglamento] establece que la Entidad verifica la calificación de los postores conforme a los requisitos que se indiquen en los documentos del procedimiento de selección, a fin de determinar si éstos cuentan con las capacidades necesarias para ejecutar el contrato. Para ello, en los documentos del procedimiento de selección se deben establecer de manera clara y precisa los requisitos que deben cumplir los postores a fin de acreditar su calificación. En ese sentido, en dicho artículo se establece los requisitos de calificación que pueden adoptarse, lo cuales son: (i) la capacidad legal, (ii) la capacidad técnica y profesional y (iii) la experiencia del postor. Asimismo, en el numeral 28.3 [cfr. art. 49.3 del Nuevo Reglamento] del citado artículo se dispone que la Entidad no puede imponer requisitos distintos a los señalados en el citado artículo y en los documentos estándar aprobados por el OSCE. [...] **18.** En ese sentido, la etapa de “calificación” corresponde al momento en que la Entidad verifica si los postores cuentan con las capacidades necesarias para ejecutar las prestaciones que requiere contratar, de acuerdo a los requisitos que se indiquen en los documentos del procedimiento de selección, conforme a los documentos estándar aprobados por el OSCE según el método de contratación correspondiente. Respecto de los documentos estándar aprobados por el OSCE, mediante Resolución N.º 001-2017-OSCE/CD, se aprobó la Directiva N.º 001-2017-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (**D-001**)] que contiene las “Bases y solicitud de expresión de interés estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley N.º 30225”, en lo sucesivo la Directiva, documentación que las Entidades se encuentran obligadas a utilizar en los procedimientos de selección que convoquen, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 7.2 y 7.3 de la misma. Es así que, a través de la citada Directiva, el OSCE aprobó las Bases Estándar para adjudicaciones simplificadas para la contratación de la ejecución de obras -las cuales son de cumplimiento obligatorio por parte de las entidades en los procedimientos de selección que convoquen-, que son aplicables al procedimiento de selección. En el numeral 3.2 del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases Estándar para adjudicaciones simplificadas para la contratación de la ejecución de obras, se estableció como requisitos de calificación los siguientes: a) Como capacidad legal, a la representación. b) Como capacidad técnica y profesional, al Equipamiento estratégico, a las calificaciones del plantel profesional clave (formación académica) y a la experiencia del plantel personal clave. c) Como experiencia del postor, a la experiencia en obras en general y en obras similares. Como se advierte, en las citadas Bases Estándar, las cuales son de cumplimiento obligatorio por parte de las entidades en los procedimientos de selección que convoquen, no se estableció como requisito de calificación (ni como capacidad legal, capacidad técnica y profesional o experiencia del postor) la “Declaración jurada sobre el compromiso de cambio de equipo”. (Resolución N.º 1486-2017-TCE-S4, de 13-07-2017, ff. 16 y 18. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2RWjSDt>).



§ 1240. El postor, para acreditar la experiencia en ejecución de obras, no puede presentar un contrato de obra realizado en consorcio a favor de una entidad pública donde se le asigna un porcentaje de participación, sin adjuntar la promesa formal de consorcio, a efectos de identificar fehacientemente los porcentajes y obligaciones que tuvo cada consorciado en la ejecución del contrato. 13. En este punto, es pertinente traer a colación lo dispuesto en el numeral 7.5.2. de la vigente Directiva N.º 002-2016-OSCE/CD “Participación de Proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado” [cfr. num. 7.5.2 de la Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (D-018)], en el extremo referido a la documentación válida para acreditar la experiencia en consorcio, así como el respectivo método de evaluación referente a la participación de proveedores en consorcio, en el que se señala lo siguiente: “(...) Experiencia del Postor 1. La acreditación de la experiencia del postal; se realiza en base a la documentación aportada por el o los integrantes del consorcio que se hubieran comprometido a ejecutar conjuntamente las obligaciones vinculadas directamente al objeto materia de la contratación, de acuerdo con lo declarado en la promesa de consorcio. Para dicho efecto se debe ponderar los montos de facturación contenidos en la referida documentación, teniendo en cuenta el porcentaje de las obligaciones declarado en la promesa de consorcio (...)”. 14. Ahora bien, en el presente caso, de acuerdo con la documentación obrante en la oferta del impugnante, se aprecia que para acreditar su experiencia en la ejecución de obras en general, adjuntó copia del Contrato N.º 142-2012-CE/HMC [...] celebrado entre el Hospital Militar Central y el CONSORCIO V, integrado por las empresas CBIA S.A.C. y AIC S.A.C., para la ejecución de la obra “Acondicionamiento, mantenimiento y reparación planta física de infraestructura del área de la rotonda de la Unidad de Emergencia del Hospital [...] [...] advirtiéndose el contenido del mismo, que se consigna en el exordio que la empresa CBIA S.A.C. tuvo una “95% de participación” y AIC S.A.C. “5% de participación”. [...] 15. En el contexto antes mencionado, de la revisión del Contrato N.º 142-2012-CE/HMC, presentado por el Impugnante para acreditar su experiencia en obras en general, este Colegiado aprecia que dicho documento señala de manera general que la referida empresa tuvo una “participación del 95%” y su consorciada, AIC S.A.C., un “5% de participación”; es decir, del tenor de dicho documento solo se puede conocer los porcentajes de participación que habrían tenido en el consorcio antes aludido, sin identificar de manera clara y precisa cuál sería la correspondencia de dichos porcentajes con las obligaciones vinculadas al objeto de convocatoria del presente procedimiento de selección, esto es, la participación en la ejecución de obras en general como se exige en las bases del procedimiento de selección. Así, solo conociendo los porcentajes de participación, pero no las obligaciones que asumió cada consorciado en aquella oportunidad, no podría conocerse con claridad si las actividades de cada uno estuvieron o no, vinculadas en su integridad a la ejecución de obras. 16. Asimismo, pese a ser un requisito para la validación de la experiencia adquirida en consorcio, tal como lo exigieron las bases, se advierte que la Impugnante no adjuntó la promesa formal de consorcio o el contrato del consorcio correspondiente al Contrato N.º 142-2012-CE/HMC, impidiendo de esta manera conocer fehacientemente el porcentaje de obligaciones vinculadas al objeto de convocatoria del presente procedimiento de selección y ponderar de esta manera el monto de facturación que le correspondía por sus obligaciones asumidas en el Contrato N.º 142-2012-CE/HMC, ello en virtud de lo establecido en las bases del procedimiento de selección y la Directiva N.º 002-2016-OSCE/CD “Participación de Proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado” [cfr. Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (D-018)]. 17. En ese sentido, de lo antes expuesto se colige que no resulta pertinente aceptar sólo el Contrato N.º 142-2012-CE/HMC para acreditar la experiencia de la citada empresa y que, de esta manera, cumpla con lo exigido en las bases, respecto a la facturación de obras en general, pues solo se conoce el porcentaje de su participación de los consorciados sin que se pueda identificar y determinar la acreditación de las obligaciones vinculadas al objeto de convocatoria del presente procedimiento de selección. De otro lado, es preciso indicar que tomar en cuenta solo el contrato antes aludido sin considerar como exigible la presentación de la promesa de consorcio, sería soslayar lo establecido en las bases estandarizadas (Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)]), así como lo exigido en las bases del procedimiento de selección y la Directiva [sobre participación de proveedores en consorcio]. (Resolución N.º 3081-2016-TCE-S3, de 29-12-2016, ff. 13 al 17. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2OJXATI>).

§ 1241. Experiencia del postor es un requisito de calificación de carácter obligatorio y no facultativo, por tanto, su omisión acarreará la descalificación; esto acorde a las bases integradas por el OSCE. 11. [...] [E]l Adjudicatario ha señalado que, sobre la acreditación de experiencia del postor, las bases del procedimiento de selección establecieron expresamente que es opcional, motivo por el cual, cualquier error formal y/o material en su presentación o acreditación, según las bases, no invalida su oferta, al no tener la condición de documento obligatorio. Al respecto, cabe precisar que según el numeral 2.2.1 - Documentación de presentación obligatoria del Capítulo 11 de la Sección Específica de las bases integradas [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)], se hace mención a aquellos documentos que deben ser presentados por el postor para acreditar los requisitos de calificación, esto quiere decir, que los documentos referidos a la experiencia del postor (específicamente “Facturación”) son documentos cuya presentación era obligatoria. En todo caso, en el numeral 2.2.2 - Documentación de presentación facultativa del Capítulo 11 de la Sección Específica de las bases integradas, se establece que los únicos documentos que el postor tiene la facultad de presentar o no, son los documentos para acreditar los factores de evaluación establecidos en el Capítulo IV. En tal sentido, este Colegiado desestima lo señalado por el Adjudicatario, en el sentido que, los documentos que acreditan la facturación - Experiencia del postor (como requisito de calificación) son documentos de carácter obligatorio y no facultativo como alude el citado postor; por tanto, su omisión acarreará la descalificación respectiva. **12.** Por tales motivos, este Colegiado considera que la oferta del Adjudicatario fue indebidamente calificada, pues no cumplía con acreditar los requisitos de calificación referido a la Experiencia del postor - Facturación; en consecuencia, corresponde amparar el primer punto controvertido deducido por el Impugnante. Como consecuencia de lo antes señalado, el Tribunal considera que debe DESCALIFICARSE la oferta del Adjudicatario en el marco del procedimiento de selección, y como consecuencia de ello, debe DEJARSE SIN EFECTO la buena pro otorgada a su favor. (Resolución N.º 2882-2016-TCE-S1, de 07-12-2016, ff. 11 y 12. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2S89B7u>).

§ 1242. El requisito de calificación referido al equipamiento no puede ser acreditado mediante declaración jurada, pues contraviene las bases estandarizadas de concurso público para la contratación de servicios en general. 11. [C]onsiderando que el artículo 28 del Reglamento [cfr. art. 49 del Nuevo Reglamento] ha establecido que la Entidad no puede imponer requisitos distintos a los señalados en el presente artículo y en los documentos estándar aprobados por el OSCE, cabe traer a colación el texto de las bases estándar para la contratación de servicios en general. **12.** Así tenemos que mediante Resolución N.º 008-2016-OSCE/PRE del 9 de enero de 2016, se aprobó la Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)] “Bases y Solicitud de Expresión de Interés Estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley N.º 30225” (vigente hasta el 18 de agosto de 2016, la misma que sirvió de sustento la elaboración de las bases de este procedimiento de selección), que contienen las Bases Estándar de Concurso Público para la contratación de servicios en general [...]. **13.** Del análisis efectuado a lo señalado en el Reglamento, la Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD y el contenido de las bases, se puede concluir que al absolver una consulta, la Entidad contravino lo señalado en el artículo 28 del Reglamento [cfr. art. 49 del Nuevo Reglamento] y las bases estandarizadas de concurso público para la contratación de servicios en general, al haber establecido de manera alternativa, la posibilidad de acreditar mediante declaración jurada el requisito de calificación referido al equipamiento. Esta disconformidad de las bases con el ordenamiento vigente, ha tenido directa incidencia en la presente controversia, pues tal como se aprecia de los argumentos planteados por las partes, precisamente se cuestiona la forma que el Impugnante acreditó el requisito de calificación “equipamiento”. (Resolución N.º 2724-2016-TCE-S4, de 16-11-2016, ff. 11 al 13. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2DiVZly>).

§ 1243. La acreditación de la experiencia, en el caso de ingenieros, es posible desde la incorporación de este al colegio de ingenieros y no desde la emisión de la Diploma de incorporación. La entidad debe guardar mucho cuidado al realizar la admisión, evaluación y calificación de los postores. 9. Cabe indicar que [el] certificado [de trabajo de 1999], no fue considerado por el Comité de Selección a efectos de computar la experiencia del ingeniero [...], debido a que la Diploma de in-



corporación como miembro ordinario del Colegio de Ingenieros del Perú, de éste tenía como fecha de emisión el 27 de diciembre de 2013; en ese sentido, no resultaba coherente que dicho ingeniero se haya desempeñado como supervisor de una obra en los años 1998 y 1999, cuando aparentemente aún no se había encontrado colegiado. Sin embargo, tal como lo ha señalado la Entidad, lo cierto es que [el] diploma lleva consignada la fecha de incorporación del referido ingeniero en el colegio de ingenieros del Perú, que se produjo el 18 de diciembre de 1991. En tanto que la fecha en que se emitió el duplicado [del] diploma fue el 27 de diciembre de 2013. Bajo dicha premisa, la experiencia acreditada a través del certificado en análisis, por labores realizadas desde mayo de 1998 hasta octubre de 1999, fue adquirida cuando el citado ingeniero [...] ya se encontraba colegiado (desde 18 de diciembre de 1991). Por tanto, la experiencia proveniente de dicho certificado debió ser considerada por el Comité de Selección, con lo cual el Impugnante supera el mínimo de experiencia requerido para dicho personal propuesto de 24 meses. **10.** En ese contexto, atendiendo al evidente error en el que incurrió el Comité de Selección, se exhorta a la Entidad que en lo sucesivo guarde mayor cuidado al realizar la admisión, evaluación y calificación de los postores, considerando el perjuicio que se genera no sólo a los administrados, sino también al Estado ya que se retrasan los procedimientos de selección, y con ello la atención de las necesidades públicas. Por lo expuesto este Colegiado considera que corresponde revertir la descalificación del Impugnante. (Resolución N.º 2863-2016-TCE-S4, de 06-12-2016, ff. 9 y 10. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2S0XGrU>).

§ 1244. La motivación de parte del comité de selección debe contener las razones fácticas, técnicas y/o jurídicas que justifiquen la descalificación de la oferta. 30. [No] debe perderse de vista que la motivación de las decisiones administrativas constituye un principio constitucional implícito en la organización del Estado, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración dé cuenta tanto de los hechos como de la interpretación de las normas y del razonamiento realizado por el funcionario o colegiado en cada una de sus decisiones. **31.** [...] [Se] advierte que el comité de selección no ha efectuado una evaluación y calificación de ofertas conforme a lo establecido en la ley de contrataciones estatales, así como tampoco existe una motivación expresa por parte del comité de selección de las razones fácticas, técnicas y/o jurídicas que justifiquen la decisión adoptada respecto al cuestionamiento a la documentación presentada por el Impugnante para acreditar la experiencia del residente de obra propuesto. (Resolución N.º 3080-2016-TCE-S3, de 29-12-2016, ff. 30 y 31. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2Tt1jZf>).

§ 1245. No corresponde solicitar en las bases la presentación de la copia del RNP como requisito de calificación. 17. [En] atención a los puntos controvertidos formulados por el Impugnante, este Colegiado advierte que en el requisito de calificación “Capacidad legal” se solicitó indebidamente la presentación de la copia del Registro Nacional de Proveedores, a pesar que dicho documento no tiene por objeto habilitar al proveedor para desarrollar la actividad objeto de convocatoria, debiendo considerarse además que constituye un aspecto que corresponde ser verificado por el comité de selección en cada procedimiento de selección, por ello, no corresponde solicitar en las bases la presentación de la copia del RNP, conforme puede apreciarse de las bases estándar aprobadas por el OSCE. (Resolución N.º 2868-2016-TCE-S2, de 07-12-2016, f. 17. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2K8htD5>).

§ 1246. La caducidad del DNI no invalida por sí misma la identificación del profesional propuesto por el postor. 51. [La] Entidad conforme ha señalado en el “Acta de calificación de Ofertas y Otorgamiento de la Buena Pro”, ha descalificado a la Impugnante, por cuanto el DNI de la ingeniera Sonia Alegre se encontraba caduco, decisión que sustentó en el Decreto Supremo N.º 015-98-PCM, Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. **52.** Bajo ese contexto, cabe indicar que si bien existen disposiciones como las contenidas en el Decreto Supremo N.º 015-98-PCM Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, respecto a que un DNI caduco pierde su vigencia y no podría acreditar la identidad de su titular; debe tenerse en cuenta que dicha disposición tal como ha señalado el Tribunal Constitucional “no puede ser interpretada de modo aislado o descontextualizada del ordenamiento jurídico y, en particular, de los derechos reconocidos por la Constitución (...) que exigen ser plenamente respetados (...)”. **53.** Así

tenemos, que en el presente caso, la copia del DNI de los profesionales propuestos, fue solicitada por la Entidad para acreditar su identidad, por tanto aun cuando, el DNI de la ingeniera [...] se encuentre vencido [...] ello no invalida la identificación de dicha persona, que es precisamente para lo cual se requirió la presentación de dicho documento, respecto a quién además se presentó un certificado de RENIEC que corrobora dicha identidad. (Resolución N.º 042-2017-TCE-S4, de 06-01-2017, ff. 51 al 53. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2AmPf3R>).

§ 1247. Cuando exista pluralidad de profesionales requeridos, las bases deben consignar de manera clara e inequívoca la cantidad de tiempo de experiencia requerido para cada uno de ellos.

11. Teniendo en cuenta lo expuesto, considerando los cuestionamientos efectuados por el Impugnante, así como lo señalado por la Entidad; de la revisión de las Bases del procedimiento de selección, se aprecia lo siguiente: En el numeral 2.9 denominado “Responsabilidades que deberá asumir la empresa o persona natural” del Capítulo III “Requerimiento” de la Sección Específica, se consignó lo siguiente: “Experiencia del personal especializado. La experiencia del personal especializado se deberá acreditar con documentos probatorios, de **por lo menos 03 años acumulados de experiencia mínima como personal especialista calificado para trabajos de voladura que se está ofertando**”. Con relación a lo anterior, en el numeral III denominado “Términos de Referencia” del referido Capítulo III, Requerimiento, en el numeral 3.1 - Personal se ha señalado las siguientes exigencias para el personal propuesto: “a) Jefe de Servicio (...). Experiencia profesional de **05 años como mínimo en voladuras o similares al proceso.** (...)”. “b) Ingeniero de Campo (perforación y voladura de rocas) (...). Experiencia profesional de **03 años en voladura de rocas.** (...)”. “c) Ingeniero de Seguridad (...). Experiencia profesional de **dos (02) años como responsable de seguridad en otra, sustentada con copia simple de certificados, constancias y/o contratos.** d) Técnicos. Explosivista (...). - Obrero especializado en manipularlos explosivos con **experiencia de 02 años de experiencia en la actividad, con acreditación de Constancia y/o certificado de Empresas Especializadas en el Rubro** (...). Perforistas (...) - Obrero especializado con **experiencia de 02 años en labor de perforación y voladura** (...). - Debidamente acreditados con licencias de SUCAMEC vigente **(03 años de experiencia como mínimo).** **12.** Conforme se aprecia [...] en el numeral 2.9 “Responsabilidades que deberá asumir la empresa o persona natural” del Capítulo III “Requerimiento” de la Sección Específica, se indicó que el personal especializado debía contar con una experiencia mínima de tres (3) años. No obstante, en dicha indicación no se consignó quiénes son los profesionales o técnicos considerados como “personal especializado”, motivo por el cual no es posible determinar para qué profesional propuesto es que se está estableciendo dicho requerimiento de experiencia mínima de tres (3) años. Asimismo, de acuerdo a lo señalado en el numeral 3.1. Personal del acápite III, Términos de Referencia, el tiempo de experiencia mínima requerido para cada personal es distinto entre sí y, a su vez, difiere de lo señalado en el numeral 2,9 “Responsabilidades que deberá asumir la “empresa o persona natural” del Capítulo III “Requerimiento” de la Sección Específica a excepción del ingeniero de campo, que es el único profesional al que se le requirió tres (3) años de experiencia. De igual modo, de la revisión de las Bases, se aprecia que, respecto al técnico perforista, por un lado se requirió que cuente con dos (2) años de experiencia, mientras que, por otro lado (en el mismo literal), se requirió que cuente con tres (3) años de experiencia, requerimientos que resultan contradictorios entre sí y vulneran los principios de transparencia y libre concurrencia que rigen las contrataciones públicas, pues no genera certeza respecto del tiempo de experiencia requerido, así como de la documentación que debían presentar los postores para acreditar tal experiencia. [...] (Resolución N.º 2409-2016-TCE-S3, de 11-10-2016, ff. 11, 12, 18 y 20. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2CVnMH3>).

§ 1248. Se incurre en contradicción si en las bases se solicita que se acredite la “disponibilidad” de un equipo y al mismo tiempo, en otro numeral, se solicita que se acredite la propiedad o sub alquiler del mismo equipo, ya que se hacen referencia a situaciones jurídicas distintas. **13.** De otro lado, se aprecia que en literal b) “Capacidad Técnica y Profesional” del numeral 2.2.1.2 “Documentos para acreditar los requisitos de calificación” del Capítulo II del “Procedimiento de Selección” de la Sección Específica de las Bases del procedimiento de selección, se consignó lo siguiente: “**Equipamiento.- Copia de documentos que sustenten la propiedad, la posesión, el compromiso de compra venta**

o alquiler y otro documento que acredite la disponibilidad y/o cumplimiento de las especificaciones del equipo logístico mínimo requerido". Asimismo, en el numeral 2.9 "Responsabilidades que deberá asumir la empresa o persona natural" del Capítulo III "Requerimiento" de la selección Específica, se consignó lo siguiente: "*Condición del Equipo de Perforación*". *Se deberá acreditar con documentación probatoria la condición de la Maquinaria y/o equipo mecánico, si es propia o sub alquilada*". 14. De acuerdo a lo antes indicado, mientras que en el literal b) "Capacidad Técnica y Profesional" del numeral 2.2.1.2 antes citado se indicó que los postores debían presentar la documentación que acredite la propiedad, la posesión, el compromiso de compra venta o alquiler u otro documento que acredite la disponibilidad y/o cumplimiento de las especificaciones del equipo logístico mínimo requerido", en el numeral 2.9 del Capítulo III antes referido, se indicó que los postores debían presentar documentación que acredite que la maquinaria es propia o sub alquilada. Conforme se advierte, las Bases contienen disposiciones contradictorias, referidas a la documentación que debían presentar los postores para acreditar el cumplimiento referido a la disponibilidad del equipo mínimo requerido. Al respecto, cabe indicar que acreditar la propiedad o el "sub alquiler" de un bien, difiere de acreditar la posesión, el compromiso de venta o alquiler o la disponibilidad del bien, no solo porque se trata de situaciones jurídicas distintas, sino que, además, la documentación a presentar en cada caso es distinta. [...] (Resolución N.º 2409-2016-TCE-S3, de 11-10-2016, ff. 13, 14, 18 y 20. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2CVnMH3>).

§ 1249. No es pertinente exigir que un profesional acredite ser empleado de la empresa postora por un tiempo determinado, pues bastaría que tal profesional tenga el mínimo o más experiencia de la exigida en el requerimiento, sin importar la empresa en que la adquirió. 15. En el literal b) denominado "Ingeniero de campo (perforación y voladura de rocas) del numeral 3.1 Personal del acápite III denominado Términos de Referencia de las Bases se aprecia la siguiente exigencia: "(...) *Ser empleado de la empresa postora mínimo de 03 años, presentar copia de planilla electrónica declarado del mes anterior a la fecha de presentación*". Conforme se aprecia, se requiere que la persona que ocupe el puesto de "Ingeniero de campo" sea un empleado de la empresa postora con un mínimo de tres (3) años. Lo que implica que se esté exigiendo que la persona que ocupara tal puesto deba ser un empleado con tres (3) años de antigüedad en la empresa postora o que mantenga una relación laboral de un mínimo de tres años con el Postor. No obstante, no se aprecia cuál es la pertinencia de exigir el cumplimiento de tal condición, pues debería bastar que tenga el mínimo o más de la experiencia exigida sin que se distinga si dicha experiencia la adquirió con la empresa postora o con otra persona jurídica. [...] 18. Conforme se aprecia de lo anterior, la ambigüedad e imprecisión de las Bases, conllevaron a que los postores y el órgano encargado de las contrataciones cuenten con interpretaciones distintas respecto de la documentación que debían presentar los postores para que se admita, evalúe y califique su oferta; advirtiéndose una deficiencia en las Bases del procedimiento de selección que transgrede los principios de libre concurrencia y transparencia. [...] 20. Teniendo en cuenta lo expuesto, corresponde que este Tribunal declare la nulidad del procedimiento de selección, debiéndose retrotraer a la etapa de convocatoria, previa reformulación de las Bases, a fin que éstas sean elaboradas estableciendo reglas y requisitos claros para la evaluación de las ofertas, evitando incurrir en ambigüedades e imprecisiones que puedan restringir la participación de los proveedores y, efectuando la adecuada coordinación con el área usuaria a fin que, la documentación sustentaría requerida así como los factores de evaluación guarden relación con lo requerido por el área usuaria y cuenten con su respectiva aprobación. (Resolución N.º 2409-2016-TCE-S3, de 11-10-2016, ff. 15, 18 y 20. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2CVnMH3>).

§ 1250. La sola obtención del título o a colegiatura, por sí misma, no supone generar experiencia alguna pues esta se obtiene por la práctica reiterada de cierta actividad. En el caso de los ingenieros, de acuerdo a lo dispuesto por la normativa especial, la experiencia sólo puede ser acreditada con el ejercicio profesional realizado luego de encontrarse habilitado según el Colegio de Ingenieros del Perú. 16. [El] hecho que en las bases integradas se indique o no que la experiencia de los ingenieros propuestos resulta válida desde la incorporación de los mismos al Colegio de Ingenieros del Perú, no constituye un aspecto que suponga la inaplicación del mandato legal previsto en la "Ley que autoriza a los colegios de Arquitectos del Perú y al colegio de Ingenieros del Perú para supervisar

a los profesionales de arquitectura e ingeniería de la República”, Ley N.º 16053, o la Ley N.º 28858 “ley que complementa la ley N.º 16053, ley que autoriza a los Colegios de Arquitectos del Perú y al Colegio de Ingenieros del Perú para supervisar a los profesionales de arquitectura e ingeniería de la República”, toda vez que dichos dispositivos legales establecen, de manera imperativa, la obligación que todo ingeniero se incorpore al Colegio de Ingenieros del Perú y se encuentre habilitado a fin de poder realizar sus actividades profesionales. Asimismo, conviene precisar que los pronunciamientos citados por el Adjudicatario, en relación a la colegiatura y habilitación de los ingenieros, tienen por objeto regular la oportunidad de la presentación del diploma de colegiatura y certificado de habilitación, esto es, durante la ejecución del contrato; no obstante ello, resulta erróneo señalar que dichos pronunciamientos, incluido el Pronunciamiento N.º 691-2012/DSU como precedente administrativo de observancia obligatoria, hayan señalado de manera alguna que la experiencia de los ingenieros puede acreditarse aún inclusive antes de obtener el título profesional y la incorporación al Colegio de Ingenieros del Perú. 17. [...] [El] Adjudicatario también alude a diversos pronunciamientos, posteriores al Pronunciamiento N.º 691-2012/DSU, que según entiende lo modifican, en el sentido que la experiencia se adquiere por la práctica reiterada de ciertas actividades, excluyéndose la posibilidad que el solo transcurso del tiempo desde la respectiva obtención del título o la colegiatura impliquen adquirir experiencia. En relación con ello, cabe indicar que el Pronunciamiento N.º 691-2012-OSCE/CD, tal como se ha señalado anteriormente, regula una situación distinta a la planteada en el presente caso, pues alude a la oportunidad que tiene un profesional para acreditar la colegiatura habilitación profesional durante la ejecución del contrato. En ningún extremo dicho pronunciamiento permite inferir lo expuesto por el Adjudicatario, en razón de no abordar lo referido a la experiencia obtenida por un ingeniero. Al respecto, cabe señalar que este Colegiado comparte la idea que la sola obtención del título o a colegiatura, por sí misma, no supone generar experiencia alguna pues esta se obtiene por la práctica reiterada de cierta actividad; no obstante ello, debe tenerse presente que, en el caso de los ingenieros, la normativa especial en la materia, exige además que estos para ejercer la profesión (y, por ende, obtener experiencia) se encuentren titulados, incorporados al Colegio de Ingenieros del Perú y se encuentren habilitados a fin que dicho ejercicio profesional se considere como válido. (Resolución N.º 3066-2016-TCE-S2, de 28-12-2016, ff. 16 y 17. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2qYeTGU>).

§ 1251. Si un contratista pretende cambiar a uno de los profesionales ofrecidos, no puede unilateralmente decidir dicha designación, pues para poder ostentar el cargo, deberá contar con la aprobación de la Entidad, previa verificación de las calificaciones correspondientes. 73. [...] [Si] bien es válido que los diferentes contratistas del Estado establezcan relaciones de derecho privado con diferentes profesionales, las cuales les permitan desarrollar sus obligaciones conforme a lo establecido en un determinado contrato administrativo, como en este caso, que tiene por objeto la ejecución de una obra, también es cierto que dicha necesidad de contratación obedece a un compromiso que el contratista ha asumido frente a la Administración, representada por una de sus entidades; por lo tanto, las relaciones entre particulares que tengan por objeto alcanzar objetivos asumidos frente al Estado, no deberán inobservar ni contradecir los términos en que fueron establecidos los contratos entre la Entidad y el contratista, salvo autorización previa y expresa por parte de la Entidad respectiva. En ese orden de ideas, la emisión de un certificado o constancia a favor de un profesional expresando que éste ha prestado servicios a un determinado contratista del Estado, dicho documento deberá dar cuenta de las labores realizadas por la persona correspondiente, (cargo, periodo, etc.), las cuales deben concordar con lo establecido en el respectivo contrato público. En una obra pública, los profesionales requeridos por la Entidad convocante para efectos de la ejecución de la obra, son aquellos cuya participación ha considerado fundamental para el objeto contractual, tal es así que si un contratista pretende cambiar a uno de los profesionales ofrecidos, no es que pueda unilateralmente decidir dicha designación y asignarle “extraoficialmente” un cargo determinado, pues para poder ostentar el cargo, deberá contar con la aprobación de la Entidad, previa verificación de las calificaciones correspondientes. Solo después de haber superado tal evaluación y haber obtenido la aprobación de la Entidad, resulta posible que un profesional asuma un determinado cargo o rol profesional en la obra respectiva, Antes de ello, y aun cuando el contratista haya decidido contratar un profesional, no puede afirmarse verazmente que el profesional



ya ejerce el cargo desde meses antes de su aprobación por la Entidad. Consignar ello en un certificado y proporcionarlo en un proceso de selección, afirmando que un profesional ostentó un cargo que no tenía en el periodo indicado en el certificado, es proporcionar información inexacta. [...] [E]ste Colegiado, tal como ha señalado, considera que no solo no existe impedimento, sino que también es una necesidad que los contratistas contraten mayor personal técnico o profesional del establecido como mínimo en las bases de un proceso de selección para ejecución de una obra; sin embargo, ello no faculta al respectivo contratista para que, en los certificados de trabajo que emite, haga constar situaciones (cargos, periodos, etc.) que se encuentran alejadas de la realidad y que no concuerdan con los acuerdos que ha formalizado con la entidad contratante [...]. (Resolución N.º 0106-2017-TCE-S3, de 27-01-2017, f. 73. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2T7YZXo>).

§ 1252. Criterio para determinar si la experiencia del personal clave califica como tal. La experiencia acreditada debe estar debidamente sustentada. 30. [...] [Es] relevante señalar que la “experiencia” implica el desarrollo de actividades durante un periodo de tiempo, la misma que, a efectos de ser calificada por la Entidad, según las bases integradas [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)], debe acreditar una determinada cantidad de años, situación que en el caso de autos, no ocurrió, dado que aun cuando el Impugnante presentó el Anexo N.º 11 indicando que el personal propuesto como Ingeniero Residente de Obra contaba con experiencia en dicho puesto, el “Acta de verificación y recepción de obra” que se supone debía sustentar ello, no hace referencia a que cuente con tal experiencia, razón por la cual no resulta idóneo para acreditarlo. Conforme a lo esbozado, considerando que, según lo establecido en la sección específica de las bases integradas, se requirió, para el cargo de Ingeniero Residente de Obra, acreditar como mínimo cuatro años de experiencia, en opinión de este Tribunal, el Impugnante no acreditó que el señor NBTf propuesto en dicho cargo cumple tal requerimiento y, en consecuencia, aquél no acredita el requisito de calificación consistente en “Capacidad Técnica y Profesional” (Experiencia del Personal Clave). (Resolución N.º 1472-2017-TCE-S1, de 11-07-2017, f. 30. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2qSwZdk>).

§ 1253. El requisito de calificación debe establecerse de manera clara y razonable en las bases de procedimiento de selección. Contravención de los principios de transparencia, de eficacia y eficiencia. 24. [Este] Colegiado advierte, por un lado, que, en la parte de la descripción del requisito, lo que se intenta es garantizar que el postor sea quien efectúe el ensamblaje o montaje de la ambulancia; además, al revisar la forma de acreditar dicho requisito, las bases permiten que la planta o taller de ensamblaje sea de propiedad de un tercero, ante lo cual el postor debe acreditar su disponibilidad mediante documento idóneo. [...]. De esa forma, nótese, en principio, que las bases no indican la finalidad que tiene la necesidad de requerir como un requisito, un taller o planta de ensamble o montaje o reparación de ambulancias o vehículos especiales; de otro lado, la Entidad ha evidenciado que, además de su origen, lo que pretende garantizar mediante dicho requisito es el mantenimiento del vehículo, lo cual naturalmente no sería posible en caso el taller se encuentre en el extranjero. Así, este Colegiado considera que el requisito de calificación que es materia de análisis, no ha sido establecido de manera razonable en las bases del procedimiento de selección, es decir, no queda claro cuál es la finalidad que busca alcanzar la Entidad al establecer dicho requisito, lo que ha originado que tampoco haya establecido una manera objetiva y clara de acreditarlo con la documentación idónea. Es más, a partir del presente recurso de apelación se ha evidenciado que los postores del procedimiento de selección han efectuado diferentes interpretaciones dispuesto en las base respecto del requisito de calificación consistente en la Infraestructura, toda vez que el pugnante considera que la licencia de funcionamiento debe estar expedida nombre del postor, en tanto que el Adjudicatario sostiene que ello no es imprescindible y que incluso, la licencia puede corresponder a un establecimiento fuera del territorio nacional. **25.** [Es] evidente que en el presente caso, al momento de la elaboración de las bases, específicamente al momento de establecer el requisito de calificación referido a la infraestructura, ha ocurrido una contravención a los principios de transparencia y de eficacia y eficiencia, previstos en los literales e) y f) del artículo 2 de la Ley, respectivamente; conforme al primero, las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que el proceso de contratación sea comprendido por los proveedores garanti-

zando la libertad de concurrencia, y se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad; asimismo, en virtud del principio de eficacia y eficiencia, el proceso de contratación y las decisiones que se adopten en el mismo deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando sobre estos la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción del interés público, bajo las condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos. (Resolución N.º 2977-2016-TCE-S4, de 19-12-2016, ff. 24 y 25. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2zauCY5>).

§ 1254. **El pago es el medio probatorio idóneo para generar certeza sobre la ejecución de una prestación con la que se pretenda acreditar experiencia. En caso de existir indicios de inexactitud respecto a la conformidad de los contratos con los que el postor acreditó su experiencia, la Entidad deberá fiscalizar posteriormente la veracidad de estos.** 32. Adicionalmente, esta Sala advierte que el Adjudicatario no ha sido consistente en su argumentación respecto al pago derivado de los contratos que presentó para acreditar su experiencia, pues en un primer momento afirmó que sí había recibido la contraprestación pactada, de forma fraccionada y, al solicitársele que acredite ello, recién indicó que ante la falta de pago, la contraprestación [originalmente pactada en dinero] había sido modificada a efectos de que se pueda materializar a través de servicios de alquiler de maquinaria, precisando que aunque con dicha finalidad estableció “sendas adendas” a los contratos en cuestión, solo celebró una adenda por escrito con EGM E.I.R.L. Cabe precisar que cuando alude el Adjudicatario alude a la falta de pago por su contraparte y a la supuesta celebración de acuerdos que habrían modificado la forma en que debía materializarse aquel no queda claro si ello también se habría suscitado en relación del contrato que celebró con EMCB S.A.C. Si bien la inconsistencia descrita o la variación de declaración por parte del Adjudicatario, en relación a los pagos [entendiendo al pago como el medio probatorio idóneo para generar certeza sobre la ejecución de una prestación] no constituye medio probatorio suficiente que en esta instancia desvirtúe la presunción de veracidad que reviste a los contratos presentados por el Adjudicatario como experiencia, la Sala considera que sí constituye indicio sobre una posible inexactitud respecto de los mismos sus correspondientes conformidades, en relación a que las entregas a las que se alude en dichos documentos no se habrían efectuado en la realidad. Por lo expuesto, esta Sala considera necesario disponer que la Entidad, con ocasión de la fiscalización posterior que, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 42 del Reglamento [cfr. art. 64.6 del Nuevo Reglamento], debe realizar a la oferta de dicho postor, realice las gestiones necesarias para verificar que las entregas de los bienes a los que aluden los cuatro contratos [y sus correspondientes conformidades] presentados por aquel como parte de su oferta se realizaron en la realidad, debiendo informar al respecto a este Tribunal en un plazo no mayor a 30 días hábiles, bajo responsabilidad. (Resolución N.º 0293-2017-TCE-S1, de 08-03-2017, f. 32. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2PBuhI0>).

§ 1255. **No corresponde declarar la nulidad de oficio si el comité de selección califica todas las ofertas admitidas de manera conjunta, siempre y cuando no afecte el orden de prelación.** 16. [En] el presente caso, al haberse descalificado la oferta del Adjudicatario, postor que ocupó el primer lugar en el orden de prelación, correspondería recién calificar la oferta del Impugnante, postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación. No obstante lo señalado, de la revisión del “Cuadro de admisión, evaluación y calificación” publicado en el SEACE se aprecia que el comité de selección calificó todas las ofertas presentadas en el marco del procedimiento de selección, incluyendo la del Impugnante, habiendo precisado que éste cumple con los requisitos de calificación previstos en las bases. 17. En torno a lo anterior, es preciso señalar que si bien dicha situación, en relación a la oportunidad y postores a los que se aplicaron los requisitos de calificación, no es acorde a lo dispuesto por el aludido artículo 55 del Reglamento [cfr. art. 49 del Nuevo Reglamento], en aplicación de lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N.º 27444, este Colegiado considera que, en el presente caso, no corresponde declarar la nulidad de dicho acto, en la medida que posee un vicio que no resulta trascendente, sino, por el contrario, que tiene carácter convalidable, al no afectar el resultado del procedimiento, el alcance de las ofertas y por ser razonable estimar que no causó perjuicios a dere-

chos y/o intereses de los postores. (Resolución N.º 2839-2016-TCE-S2, de 02-12-2016, ff. 16 y 17. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2OTa8bp>).

§ 1256. **Las ventas realizadas a través de contratos de arrendamiento financiero (leasing) son válidas para acreditar la experiencia del postor.** 12. Al respecto, debemos indicar que en su Informe N.º 0001-2008-INCN-CE de fecha 08 de enero de 2008, la Entidad manifestó lo siguiente: “(...) 1. [La empresa S] HA INCUMPLIDO CON ACREDITAR SUFICIENTEMENTE LA EXPERIENCIA REQUERIDA EN LAS BASES CONFORME A SUS EXIGENCIAS. Al respecto el Comité manifiesta que de la cartera de clientes presentados por S (Anexo 12) sólo se consideró 6 clientes (Ventas) que cumplen con acreditar los documentos según las bases (10.6.3 experiencia del postor). Las 6 facturas totalizaron S/. 7’919,984.26 que equivale a 194% del valor referencial, por lo tanto le correspondió 10 puntos. El criterio del Comité fue no considerar como facturas canceladas por el Usuario la intermediación financiera (American Leasing) o de los Bancos”. 13. [E]s importante precisar que el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 299 define al Leasing o arrendamiento financiero como el contrato mercantil que tiene por objeto la locación de bienes muebles o inmuebles por una empresa locadora para el uso por la arrendataria, mediante pago de cuotas periódicas y con opción a favor de la arrendataria de comprar dichos bienes por un valor pactado. En este sentido, el Leasing es una figura legal que permite a las empresas adquirir bienes de capital mediante el pago de cuotas periódicas con una opción de compra final. [...] 15. [Cabe] señalar que el hecho que en el presente caso se hayan celebrado contratos de Leasing para financiar la adquisición de los tomógrafos no desnaturaliza en forma alguna la experiencia obtenida por el postor impugnante, toda vez que ésta se circunscribe a la venta de productos iguales o similares, sin tener incidencia alguna la cualidad de la persona natural o jurídica a la que se le transfiere el bien. Por consiguiente, toda venta, sea que ésta se haya efectuado a través de un Leasing o de un modo distinto de financiamiento, debe ser considerada idónea como aquella adquirida por la venta directa sin financiamiento al usuario final del bien. (Resolución N.º 571-2008-TC-S1, de 25-02-2008, ff. 12, 13 y 15. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2D4UANR>).

§ 1257. **No es posible acreditar “experiencia futura”. Si se presenta un contrato en ejecución para acreditar experiencia, esta sólo se validará por el tiempo efectivo transcurrido en ejecución y no por el plazo total previsto en el contrato.** 6. Sobre el particular corresponde tener presente que el contrato objeto de cuestionamiento fue suscrito el 2 de enero de 2005 y que el acto de presentación de propuestas se realizó el 13 de abril de 2005. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo expresado por el Diccionario de la Real Academia Española, la experiencia se define como la práctica prolongada que proporciona el conocimiento o la habilidad para hacer algo. La experiencia es un hecho que sólo puede extraerse de la realidad acaecida. Es decir, no es posible que se pueda acreditar una “experiencia futura” precisamente porque tal experiencia no es tal, pues no ha sido adquirida. En tal sentido, el [...] Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado dispone que, tratándose del personal propuesto para la prestación de servicios en general, se calificará el tiempo de experiencia en la especialidad. Atendiendo a ello, resulta evidente que carece de amparo la validación como experiencia del período del 13 de abril de 2005 al 2 de enero de 2006, caso en el que sólo puede considerarse como experiencia el período efectivamente transcurrido (2 de enero de 2005 hasta el 12 de abril del presente año), es decir, una experiencia equivalente a 3 meses y 10 días y no los 12 meses que fueron objeto de cómputo por parte de la Entidad. [...] (Resolución N.º 582-2005-TC-SU, de 21-06-2005, f. 6. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2HSdvAY>).

§ 1258. **El solo hecho de indicar el monto de la experiencia acreditada, en la columna denominada “monto facturado acumulado” no permite colegir que se trata de un documento con información inexacta, en la medida que de la evaluación de los documentos presentados para acreditar experiencia, se puede determinar con claridad que este en realidad alude al monto de experiencia acreditada por el Postor.** 15. [...] [E]l solo hecho de indicar el monto de la experiencia acreditada, en la columna denominada “monto facturado acumulado” no permite colegir que se trata de un documento con información inexacta, en la medida que de la evaluación de los documentos presentados para acreditar experiencia, se puede determinar con claridad que este en realidad alude al monto de experiencia

acreditada por el Postor. Por tanto, el contenido del documento cuestionado no genera convicción en este Colegiado, respecto a la configuración de un ilícito administrativo, en la medida que no se aprecia la existencia de mérito suficiente para considerar que este contenga información inexacta; consecuentemente, no se ha quebrantado el principio de moralidad y presunción de veracidad; por lo tanto, este Colegiado considera que el documento materia de cuestionamiento goza del principio de presunción de veracidad y no tipifica como un supuesto que amerite la imposición de sanción. **16.** Consecuentemente, no habiéndose acreditado la transgresión a los principios de presunción de veracidad y moralidad conforme a los fundamentos expuestos, y en estricta observancia del principio de tipicidad previsto en el numeral 4) del artículo 230 de la LPAG, por el cual “sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales sin admitir interpretación extensiva o analogía. (...)”, este Tribunal considera que debe prevalecer el principio de licitud que rige la potestad sancionadora atribuida, consagrado en el numeral 9 del artículo 230 de la LPAG; por lo tanto, no corresponde imponer sanción administrativa al Postor (Resolución N.º 1005-2016-TCE-S4, de 18-05-2016, ff. 15 y 16. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2GIwWfh>).

§ 1259. Es limitante que la Entidad establezca que un servicio pueda ser considerado similar sólo si se refiere a una modalidad del mismo servicio. 5. [...] Tal como se ha establecido en numerosos antecedentes, la delimitación del concepto de *servicio similar o bien similar* debe efectuarse teniendo en cuenta los principios de la contratación pública, uno de los cuales es el de la libre competencia. De este modo, similar no es lo mismo que igual. En este último concepto existe una completa identidad entre los servicios o bienes, mientras que lo similar es aquello que, sin ser igual, comparte, sin embargo, características comunes. **6.** En la línea de lo expresado en el último párrafo del numeral precedente, resulta limitante el criterio de la Entidad de que un servicio pueda ser considerado similar sólo si se refiere a una modalidad del mismo servicio. Más adecuado es el criterio según el cual la similitud no está determinada por el hecho de que el servicio o bien sean una subespecie del objeto de la convocatoria (línea dedicada de internet a través de conexión por satélite o microondas y no a través de fibra óptica) sino que, sin pertenecer al mismo servicio materia de la convocatoria, comparte, como se ha señalado, líneas matricés. Los servicios a que se refieren los dos contratos rechazados por la Entidad a la Impugnante se refieren a transporte de datos, lo que caracteriza también a los servicios de acceso a internet. Si bien en el último caso, a diferencia del primero, se trata de una red no administrada, autorregulada y se basa en protocolos de comunicación no orientados a conexión (mejor esfuerzo), la esencia de ambos se mantiene en cuanto persiguen el propósito de transportar datos. [...] (Resolución N.º 675-2005-TC-SU, de 14-07-2005, ff. 5 y 6. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2TvrnCN>).

§ 1260. Definición de experiencia del postor. A efectos de evaluar la experiencia del postor, no resulta determinante la fecha en que se paga o emite el respectivo comprobante de pago. 10. Al respecto, este Colegiado considera oportuno precisar, que, en reiteradas opiniones emitidas por el Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado, se ha indicado que la experiencia se adquiere por la reiteración de determinada conducta en el tiempo; es decir por la habitual transacción del bien, servicio u obra que constituye el giro del negocio del contratista en el mercado. En otros términos, la experiencia es la destreza obtenida por la práctica reiterada en la provisión de bienes, prestación de servicios o la ejecución de obras que podrán exhibir los proveedores que participan en procesos de selección regulados en la Ley y el Reglamento; vale decir, la “*práctica prolongada que proporciona conocimiento o habilidad para hacer algo*”. En ese sentido, a efectos de evaluar la experiencia de un determinado Postor, no resulta determinante la fecha en que se paga o se emite el respectivo comprobante de pago, pues en el marco del concepto esbozado, la experiencia se genera por la reiteración de la conducta en el tiempo, y en el caso servicios, esa conducta se define por la efectiva prestación del servicio, la cual no se encuentra limitada a la obligación tributaria. (Resolución N.º 1005-2016-TCE-S4, de 18-05-2016, f. 10. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2GIwWfhg>).

§ 1261. El tipo de cambio a utilizar a efectos de evaluar la experiencia en contratos suscritos en moneda extranjera es el vigente a la fecha de vencimiento de las obligaciones contenidas en



dichos contratos. 18. [A]sumiendo una posición razonada y equitativa respecto de cuál sería el tipo de cambio a utilizarse a efectos de realizar la conversión de los montos en moneda extranjera establecidos en los contratos que sustentan la experiencia de EL IMPUGNANTE, correspondería que dicha conversión a la moneda nacional se efectuó considerando necesariamente el tipo de cambio de venta vigente a la fecha de vencimientos de las obligaciones contenidas en los mencionados contratos, atendiendo a que la finalidad de la conversión es precisamente conocer el monto que representa en Nuevos Soles el importe expresado en dichos documentos. Asimismo, dicha posición resulta razonable y concordante con el principio de Trato Justo e Igualitario que inspira la normatividad de la contratación pública. Adicionalmente a lo expuesto, cabe señalar que la razonabilidad del factor orientado a acreditar experiencia, se encuentra determinada por el hecho que los postores acrediten mediante la presentación de la documentación sustentatoria, el monto real y efectivamente facturado en el momento que se realizó la transacción comercial, no resultando válido que se consignen factores de conversión que no correspondan a la fecha de emisión de los precitados documentos. (Resolución N.º 1855-2007-TC-S4, de 28-09-2007, f. 18. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2MOzax>).

§ 1262. Tratándose de experiencia en ventas, válidamente se puede acreditar con la documentación que respalde haber realizado ventas en bienes relacionados a mobiliario. La experiencia puede ser acreditada con la venta de bienes similares, no necesariamente iguales. 10. Sobre el particular, el asunto controvertido planteado por la Impugnante está dirigido a cuestionar la acreditación de la experiencia del postor adjudicatario, señalando que los documentos que éste habría presentado están relacionados a bienes que corresponden al rubro de madera, que no es lo solicitado por la Entidad. **11.** Ahora bien, la experiencia puede acreditarse no únicamente con prestaciones en ventas de bienes iguales, sino con aquellos que resultan similares; por lo que, establecer lo contrario, implicaría contravenir el principio de libre competencia, y restringir la experiencia de manera exclusiva a la ejecución de una determinada prestación, recortando dicha experiencia del postor, que si bien no se ha dedicado a suministrar idéntico producto, cuenta con experiencia en el mercado por suministrar productos similares. **12.** La evaluación de la experiencia en ventas similares, precisamente es evaluada siempre y cuando enriquezca la experiencia adquirida por el postor en un determinado período de tiempo; premiando esa experiencia con puntaje previamente establecido en las Bases, toda vez que ello refleja su comportamiento comercial en el mercado en un período determinado. **13.** En el caso que nos ocupa, los bienes a adquirirse en el ítem N.º 07, son: ESTANTERÍA METÁLICA DE ÁNGULOS RANURADOS; por lo que, conforme a lo establecido en las Bases Integradas, la experiencia puede ser acreditada con la venta de este bien o de sus similares. Para efecto de considerar a los bienes similares, en el presente caso, tratándose de experiencia en ventas, válidamente se puede acreditar con la documentación que respalde haber realizado ventas en bienes relacionados a mobiliario; es decir, muebles en general; criterio que ha sido considerado por este Colegiado en anteriores pronunciamientos. (Resolución N.º 1058-2008-TC-S2, de 14-04-2008, ff. 10, 11, 12 y 13. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2C73eL5>).

§ 1263. En caso se determine que adicionalmente a la declaración jurada de cumplimiento de especificaciones técnicas, el postor deba presentar algún otro documento complementario, este será requerido como documentación de presentación obligatoria para la admisión de la oferta. Se incurre en un vicio de nulidad si se solicita como documentación de presentación obligatoria un documento que debió ser requerido como requisito de calificación. Véase la jurisprudencia del artículo 52º del Nuevo Reglamento [§ 1354]. (Resolución N.º 2929-2016-TCE-S1, de 12-12-2016, ff. 25, 26, 28 y 29. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2DHMf5w>).

§ 1264. Principio de eficacia y eficiencia. No se puede acreditar mediante una declaración jurada el requisito de calificación relativo al “Equipamiento”. Véase la jurisprudencia del artículo 2º de la Ley [§ 164]. (Resolución N.º 2724-2016-TCE-S4, de 16-11-2016, ff. 9, 10, 11, 12, 13, 19 y 20. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2DiVZly>).

§ 1265. La sola obtención del título o a colegiatura, por sí misma, no supone generar experiencia alguna pues esta se obtiene por la práctica reiterada de cierta actividad. En el caso de los

ingenieros, de acuerdo a lo dispuesto por la normativa especial, la experiencia sólo puede ser acreditada con el ejercicio profesional realizado luego de encontrarse habilitado según el Colegio de Ingenieros del Perú. 16. Véase la jurisprudencia del artículo 49° del Nuevo Reglamento [S 1250]. (Resolución N.º 3066-2016-TCE-S2, de 28-12-2016, ff. 16 y 17. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2qYcTGU>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1266. En los procesos de licitación pública, para acreditar las obras realizadas por los postores, no es necesario que los contratos presentados por ellos contengan literalmente la denominación de “contratos de ejecución de obra”, si del objeto contractual del mismo se desprende su naturaleza. CONSULTA: 1. “En los procesos de licitación pública la calificación positiva del rubro de obras generales (y sus montos) en los contratos presentados por los postores debe ser realizada de acuerdo a su contenido o de acuerdo al nombre (denominación) que se le otorgue al contrato suscrito?, es decir, ¿resulta necesario que en los contratos presentados por los postores - dirigidos a sustentar las obras generales - se encuentre literalmente plasmada la denominación “contratos de ejecución de obra”, dejándose de lado la valorización de su contenido?”. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Independientemente de la denominación particular de un contrato, debe tomarse en cuenta el objeto contractual del mismo, el cual corresponderá a la ejecución de obras siempre que las actividades o trabajos requeridos puedan catalogarse como construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros; los cuales, necesariamente, requieren contar con dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos para su ejecución. 3.2. En el marco de un procedimiento de selección para contratar la ejecución de obras, la calificación de la experiencia del postor debe efectuarse en función a la facturación en la ejecución de obras en general y de obras similares, siempre que deriven de contratos cuyo objeto contractual corresponda a la ejecución de obras. 3.3. En los contratos cuyo objeto contractual sea la ejecución de obras bajo la modalidad llave en mano, las prestaciones de diferente naturaleza resultan esenciales para el cumplimiento de la finalidad del contrato, y por tanto, dichas prestaciones forman parte del costo total del mismo. (Opinión N.º 056-2017/DTN, de 23-02-2017, ff. 1 y 3 al 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2P9EF4Y>).

§ 1267. La vigencia del poder expedida por los registros públicos se contabiliza desde la fecha de expedición de dicho documento. CONSULTA: “La fecha de emisión se contabiliza desde la fecha que aparece el sello de “entregado” por Registros Públicos o se contabiliza desde la fecha de expedición que aparece en el certificado de vigencia de poder. Esta disposición que se contabilice desde la emisión puede ser excluida de las bases al momento de convocarse el proceso”. [...] CONCLUSIONES: 3.1. La vigencia de poder expedida por los registros públicos debe contar con una antigüedad no mayor de treinta (30) días calendario a la presentación de ofertas, periodo que se computa desde la fecha de expedición de dicho documento registral por parte del Registrador o el abogado certificador autorizado, y no respecto de la fecha de entrega de tal documento público al interesado. 3.2. La disposición señalada no puede ser objeto de modificación por parte de la Entidad en mérito a la convocatoria de un procedimiento de selección, debiendo ceñirse a las condiciones contempladas en las Bases Estándar. (Opinión N.º 008-2017/DTN, de 11-01-2017, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RrrZYW>).

§ 1268. Reglas aplicables para la acreditación de experiencia mediante contratos asociativos distintos del contrato de consorcio. 3.2. Bajo el ámbito de la Ley N.º 30225, los postores que deseen acreditar su experiencia obtenida mediante figuras asociativas distintas del consorcio como requisito de calificación en los procedimientos de selección convocados para la contratación de ejecución de obras, deberán presentar, además de los contratos de obra y la documentación que acredite que la obra fue concluida y el monto total de la misma, los contratos asociativos que permitan acreditar que efectivamente han adquirido la experiencia y el porcentaje de la misma que les corresponde, de ser el caso. (Opinión N.º 124-2016/DTN, de 08-08-2016, f. 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Xq4GC3>).

§ 1269. La fusión por absorción tiene una naturaleza eminentemente económica, y que la experiencia es un elemento que los proveedores pueden acreditar, a efectos de contratar con el Estado; es razonable que, en el marco de un procedimiento de selección, la empresa absorbente pueda -luego de producida la absorción- presentar como suya la experiencia adquirida por la empresa absorbida. CONSULTA: 2.1. “¿Si existe impedimento o restricción legal alguno para transferir y/o usar experiencia en procesos de selección (Licitación Pública, Concurso Público, Contratación Directa, Adjudicación Simplificada, etc.) como consecuencia de un proceso de reorganización societaria que comprendan una fusión por absorción cuando se esté en los siguientes supuestos?: 1. Cuando la experiencia a presentar nazca de ventas realizadas en su momento, antes de darse la fusión, entre la empresa absorbente y la empresa absorbida. Donde la empresa absorbente en ese momento era el vendedor y la empresa absorbida era el comprador. 2. Cuando la experiencia a presentar nazca de ventas realizadas, antes de darse la fusión, entre la empresa absorbida y la empresa absorbente. Donde la empresa absorbida en ese momento era el vendedor y la empresa absorbente era el comprador” [...]. 2.1.4. [Debe] indicarse que, en el marco de las contrataciones públicas, la “experiencia” adquirida por la empresa como producto de la frecuencia de transacciones realizadas en el objeto social, le puede aportar valor agregado a la empresa, incrementando sus posibilidades de acceso a los contratos con el Estado; tal como ha señalado este Organismo Técnico Especializado en diversas Opiniones previas. En ese contexto, si una de las consecuencias de la fusión por absorción es la transmisión del patrimonio de la empresa que se extingue a favor de la sociedad absorbente, y la experiencia, -como intangible de valor económico-, forma parte de dicho patrimonio; entonces la experiencia se transmitirá a la sociedad absorbente, como efecto de dicho proceso de fusión empresarial. Por tanto, tomando en consideración que la fusión por absorción tiene una naturaleza eminentemente económica, y que la experiencia es un elemento que los proveedores pueden acreditar, a efectos de contratar con el Estado; es razonable que, en el marco de un procedimiento de selección, la empresa absorbente pueda presentar como suya la experiencia adquirida por la empresa absorbida, en virtud de dicho proceso de fusión empresarial. 2.2. “¿si la empresa absorbente puede hacer uso de las experiencias obtenidas antes de llevarse a cabo la fusión y de las experiencias adquiridas por la fusión, ello de acuerdo a los dos supuestos descritos en el párrafo anterior?” [...] 2.3. “¿Estas experiencias podrán ser presentadas a los procesos de selección y ser consideradas como válidas?” [...] [Este] despacho no puede determinar si ante supuestos específicos se configuraría, o no, un impedimento o restricción legal para transferir y/o usar experiencia adquirida como consecuencia de un proceso de fusión por absorción, en el marco de un procedimiento de selección, toda vez que ello excede la habilitación legal conferida a través del literal o) del artículo 52 de la Ley [cfr. art. 52.n del Nuevo Reglamento]. Sin perjuicio de ello, tal como se señaló al absolver la consulta anterior, tomando en consideración que la fusión por absorción tiene una naturaleza eminentemente económica, y que la experiencia es un elemento que los proveedores pueden acreditar, a efectos de contratar con el Estado; es razonable que en el marco de un procedimiento de selección, la empresa absorbente pueda presentar como suya la experiencia adquirida por la empresa absorbida, en virtud de dicho proceso de fusión empresarial. (Opinión N.º 035-2018/DTN, de 15-03-2018, ff. 2.1, 2.1.4, 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BHgnM1>).

§ 1270. La sucursal puede presentar las certificaciones obtenidas por la matriz para acreditar experiencia en un proceso de selección, siempre y cuando dichas certificaciones se encuentren vigentes, a nombre del postor y correspondan a la sede u oficina a cargo de la prestación. CONSULTA: 2. “En el caso de Sucursales de Empresas Extranjeras, sobre los documentos que servirán para acreditar los Requisitos de Calificación, Experiencia del postor: facturación en obras en general y facturación en obras similares, y sobre los documentos que servirán para acreditar los Factores de Evaluación: Sostenibilidad Ambiental o Social (Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo y Sistema de Gestión Ambiental). En una Licitación Pública o Concurso Público ¿Servirá que el postor (sucursal de empresa extranjera) presente la documentación de la experiencia y certificaciones OHSAS 18001 e ISO 14001 que obtuvo la matriz en su país de origen?” [...] 3. CONCLUSIÓN: Considerando que la sociedad matriz y la sucursal constituyen la misma persona jurídica, la sucursal puede acreditar como suya la experiencia de su matriz, asimismo, puede emplear las certificaciones obtenidas por esta última de conformidad con las normas OHSAS 18001 e ISO 14001, para efectos de la evaluación del factor referido al Sistema de Gestión de la Seguri-

dad y Salud en el Trabajo y de Gestión Ambiental, respectivamente; no obstante ello, debe considerarse que el puntaje solo será asignado cuando dichas certificaciones se encuentren vigentes, a nombre del postor y siempre que correspondan a la sede u oficina a cargo de la prestación. (Opinión N.º 135-2016/DTN, de 24-08-2016, ff. 2 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2S7NBtO>).

§ 1271. **En torno a la experiencia del postor, para el caso de ejecución de obras, la aplicación del ponderado se aplica tanto para la experiencia de obras en general como para la experiencia en obras similares.** CONSULTA: 2.1. ¿“(…) la aplicación del ponderado se aplica para la experiencia en obras en general o la experiencia en obras similares”? [...] 2.1.4. Respecto al criterio de calificación “Experiencia del postor”, las Bases Estándar de Licitación Pública y Adjudicación Simplificada para la contratación de la ejecución de obras, aprobadas mediante Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)], precisamente establecen dos sub factores: facturación en obras en general y facturación en obras similares. En ambos sub factores se establece que *“En los casos que se acredite experiencia adquirida en consorcio, debe presentarse la promesa de consorcio o el contrato de consorcio del cual se desprenda fehacientemente el porcentaje de las obligaciones que se asumió en el contrato presentado; de lo contrario, no se computará la experiencia proveniente de dicho contrato”*. También establece que en el caso de consorcio, la calificación de la experiencia se realiza conforme a la Directiva N.º 002-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (D-018)]. 2.1.5. Como se desprende, en torno a la experiencia del postor, que para el caso de ejecución de obras abarca tanto la experiencia en obra en general y obras similares, se califica en función de lo previsto en la Directiva citada, la misma que establece una ponderación de los montos aportados por cada consorciado, ponderación que se aplica a cada uno de estos sub factores de manera independiente. Finalmente, como ya se ha referido, solo será válida la experiencia establecida en las Bases como tal de aquellos consorciados que se hubieran comprometido a ejecutar las obligaciones vinculadas directamente al objeto de la convocatoria. (Opinión N.º 035-2017/DTN, de 03-02-2017, ff. 2.1, 2.1.4 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2E4b4If>).

§ 1272. **Acreditación de experiencia en consorcio. No es posible acreditar experiencia de una actividad que no sea parte del objeto del contrato.** CONSULTA 1: 2.1. *“¿De acuerdo a lo indicado en la Directiva N.º 002-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (D-018)] tratándose de la contratación de un servicio cuya actividad se encuentra regulada, pero que comprende una serie de actividades, debe entenderse que necesariamente todos los miembros del consorcio deben contar con los permisos requeridos o solamente aquellos que en la promesa de consorcio se comprometan a ejecutar aquellas obligaciones que requieran de dichos permisos?”*. [...] 2.1.3. En virtud de lo expuesto, únicamente aquellos integrantes del consorcio que se hubieran comprometido -en la promesa de consorcio- a la ejecución de actividades reguladas, estarán en la obligación de cumplir con todos los requisitos que disponga la ley de la materia para el ejercicio de dicha actividad. CONSULTA 2: 2.2. *“En relación con la misma Directiva de Consorcios, ¿sería válida la experiencia aportada por los miembros del consorcio que en la promesa se hayan obligado a ejecutar aquellas actividades que se encuentran vinculadas directamente con el objeto de contratación pero que no requieran de la obtención de permiso legal alguno para ello?”*. 2.2.2. Con relación a la experiencia aportada en un consorcio, el último párrafo del artículo 28 del Reglamento [cfr. art. 49.5 del Nuevo Reglamento] señala de forma expresa que en caso de consorcios, **solamente se considera la experiencia de aquellos integrantes que “ejecuten conjuntamente el objeto materia de la convocatoria”** (el resaltado es agregado), siempre que haya sido previamente ponderada conforme a la Directiva que apruebe el OSCE. Adicionalmente, la Directiva en mención indica en su numeral 7.5.2, numeral 1, que la acreditación de la experiencia del postor se realiza sobre la base de la documentación aportada por el o los integrantes del consorcio *“que se hubieran comprometido a ejecutar conjuntamente las obligaciones vinculadas directamente al objeto de la contratación”* (el resaltado es agregado). Dado que la Directiva precisa los alcances del Reglamento, no puede entenderse que permite que sea posible acreditar experiencia respecto de alguna actividad que no sea parte del objeto de la contratación. De lo señalado se desprende que para que la experiencia de un consorciado sea considerada válida dentro del procedimiento de selección, es necesario que este se haya comprometido a ejecutar actividades que for-



men parte del objeto principal de la contratación, debiendo ello constar en la promesa de consorcio. En efecto, la propia Directiva establece, en el numeral 3 de su inciso 7.5.2, que para calificar la experiencia del postor **no** se toma en cuenta la documentación presentada por el o los consorciados que asumen las obligaciones referidas a las siguientes actividades: “a) *Actividades de carácter administrativo o gestión como facturación, financiamiento, aporte de cartas fianzas o pólizas de caución, entre otras.* b) *Actividades relacionadas con asuntos de organización interna, tales como representación, u otros aspectos que no se relacionan con la ejecución de las prestaciones, entre otras.*” (el resaltado es agregado). Es decir, no se considera la experiencia de las obligaciones que no están vinculadas al objeto principal de la misma. En consecuencia, cuando el objeto de la contratación sea la ejecución de “actividades reguladas”, se considerará la experiencia de los integrantes del consorcio que ejecuten tales actividades y/o las que se encuentren directamente vinculadas con el objeto materia de la convocatoria, más allá de que existan obligaciones complementarias. (Opinión N.º 207-2016/DTN, de 28-12-2016, ff. 2.1, 2.1.3, 2.2 y 2.2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r8xIHO>).

§ 1273. **En el caso de profesionales extranjeros, el requisito referido a la “formación académica” deberá acreditarse además con la copia simple del documento de la revalidación o del reconocimiento del grado académico o título profesional otorgados en el extranjero, extendido por la autoridad competente en el Perú.** CONSULTA: 2. “De acuerdo con el Reglamento de la Ley de Contrataciones, en el caso de propuestas técnicas que contengan profesionales extranjeros; en qué etapa el postor debe acreditar que los citados profesionales estén reconocidos por una Universidad autorizada por la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria - SUNEDU y habilitados por el colegio profesional que les corresponde. ¿En la etapa de su calificación o para la suscripción del contrato como requisito indispensable? (...)” [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. En el marco de un procedimiento de selección cuyas bases prevean, como requisito de calificación, la “formación académica” del personal o plantel profesional clave, los postores deben acreditar dicho requisito -en la etapa de calificación-, a través de la presentación de la copia simple del diploma de bachiller o del título profesional correspondiente; siendo que en el caso de profesionales extranjeros, tal requisito deberá acreditarse además con la copia simple del documento de la revalidación o del reconocimiento del grado académico o título profesional otorgados en el extranjero, extendido por la autoridad competente en el Perú, conforme a la normativa especial de la materia. 3.2. La acreditación de la habilitación y colegiatura de los profesionales que conforman el “personal profesional clave” debe requerirse para el inicio de su participación efectiva en el contrato, tanto para aquellos profesionales titulados en el Perú, como para aquellos titulados en el extranjero; en atención al ‘Principio de Libertad de concurrencia’. (Opinión N.º 220-2017/DTN, de 09-10-2017, ff. 2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UHbOs>).

§ 1274. **Acreditación de la experiencia del postor en un proceso de selección para la ejecución de un servicio de Consultoría de Obra.** CONSULTAS Y ANÁLISIS: 2.1. “¿Las Órdenes de Compra emitidas por empresas privadas para la ejecución de servicios de consultoría de obra, como Gerenciamiento de proyectos, servicios de Ingeniería, elaboración de expedientes técnicos y/o Estudios, y Supervisión de obras, con su respectiva conformidad del servicio, sirven para acreditar la experiencia del postor en los procesos de selección para el Estado, en servicio de consultoría de obras?”. [...] 2.2. “¿Las Órdenes de Compra son equivalentes a los contratos que solicitan en las base estandarizadas para acreditar la experiencia de los postores?”. [...] 2.3. “¿Las Órdenes de Compra sirven para acreditar experiencia en la ejecución de Servicios?”. [...] CONCLUSIÓN: 3. En un procedimiento de selección para la ejecución de un servicio de Consultoría de Obra, independientemente del “nomen iuris” que se le atribuya a un documento contractual, si con las prestaciones y/o actividades que las integran se demuestra fehacientemente la destreza adquirida en servicios de consultoría de obra iguales o similares al objeto de la convocatoria -en concordancia con las definiciones consignadas en la normativa de contrataciones del Estado-, éstas podrán ser valoradas por la Entidad para evaluar la acreditación de experiencia del postor. (Opinión N.º 088-2018/DTN, de 19-06-2018, f. 2.1 al 2.3 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2E4qDQZ>).

§ 1275. **Se considerará como actual al domicilio que consigna el personal clave en el anexo “carta de compromiso”, pudiendo este domicilio coincidir o no con el registrado en el D.N.I.**

CONSULTA: 2. “Cuando el anexo “carta de compromiso del personal clave” hace referencia a domicilio legal ¿Es el mismo domicilio establecido en el artículo 33º del Código Civil como residencia habitual de la persona en un lugar?”. [...] 2.2. [...] [En] el ámbito legal del procedimiento administrativo general, la notificación personal se efectúa, en primer lugar, en el domicilio indicado en el expediente o el último domicilio que el administrado haya consignado ante la entidad administrativa; sin embargo, en caso el administrado no haya indicado domicilio, la autoridad deberá emplear, en segundo lugar, el domicilio señalado en el Documento Nacional de Identidad (D.N.I.). 2.3. De modo complementario a lo antes expuesto, corresponde señalar que el artículo 33 del Código Civil establece que: “El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar.” [...] 2.4. Entonces, aplicando supletoriamente lo regulado por el T.U.O. de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el domicilio, en el marco de un procedimiento de selección, es el que consigna el personal clave en el referido anexo (carta de compromiso) de las Bases Estandarizadas, en virtud de que el mismo forma parte de un expediente de contratación, pudiendo este coincidir o no con el registrado en el D.N.I. (Opinión N.º 019-2018/DTN, de 09-02-2018, ff. 2, 2.2, 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2P448MR>).

§ 1276. **La experiencia adquirida en ejecución de obras públicas, en principio, es equiparable a la adquirida en la ejecución de obras privadas. Si la Entidad, en un proceso de selección, requiere obligatoriamente que la experiencia sea adquirida en ejecución de obras públicas, deberá sustentar adecuadamente tal requerimiento.** CONSULTA: “¿El profesional que reemplazará al Residente de Obra, ha realizado obras similares (edificios) solo en el ámbito privado puede calificar para reemplazar al Residente de obra que tiene experiencia en ejecución de obras públicas?”. [...] CONCLUSIONES: 3.1. Cuando los factores que fueron materia de la evaluación y calificación no hubieran establecido que la experiencia en obras similares solo sería considerada cuando proviniera de la ejecución de obras públicas, la Entidad podía aprobar que el residente de obra fuera reemplazado por un profesional cuya experiencia en obras similares hubiera sido adquirida únicamente en el sector privado. 3.2. En principio, no resultaba razonable diferenciar la experiencia adquirida en obras públicas de aquella adquirida en obras contratadas por el sector privado; por lo tanto, de haber sido el caso, correspondía a la Entidad sustentar adecuadamente que para obtener un mayor grado de eficiencia en la ejecución de la obra era estrictamente necesario que la experiencia del personal profesional propuesto por el contratista proviniera de la ejecución de obras públicas. (Opinión N.º 084-2017/DTN, de 16-03-2017, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UDLFLk>).

§ 1277. **La experiencia que tiene una sociedad, se mantiene aún con el cambio de su denominación o razón social, siempre y cuando este cambio no involucre la creación de una nueva persona jurídica. La experiencia no puede evaluarse independientemente de la persona.** CONSULTA: 2.1. “En caso un proveedor opte por realizar por medio de un acuerdo societario un cambio de denominación o razón social, ¿la experiencia facturada acumulada y generada bajo la denominación anterior puede ser utilizada luego de dicha modificación para su participación en los procedimientos de selección para los fines de lo señalado en el Literal c del numeral 28.2 del artículo 28 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (experiencia del postor [cfr. art. 49.2.c del Nuevo Reglamento])? ¿De ser ello así, se requerirá que en la propuesta técnica se apareje de manera necesaria algún instrumento adicional para demostrar la identidad y correspondencia entre la denominación anterior y la actual, tal y como testimonio notarial de la escritura pública de cambio de razón social o la transcripción registral de la misma?” 2.1.1. [...] [D]ebe destacarse que la experiencia no puede evaluarse independientemente de la persona -ya sea natural o jurídica- que adquiere tal conocimiento o habilidad producto de la reiteración de una actividad. Es decir, en tanto que es la persona quien forma su propia experiencia por la reiteración de una conducta, dicha experiencia está íntimamente ligada a ella, incrementando sus posibilidades de acceso a contratar con el Estado. 2.1.2. [...] En ese entender, puede concluirse que en tanto la modificación de la denominación o razón social de la sociedad no involucre la creación de una nueva persona jurídica, el cambio de la denominación o razón social de la sociedad resulta posible; por tanto, la experiencia que mantenía esta sociedad con anterioridad al cambio de denominación o razón social -en la medida que constituye

la misma persona jurídica- se mantiene luego de dicha variación. Asimismo, a efectos de demostrar la variación de la denominación o razón social en la acreditación de experiencia, el postor debe presentar la documentación que conforme a la normativa de la materia determine que se trata de la misma persona jurídica con cambio de la denominación o razón social. (Opinión N.º 149-2018/DTN, de 13-09-2018, ff. 2.1, 2.1.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2P6G0cw>).

§ 1278. La expresión “cualquier otra documentación” que pueda ser usada para acreditar la experiencia del postor en la realización de obras, debe entenderse como todo documento emitido con ocasión de la ejecución de la obra que cumpla con demostrar aquello que se pretende acreditar.

CONSULTA: 2.1. *“Al señalar que una de las formas que tiene el postor para probar su experiencia en facturación de obras generales y similares será con el contrato y cualquier documentación de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida, así como su monto total, ¿Qué se entiende por cualquier otra documentación y, si ésta documentación deberá ser expedido u otorgado por la Entidad contratante?”.*

[...] [En] los documentos del procedimiento de selección se deben establecer de manera clara y precisa los requisitos que deben cumplir los postores a fin de acreditar su calificación. Dentro de estos requisitos, el artículo en mención prevé la posibilidad de calificar la experiencia del postor, requisito que es desarrollado en las bases estándar aprobadas por el OSCE mediante Directiva N.º 001-2017-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)], las mismas que en función al objeto y tipo de procedimiento establecen los requisitos de calificación y la forma en que estos deben acreditarse en cada caso. Así, en el caso de la contratación de ejecución de obras, las bases estándar han previsto que dicho requisito puede calificarse en dos aspectos: (i) experiencia en obras en general y (ii) experiencia en obras similares, precisando para ambos casos que la experiencia se acredita con copia simple de contratos y sus respectivas actas de recepción y conformidad; contratos y sus respectivas resoluciones de liquidación; o contratos y cualquier otra documentación de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida, así como su monto total. De lo señalado, se observa que las bases estándar al establecer la forma en la cual deberá acreditarse el requisito de calificación “experiencia del postor”, precisan que la documentación que sirve para dicho fin necesariamente debe acreditar de manera fehaciente que la obra fue concluida, así como también el monto total de ejecución de la misma. Asimismo, si bien se lista una serie de documentos con los cuales se puede acreditar la experiencia, también se menciona que -además de los contratos- podrá ser a través de cualquier otra documentación, emitida por la Entidad contratante entendiéndose como tal a todo documento emitido con ocasión de la ejecución de la obra que cumpla con demostrar de manera indubitable aquello que se acredita, por ejemplo mediante, las resoluciones de liquidación de obra, las actas de recepción de conformidad, entre otros. (Opinión N.º 185-2017/DTN, de 29-08-2017, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PiO5uM>).

§ 1279. El monto total ejecutado de una obra, a efectos de acreditar la experiencia del postor, incluye tanto el monto del contrato como los adicionales y deductivos generados en el transcurso de la ejecución.

CONSULTA: 2.2. *“Teniendo en cuenta que una de las formas de acreditar la experiencia del postor, tanto en la facturación de obras generales como obras similares, es mediante la presentación de contratos y cualquier otra documentación de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida, así como su monto total; ¿Cuándo se refiere al monto total, en el supuesto que la documentación presentada no consigne este monto total, solo indique el monto del contrato, adicionales y deductivos; en este caso el monto total ejecutado debe obtenerse de la operación aritmética que resulta de aplicar el monto del contrato, adicionales y deductivos?”.* [...] [Con] relación al monto de la obra, es importante mencionar que este se encuentra comprendido tanto por el monto del contrato por aquellos adicionales y deductivos que se hubieren generado durante la ejecución. Es así que, con la finalidad de conocer la real ejecución de un contrato de obra, a efectos de acreditar la experiencia, las bases definen el tipo de documentación a partir de la cual pueda determinarse indubitablemente cuál fue el monto total de la ejecución, debiendo además constar que la obra ha concluido en su totalidad. En sentido, para que un Comité pueda validar el monto total ejecutado de una obra, será necesario que el postor presente aquella documentación a partir de la cual pueda determinarse indubitablemente el mismo, entendiéndose que debe comprender tanto el monto del contrato como los adicionales y deductivos generados en el transcurso de la eje-

cución. (Opinión N.º 185-2017/DTN, de 29-08-2017, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PiO5uM>).

§ 1280. Formas de acreditar la experiencia del postor. CONSULTA: 2.3. *“¿La experiencia del postor podría acreditarse con el monto del contrato y que no se desconocerá su experiencia, así no se cuente con los documentos de valorización ni con Resolución de liquidación?”*. Conforme a lo indicado al absolver las consultas anteriores, y atendiendo a lo previsto en las bases estándar para la ejecución de obras, el requisito de calificación “experiencia del postor” se acredita con copia simple de contratos y sus respectivas actas de recepción y conformidad; con copia simple de contratos y sus respectivas resoluciones de liquidación; o con copia simple de contratos y cualquier otra documentación de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida, así como su monto total, siendo que este último comprende tanto los adicionales como deductivos que se hubieren generado durante la ejecución. (Opinión N.º 185-2017/DTN, de 29-08-2017, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PiO5uM>).

§ 1281. Formas de acreditar el monto total del contrato de obra. CONSULTA: 2.4. *“En el caso que una obra culminada no cuenta con Resolución Administrativa de liquidación, asimismo, el Acta de Recepción no consigna los montos de los presupuestos adicionales y deductivos de obra, ¿En este caso, es factible que el monto total se acredite con el monto que se consigna en el contrato de obra?”*. De conformidad con lo señalado al absolver la consulta anterior, el requisito de calificación “experiencia del postor” se acredita con copia simple de contratos y sus respectivas actas de recepción y conformidad; con copia simple de contratos y sus respectivas resoluciones de liquidación; o con copia simple de contratos y cualquier otra documentación de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida, así como su monto total, siendo que este último comprende tanto los adicionales como deductivos que se hubieren generado durante la ejecución. (Opinión N.º 185-2017/DTN, de 29-08-2017, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PiO5uM>).

§ 1282. Criterio que deben observar los comités de selección en relación a la evaluación y calificación de las obras similares. CONSULTA: 2.5. *“¿Cuál es el criterio que deben observar los comités de selección en relación a la evaluación y calificación de las obras similares, respecto de los contratos de obra cuando la convocatoria comprenda las actividades de mejoramiento y rehabilitación de una carretera?”*. [Las] consultas que absuelve el OSCE son aquellas consultas genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado; en esa medida, en vía de consulta, este Organismo Supervisor no puede absolver consultas referidas a un caso particular, pues ello excede la habilitación establecida en el literal o) del artículo 52 de la Ley; por tanto, no puede determinar qué criterio debe adoptar un Comité de Selección en la evaluación de obras similares de un determinado objeto de contratación. [...] Adicionalmente, [...], la experiencia se acreditará con copia simple de contratos y sus respectivas actas de recepción y conformidad; con copia simple de contratos y sus respectivas resoluciones de liquidación; o con copia simple de contratos y cualquier otra documentación de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida, así como su monto total, siendo que este último comprende tanto los adicionales como deductivos que se hubieren generado durante la ejecución. En ese orden de ideas, para que el postor acredite su experiencia en obras similares, debe incluir dentro de su propuesta contratos de obras que cuenten con las características de la obra que se desea contratar, de conformidad con lo que el Comité de Selección haya establecido en las Bases para tal efecto, dichos contratos deben ir acompañados de la documentación a partir de la cual se determine indubitablemente el monto total de la obra propuesta y que esta fue concluida en su totalidad [...] Como se aprecia, corresponde a la Entidad -a través del área usuaria- formular el requerimiento, elaborando las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico en función de la necesidad que se pretende satisfacer con la contratación. (Opinión N.º 185-2017/DTN, de 29-08-2017, f. 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PiO5uM>).

§ 1283. Acreditación de la experiencia en obras similares. CONSULTA: 2.6. *“La exigencia que deben cumplir los postores para acreditar su experiencia en la obra similar, ¿Se acredita con el cumplimiento de las*



actividades de obra similar que exigen en las Bases, sin perjuicio que los contratos que presentan los postores, puedan tener actividades adicionales a la literalidad de la definición de obras similares? [...] [P]ara que el postor acredite su experiencia en obras similares, debe incluir dentro de su propuesta contratos de obras que cuenten con las características de la obra que se desea contratar, de conformidad con lo que el Comité de Selección haya establecido en las Bases; para tal efecto, dichos contratos deben ir acompañados de la documentación a partir de la cual se determine indubitablemente el monto total de la obra y que esta fue concluida en su totalidad. (Opinión N.º 185-2017/DTN, de 29-08-2017, f. 2.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PiO5uM>).

§ 1284. La sociedad matriz y la sucursal constituyen la misma persona jurídica, por lo que, la sucursal puede acreditar como suya la experiencia de su matriz. Resulta válido que la sucursal acredite su experiencia con contrataciones celebradas por su sociedad matriz, siempre y cuando dichos documentos se ajusten a los requeridos en los documentos del procedimiento de selección.

CONSULTA: 2.1. “¿Puede [la sucursal peruana] acreditar la experiencia de venta en los procesos de contrataciones de bienes, servicios y obras con el Estado, mediante la experiencia de venta de la empresa matriz constituida en el extranjero a la luz de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N.º 30225 y de su reglamento?”. 2.2. “¿Pueden ser utilizados para acreditar la experiencia de venta en proceso de contratación con el Estado peruano, los contratos y/o documentos de conformidad y/o comprobantes de pago, ya sea que hayan sido otorgados en físico o por medios virtuales, generados por la prestación de bienes, servicios y obras celebrados por la empresa matriz con empresas privadas o entidades públicas de diversos países?”. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Considerando que la sociedad matriz y la sucursal constituyen la misma persona jurídica, la sucursal puede acreditar como suya la experiencia de su matriz. 3.2. Resulta válido que la sucursal acredite su experiencia con contrataciones celebradas por su sociedad matriz -mediante documentos físicos o electrónicos-, siempre y cuando dichos documentos se ajusten a los requeridos en los documentos del procedimiento de selección, conforme a los documentos estándar aprobados por el OSCE. (Opinión N.º 216-2017/DTN, de 02-10-2017, ff. 2.1, 2.2 y 3 al 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LafWNs>).

§ 1285. La experiencia del postor también puede ser acreditada a través de comprobantes de pago cuya cancelación se demuestre fehacientemente. CONSULTA: 2.2. “¿Para los fines de la acreditación de la experiencia del postor las conformidades de servicio o constancias de culminación del mismo solo serán válidas si se asocian a contratos (en las medida que las bases estándar vinculan a “contratos con su respectiva conformidad”) o también pueden ser utilizadas como elementos de vinculación o cohesión para grupos de facturas o comprobantes de pago?” [...] 2.2.2. [...] Al respecto, la experiencia del postor es un requisito de calificación tal como lo señala el artículo 28 del Reglamento [cfr. art. 49 del Nuevo Reglamento]. Asimismo, las Bases Estándar aprobadas mediante Directiva N.º 001-2017-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)] establecieron que para acreditar la experiencia debía presentarse -por ejemplo, en el caso de servicios en general bajo un procedimiento de selección de concurso público- “(...) copia simple de (i) contratos u órdenes de servicios, y su respectiva conformidad o constancia de prestación; o (ii) comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente, con [CONSIGNAR TIPO DE DOCUMENTOS QUE DEBE PRESENTARSE, COMO POR EJEMPLO, VOUCHER DE DEPÓSITO, REPORTE DE ESTADO DE CUENTA, CANCELACIÓN EN EL DOCUMENTO, ENTRE OTROS], correspondientes a un máximo de veinte (20) contrataciones”. Así, la experiencia se acredita mediante la presentación de copia simple de: contratos y su respectiva conformidad o constancia de prestación; o, a través de comprobantes de pago cuya cancelación se demuestre fehacientemente, pudiendo dichos comprobantes estar referidos a una misma relación contractual. (Opinión N.º 149-2018/DTN, de 13-09-2018, ff. 2.2 y 2.2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2P6G0cw>).

§ 1286. Documentos que se debe presentar para acreditar la experiencia del personal clave propuesto en la ejecución de una obra. CONSULTA: 2.3. “¿El inicio de labores de un profesional, y por lo tanto su experiencia, se computa desde la efectiva prestación de labores, la cual tiene que estar debidamente acreditada con anotaciones en el cuaderno de obra o la planilla registrada en el PLAME de SUNAT, los seguros correspondientes SCTR Y EPS, las valorizaciones mensuales, informes u otros documentos que den cuenta

de la participación real de cada profesional?” [...] **2.3.1** [...] [La] experiencia del personal clave propuesto en la ejecución de una obra solo puede acreditarse a través de la presentación de los siguientes documentos: (i) copia simple de contratos y su respectiva conformidad; (ii) constancias; (iii) certificados; o, (iv) cualquier otra documentación que, de manera fehaciente demuestre la experiencia del personal propuesto; los cuales deben permitir conocer la experiencia realmente adquirida por una persona en un periodo de tiempo determinado. (Opinión N.º 012-2018/DTN, de 24-01-2018, ff. 2.3 y 2.3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r3sdtK>).

§ 1287. La experiencia del personal profesional clave no puede acreditarse mediante declaración jurada. CONSULTA: **2.1.** “Dado que las Bases estandarizadas no contemplan como sustentar la experiencia del profesional clave, cuando es el mismo consultor titular de la consultoría como persona natural quien participa como personal clave, y considerando que en las personas jurídicas o consorcios el representante legal si lo puede hacer. (...) ¿Es factible acreditar experiencia como profesional clave a través de una Declaración Jurada que deje constancia de la participación del Consultor como parte del personal clave, adjuntando la Constancia de Prestación o conformidad de la consultoría, o conformidad del servicio, Resolución de Aprobación de Consultoría, otorgado por la Entidad al contratante consultor.” [...] **2.1.3.** [...] [C]onsiderando que la experiencia del personal profesional clave requiere ser constatada a fin de garantizar que tales personas cuentan con las capacidades necesarias para ejecutar las actividades requeridas, la presentación de una declaración jurada no constituye un medio idóneo que permita realizar ello. Por lo expuesto, puede concluirse que no es posible sustentar la experiencia del personal clave mediante la presentación de una declaración jurada, puesto que la normativa de contrataciones del Estado prevé que su acreditación debe realizarse documentalmente, a través de (i) copia simple de contratos y su respectiva conformidad o (ii) constancias o (iii) certificados o (iv) cualquier otra documentación que de manera fehaciente demuestre la experiencia del personal clave propuesto. (Opinión N.º 118-2018/DTN, de 09-08-2018, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2E9RIHK>).

§ 1288. Si bien los profesionales deben encontrarse colegiados y habilitados para el ejercicio de su profesión, la relevancia de dicho requerimiento no coincide necesariamente con la presentación de las ofertas, así como tampoco con la suscripción del contrato, sino con el inicio de su participación efectiva del contrato. CONSULTA: **2.** “¿Es posible considerar cumplida la exigencia de presentación de título revalidado por la SUNEDU, si el postor ganador presenta la colegiatura y el certificado de habilidad, en los cuales se precisa el título obtenido?” [...] **3.** CONCLUSIONES. **3.1.** En el marco de un procedimiento de selección cuyas bases prevean, como requisito de calificación, la “formación académica” del personal o plantel profesional clave, los postores deben acreditar dicho requisito -en la etapa de calificación- a través de la presentación de la copia simple del diploma de bachiller o del título profesional correspondiente; siendo que en el caso de profesionales extranjeros, tal requisito deberá acreditarse con la copia simple del documento de la revalidación o del reconocimiento del grado académico o título profesional otorgados en el extranjero, extendido por la autoridad competente en el Perú, conforme a la normativa especial de la materia. **3.2.** A efectos de perfeccionar el contrato, el postor deberá presentar -entre otros requisitos- los documentos previstos en los documentos del procedimiento de selección; siendo que cuando en éstos se exija la acreditación de la “formación académica” del personal o plantel profesional clave, el postor deberá presentar, en el caso de profesionales extranjeros, los documentos de la revalidación o del reconocimiento del grado académico o título profesional otorgados en el extranjero, extendido por la autoridad competente en el Perú, conforme a la normativa especial de la materia. **3.3.** La acreditación de la habilitación y colegiatura de los profesionales que conforman el “personal profesional clave” debe requerirse para el inicio de su participación efectiva en el contrato, tanto para aquellos profesionales titulados en el Perú, como para aquellos titulados en el extranjero; en atención al ‘Principio de Libertad de concurrencia’. (Opinión N.º 225-2017/DTN, de 11-10-2017, ff. 2, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RZuECo>).

§ 1289. La sucursal puede adquirir la experiencia de la matriz, puesto que ambas constituyen la misma persona jurídica. CONSULTA: “¿la sucursal puede adquirir la experiencia de la matriz siendo proveedor de bienes y servicios ante el OSCE?” [...] **2.1.** Ahora bien, en el caso de las sociedades reguladas

por la Ley N.º 26887, Ley General de Sociedades, estas forman su experiencia mediante el ejercicio de sus actividades económicas, desde el momento de su constitución. Por su parte, respecto a las sucursales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 396 de la Ley General de Sociedades, estas son definidas como “(...) *todo establecimiento secundario a través del cual una sociedad desarrolla, en lugar distinto a su domicilio, determinadas actividades comprendidas dentro de su objeto social. La sucursal carece de personería jurídica independiente de su principal. Está dotada de representación legal permanente y goza de autonomía de gestión en el ámbito de las actividades que la principal le asigna, conforme a los poderes que otorga a sus representantes*”. Al respecto, este Organismo Supervisor indicó en opiniones anteriores que sucursal y sociedad principal guardan una relación de identidad puesto que ambas constituyen la misma persona jurídica, independientemente del grado de independencia y autonomía que alcancen. Por lo tanto, siendo la sucursal un establecimiento secundario que guarda vínculo de identidad con la matriz, la experiencia de esta última forma parte de la sucursal. (Opinión N.º 014-2016/DTN, de 08-02-2016, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2G93mPv>).

§ 1290. **Cuando se pretenda acreditar la experiencia del postor a través de varios comprobantes de pago correspondientes a una sola contratación, se debe acreditar documentalmente tal unidad, de lo contrario se asumirá que los comprobantes están referidos a contrataciones independientes. No es posible tal acreditación si sólo se presenta declaración jurada del emisor de los comprobantes indicando que corresponden a una misma relación contractual.** 2.3.2. [...] [De] conformidad con las Bases Estándar, cuando se pretenda acreditar la experiencia del postor mediante varios comprobantes de pago correspondientes a una sola contratación, se debe acreditar documentalmente que corresponden indubitablemente a dicha contratación; de lo contrario, se asumirá que los comprobantes acreditan contrataciones independientes. Por tanto, cuando las conformidades o constancias de prestación contengan la información suficiente que permita acreditar fehacientemente que los comprobantes de pago presentados corresponden a una sola relación contractual, -lo cual deberá sustentarse- tales documentos serán válidos para acreditar dicha vinculación. [...] 2.4. [...] [Los] medios para acreditar dicha vinculación pueden ser diversos siempre que permitan demostrar fehacientemente que todos los comprobantes de pago corresponden a un mismo contrato. Entre los medios podemos mencionar la indicación expresa en los mismos comprobantes de pago que estos corresponden a un mismo contrato, la copia de las conformidades, constancia de prestación o cualquier otro documento emitido por el receptor de la prestación que indique que tales comprobantes de pago responden a un mismo contrato, entre otros mecanismos. Sin embargo, cabe precisar que la acreditación mencionada no es posible, únicamente, mediante la presentación de una declaración jurada donde el emisor de los comprobantes de pago indique que éstos corresponden a una misma relación contractual. (Opinión N.º 149-2018/DTN, de 13-09-2018, ff. 2.3.2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2P6G0cw>).

§ 1291. **A efectos de la calificación por parte de la Entidad que lleva a cabo el procedimiento de selección, las facultades de representación deberán desprenderse indubitablemente del propio contenido y sentido del poder.** CONSULTA: 2.1. “*¿Es motivo de no admisión de la oferta de un postor, el hecho que, en la carta poder otorgada por el representante legal no se haya consignado que el mandatario va a efectuar la representación o intervención a nombre de una determinada empresa, en un procedimiento de selección en específico, cuando en dicho poder se estableció también que las facultades otorgadas son simplemente enunciativas y no limitativas, siendo su intención la de otorgar este poder con las más amplias facultades y sin restricción de ninguna clase?*” [...] 2.1.3. [...] [De] esta manera, el poder otorgado contiene las características, límites y extensión de las facultades conferidas al apoderado, a efectos de establecer las actuaciones que éste puede realizar a nombre de su representado. En esa medida, las facultades de representación deben desprenderse indubitablemente del propio contenido y sentido del poder, esto sin llegar a la necesidad de exigir precisiones excesivamente puntuales o detalladas. Por tanto, en caso el postor actúe a través de representante legal, apoderado o mandatario, el órgano a cargo del procedimiento de selección deberá revisar de manera integral los alcances de la vigencia de poder presentada, a efectos de determinar que dicha persona cuenta con las facultades de representación suficientes para

suscribir la oferta. (Opinión N.º 128-2018/DTN, de 22-08-2018, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Sh34aB>).

§ 1292. No puede considerarse como “autoconstrucción” a aquellos casos en los que el postor realiza una obra con fines comerciales. CONSULTA: 2.2. *“Las obras ejecutadas, por las propias empresas constructoras, que tienen un fin comercial (venta posterior a terceros a la culminación); y que, por ende, cuentan con un monto establecido en un contrato de construcción, la debida conformidad de la obra, el acta de conformidad expedida por la Municipalidad que acredita la culminación a cabalidad de la obra. ¿No deben ser consideradas como autoconstrucción, y por tanto no deben ser excluidas como obras similares y/o generales para acreditar la experiencia del postor?”* [...] 3. CONCLUSIONES. [...] 3.2. En materia de contrataciones del Estado, no es posible que el postor acredite su experiencia a través de las obras que ejecutó para su propio uso o disposición. 3.3. No puede considerarse como “autoconstrucción” a aquellos casos en los que el postor realiza una obra con fines comerciales, esto es, en el marco de una contratación en virtud de la cual ejecuta la obra requerida por su contraparte a cambio de un determinado precio; en tal sentido, el postor puede emplear este tipo de obras para acreditar su experiencia, siempre que para dicho fin presente la copia simple del contrato y cualquier otra documentación de la cual se evidencie que la obra se concluyó así como el monto total que implicó su ejecución. (Opinión N.º 120-2017/DTN, de 24-05-2017, ff. 2.2, 3, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FMEzk7>).

§ 1293. En los procesos de contratación con el Estado, no es posible acreditar la experiencia en la ejecución de obras efectuadas mediante la “autoconstrucción”. CONSULTA: 2. *“Tomando en cuenta el Art. 28 Requisitos de calificación del Reglamento de la Ley y la Directiva OSCE N.º 001-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)], Bases Estándar de Licitación Pública para la Contratación de la Ejecución de Obras, ¿De qué manera se acredita fehacientemente la experiencia en la ejecución de obras privadas en el caso de postores que, en su calidad de empresas constructoras y promotoras, cuentan con experiencia en la ejecución de obras mediante la autoconstrucción (obras propias)? O es que en el ámbito de las contrataciones del Estado solo se considera como experiencia la ejecución de obras para terceros”.* [...] 3. CONCLUSIONES: 3.1. La experiencia del postor para la ejecución de una obra se mide a través de su facturación, tanto en obras en general como en obras similares, la cual se acredita mediante copia simple del contrato y cualquier otra documentación de la cual se desprenda fehacientemente que la obra se concluyó y el monto total que implicó su ejecución, conforme a lo indicado en las Bases Estándar. 3.2. En el marco de la normativa de contrataciones del Estado, no es posible acreditar la experiencia en la ejecución de obras efectuadas mediante la autoconstrucción, es decir cuando la obra es ejecutada por el mismo postor para su propio uso o disposición. (Opinión N.º 166-2016/DTN, de 14-10-2016, ff. 2 y 3 al 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QpCKgY>).

§ 1294. El criterio de la opinión N.º 166-2016/DTN, referido a que no puede acreditarse experiencia en la ejecución de obras mediante la autoconstrucción, no vulnera el principio de Libertad de concurrencia. El postor puede acreditar su experiencia a través de la ejecución de obras que hayan sido objeto de una relación contractual, en virtud de la cual éste hubiera ejecutado la obra requerida por su contraparte, a cambio de un determinado precio. CONSULTA: 2.1. *“Tomando en cuenta la Opinión N.º 166-2016/DTN señala que, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, no es posible acreditar la experiencia en la ejecución de obras efectuadas mediante la autoconstrucción, ¿Ello acaso no afecta el Principio de Libertad de Concurrencia, ante la posibilidad de demostrar obras ejecutadas “habitualmente?”* [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. El criterio contenido en la Opinión N.º 166-2016/DTN no vulnera el ‘Principio de Libertad de concurrencia’, puesto que el mismo no sugiere la adopción de prácticas -por parte de las Entidades- que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores a los procesos de contratación pública. 3.2. Para la acreditación de la experiencia en obras en general es necesario que el postor presente -dentro de su propuesta- contratos o copia simple de los mismos y, además, cualquier otra documentación que evidencie la culminación de la obra así como el monto total de su ejecución; precisándose que, para la acreditación de la experiencia en obras similares, es necesario -además- que la documentación mencionada se encuentre referida a una obra que cuente con las características de aquella que se desea contratar, según lo establecido en las Bases del



procedimiento de selección. 3.3. La normativa de contrataciones del Estado no discrimina el origen -público o privado- de los contratos y los documentos que pueden presentar los postores para acreditar su experiencia en el marco de un procedimiento de selección para la ejecución de obras. En ese sentido, el postor puede acreditar su experiencia a través de la ejecución de obras que hayan sido objeto de una relación contractual, en virtud de la cual éste hubiera ejecutado la obra requerida por su contraparte, a cambio de un determinado precio; para lo cual podrá presentar: i) copia simple del contrato y las actas de recepción y conformidad; ii) contratos y las resoluciones de liquidación; o, iii) contratos y cualquier otra documentación de la cual se desprenda fehacientemente que la obra se concluyó y el monto total que implicó su ejecución. (Opinión N.º 208-2017/DTN, de 25-09-2017, ff. 2.1 y 3 al 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Efajfh>).

§ 1295. Acreditación de la experiencia en obras en general y acreditación de la experiencia en obras similares. CONSULTA: 2.1. “*Teniendo en consideración el art. 28 Requisitos de Calificación del Reglamento de la Ley y la Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)], ¿las obras que se originan en base a contratos privados, que cumplan con los requisitos de acreditación, tales como: contrato de construcción de obra, que cuente con la debida conformidad y/o certificado de conformidad que acredite la culminación de la obra, así como, se identifique el metraje total y valor de la obra, se deben considerar como obras similares y/o generales a fin de acreditar la experiencia en la actividad?*”. [...] CONCLUSIONES. 3.1. Para la acreditación de la experiencia en obras en general es necesario que el postor presente, dentro de su propuesta, copia simple de contratos y cualquier otra documentación que evidencie la culminación de la obra así como el monto total de su ejecución; mientras que, para la acreditación de la experiencia en obras similares, es necesario -además- que la documentación mencionada se encuentre referida a una obra que cuente con las características de aquella que se desea contratar, según lo establecido en las Bases del procedimiento de selección. (Opinión N.º 120-2017/DTN, de 24-05-2017, ff. 2.1 y 3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FMEzk7>).

§ 1296. Los postores pueden acreditar su experiencia presentando la reproducción de contratos electrónicos. CONSULTA: 2. “(...) *solicitamos su opinión sobre la validez del CONTRATO ELECTRÓNICO (...) y confirme que este contrato electrónico equivale a contrato firmado a mano, (...)*”. [...] 2.2. [...] [C]omo se aprecia, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado la experiencia del postor para la ejecución de un servicio en general se mide a través de su facturación, tanto en servicios similares al objeto de la convocatoria y/o en la actividad, la cual puede acreditarse mediante la presentación de la copia simple de contratos u órdenes de servicios y su respectiva conformidad por la prestación efectuada. 2.3. En este punto, es importante señalar que la contratación pública no puede ser ajena a los avances del comercio electrónico dentro del territorio nacional o en los países de los cuales provienen los distintos proveedores de bienes, servicios y obras. En ese sentido, la normativa de contrataciones del Estado contempla la posibilidad que los postores acrediten su experiencia a través de la presentación de contratos en los que se demuestre que han ejecutado prestaciones iguales o similares a las que la Entidad requiere contratar, sin establecer que dicha experiencia solo puede acreditarse mediante la presentación de contratos convencionales; pues de hacerlo, ciertos proveedores no podrían participar en los procesos de contratación del Estado cuando su experiencia se encuentre sustentada en contratos de carácter electrónico, a pesar de estar debidamente calificados para ejecutar la prestación requerida por la Entidad. Por lo expuesto, cuando se trate de la contratación de servicios en general, los postores pueden acreditar su experiencia presentando la reproducción de contratos electrónicos que hayan celebrado a los que deberá adjuntar la respectiva conformidad por la prestación efectuada o comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental o fehacientemente con los documentos que señalan las Bases. (Opinión N.º 163-2017/DTN, de 31-07-2017, ff. 2, 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QijMjP>).

§ 1297. La normativa de contrataciones del Estado no prevé la metodología que debe emplear el comité de selección para realizar la sumatoria de los periodos consignados en los documentos presentados para acreditar la experiencia del postor. CONSULTA: 2. “*¿Las constancias y/o certificados que el postor presente para acreditar la experiencia de su personal propuesto, para el cumplimiento de los*

requerimientos técnicos mínimos, deben sumarse sólo hasta el tiempo máximo solicitado en las bases, de acuerdo al orden que han sido detallados en las declaraciones juradas; no debiéndose considerar, ni sumar las constancias que exceda el tiempo requerido.” [...] 2.4. [Es] importante precisar que la experiencia del personal clave propuesto requerida como “Capacidad técnica y profesional” -al igual que todo requisito de calificación- debe ser acreditada documentalmente según lo indicado en los documentos del procedimiento de selección; de esta manera, no puede ser acreditada mediante la presentación de una declaración jurada. Así, si bien la información referida a la experiencia del personal clave propuesto se consigna de forma ordenada en Anexo que debe incluirse en la oferta del postor, dicha experiencia solo puede acreditarse a través de la presentación de los siguientes documentos: (i) copia simple de contratos y su respectiva conformidad; (ii) constancias; (iii) certificados; o, (iv) cualquier otra documentación que, de manera fehaciente demuestre la experiencia del personal propuesto. [...] cabe señalar que, la normativa de contrataciones del Estado no prevé la metodología que debe emplear el comité de selección a efectos de revisar los documentos presentados por el postor para acreditar la experiencia del personal clave propuesto, en otras palabras, no precisa la manera cómo debe realizarse la sumatoria de los periodos consignados en dichos documentos; debiendo, considerarse que la finalidad de la calificación es verificar que el postor cuenta con las aptitudes que -de acuerdo lo previsto en los documentos del procedimiento de selección- resultan necesarias para cumplir con la prestación objeto del contrato. Sin perjuicio de lo expuesto, es importante resaltar que el postor es responsable de la veracidad y exactitud de toda aquella documentación que incluya en su oferta, pudiendo ser sancionado en el caso que se determine que presentó documentación falsa o inexacta. (Opinión N.º 238-2017/DTN, de 07-11-2017, ff. 2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Gj0rUy>).

§ 1298. Las entidades públicas pueden acreditar su capacidad legal de representación en base a su ley de creación, y no por certificado de vigencia de poder del representante legal, apoderado o mandatario expedido por registros públicos, amparados en el principio de igualdad de trato.

CONSULTA: 2.1. *“En los procesos de contratación ¿las Entidades Públicas pueden acreditar su capacidad legal de representación en base a su ley de creación, y no por certificado de vigencia de poder del representante legal, apoderado o mandatario expedido por registros públicos, amparados en el principio de igualdad de trato establecido en el artículo 2 del literal b) de la Ley N.º 30225 Ley de Contrataciones del Estado?” 2.1.1. [...] [En] el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, las bases estándar han previsto la forma en la cual debe acreditarse la representación, señalando de forma expresa lo siguiente: “Tratándose de persona jurídica, copia del certificado de vigencia de poder del representante legal, apoderado o mandatario designado para tal efecto, expedido por registros públicos con una antigüedad no mayor de treinta (30) días calendario a la presentación de ofertas, computada desde la fecha de emisión. En caso de persona natural, copia del documento nacional de identidad o documento análogo, o del certificado de vigencia de poder otorgado por persona natural, del apoderado o mandatario, según corresponda, expedido por registros públicos con una antigüedad no mayor de treinta (30) días calendario a la presentación de ofertas, computada desde la fecha de emisión”* Como puede advertirse, las bases establecen dos posibles escenarios: (i) cuando se trate un persona jurídica y (ii) cuando sea una persona natural. En ambos casos, la acreditación de la representación no es otra que un documento a través del cual se evidencia de manera fehaciente que quien suscribe la oferta es un representante del postor. Ahora bien, se consulta acerca del caso de las personas jurídicas de Derecho Público, llámese Entidades Públicas, las mismas que al igual que cualquier otro proveedor, están en capacidad de participar en un procedimiento de selección, para lo cual será necesario que cumplan con acreditar todas las capacidades previstas en la normativa, entre estas la capacidad legal. Al respecto, en cuanto a las instituciones públicas o entidades públicas, resulta pertinente mencionar la distinción que Dromi realiza entre personas públicas y privadas, señalando que el principal criterio que las diferencia es su regulación, rigiéndose las primeras por las normas de derecho público y las segundas por las normas de derecho privado. Asimismo, dicho autor precisa que para establecer la regulación debía tomarse en cuenta si el ente gozaba de poderes, potestades, prerrogativas o competencias públicas no usuales entre las personas privadas y, más aún, exorbitantes en el derecho privado, debiendo estudiarse para tal efecto la forma de creación del ente. En cuanto a la creación de los distintos tipos de entidades, Dromi señala que las personas privadas a diferencia de las públicas, no



son creadas por ley o decreto estatal, sino por un acto o contrato constitutivo privado, aunque el Estado les haya otorgado autorización legal pertinente. Preciado lo anterior, el artículo 77 del Código Civil señala que la existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley. Además, el artículo 6 de la Ley General de Sociedades señala que: “La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción”. De lo señalado se advierte, que para las personas jurídicas de Derecho Privado, la inscripción será el elemento constitutivo de su personalidad. De otro lado, el artículo 76 del Código Civil señala que la persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación. Es así que en este caso la formalidad requerida legalmente, con lo cual se consolida la participación del Estado, será la ley que crea la persona jurídica. Como es de verse, en los casos señalados, la inscripción constituye un elemento indispensable para la existencia de la personalidad jurídica en los entes de Derecho Privado. Sin embargo, para las personas jurídicas de derecho público será la ley las que les otorgue la personalidad, prescindiéndose del mecanismo de publicidad que brinda el Registro para optar por el de la Publicidad Legal. De acuerdo con lo expuesto, las personas jurídicas de Derecho Público, al no requerir del registro para existir, podrán desarrollar sus actividades sin necesidad de que su constitución, nombramientos de representantes y demás actos derivados “tengan que” inscribirse en el Registro de Personas Jurídicas respectivo, salvo que así lo disponga la ley especial que lo regule. En consecuencia, a efectos de acreditar la capacidad legal dentro de un procedimiento de selección, una persona jurídica de Derecho Público podrá presentar el documento a través del cual se verifique al representante designado, esto según su ley de creación; entendiéndose que el mismo será suficiente para acreditar su capacidad legal, al no requerir de una inscripción en registros públicos que determine su personería jurídica. (Opinión N.º 183-2017/DTN, de 25-08-2017, ff. 2.1 y 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AbIm4D>).

§ 1299. La experiencia permite a las entidades determinar la idoneidad de los postores para ejecutar las prestaciones requeridas. La presentación de documentos que acrediten la experiencia del postor tiene carácter público, garantizando la fiscalización del proceso. 2.2. [D]ebe indicarse que este Organismo Supervisor, en opiniones previas, ha señalado que la experiencia se adquiere por la reiteración de determinada conducta en el tiempo; es decir, por la habitual transacción del bien, servicio u obra que constituye el giro del negocio del contratista en el mercado. Dicha experiencia genera valor agregado para su titular, incrementando sus posibilidades de acceso a los contratos con el Estado. En esa medida, la experiencia constituye un elemento fundamental en la evaluación de los postores, debido a que permite a las Entidades determinar, de manera objetiva, la idoneidad de los mismos para ejecutar las prestaciones requeridas; al comprobarse que estos han ejecutado previamente prestaciones iguales o similares a los que se requiere contratar. Por ello, resulta relevante que, para acreditar el factor experiencia del postor, los proveedores presenten documentos que brinden certeza al Comité Especial encargado de conducir el proceso de selección, de la experiencia con la que cuentan y, por ende, del puntaje que debe asignárseles. Lo expresado anteriormente no solo garantiza que la Entidad pueda evaluar adecuadamente a los postores respecto a su experiencia, sino que también garantiza a los participantes en el proceso de selección y, a los usuarios del sistema de contratación en general, fiscalizar el proceso, teniendo en cuenta que la contratación pública implica la erogación de fondos públicos [...]. 2.3. De otro lado, es común que las empresas privadas, sobre todo a nivel internacional, incluyan cláusulas de confidencialidad en sus contratos. Este tipo de cláusulas impiden a los contratantes divulgar información derivada de sus relaciones contractuales, incluyendo el objeto, monto, comprobantes de pago, entre otros. No obstante, la normativa de contrataciones del Estado, al igual que los sistemas de contratación pública de otros países, ha preferido la transparencia y publicidad de los actos y documentos durante los procesos de selección, sin perjuicio de las excepciones establecidas en la propia normativa de contrataciones del Estado. Ello se desprende, de forma general, de los Principios de Publicidad y Transparencia [...]. Estos principios garantizan, además, la libre competencia y competencia de los proveedores en condiciones de igualdad e imparcialidad [...] condiciones que generan la elección objetiva del mejor postor y, eventualmente, facilitan el control por parte de los participantes y demás usuarios del sistema de contra-

tación. (Opinión N.º 010-2012/DTN, de 31-01-2012, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2sjq3Hb>).

§ 1300. Es factible la transferencia de “experiencia” adquirida por una empresa unipersonal a favor de una sociedad, en el marco de una reorganización societaria. CONSULTA: “¿Es factible la transferencia de “experiencia” si una persona natural con negocio (empresa unipersonal) se reorganiza en una “Sociedad” conforme al literal d) del artículo 65º de la Ley del Impuesto a la Renta?”. **2.1.** [...] [De] conformidad a lo dispuesto el inciso d) del artículo 65 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobada mediante Decreto Supremo N.º 122-94EF, es factible como una forma de reorganización de sociedades “El aporte de la totalidad del activo y pasivo de una o más empresas unipersonales, realizado por su titular, a favor de las sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades (...)”. Como se advierte, una empresa unipersonal puede a través de la reorganización incorporarse a una de las sociedades reguladas en la Ley General de Sociedades, transfiriendo la integridad de su bloque patrimonial. **2.2.** Ahora bien, por definición, el patrimonio es el “conjunto de bienes, créditos (activo) y obligaciones o deudas (pasivo) que tiene un sujeto” o, en términos más simples, “es el conjunto de derechos patrimoniales y obligaciones atribuibles a un sujeto”. Dicho lo anterior, cabe señalar que, en el marco de las contrataciones públicas -y sin perjuicio de las leyes especiales que resulten aplicables-, la “experiencia” adquirida por un proveedor como producto de la frecuencia de transacciones realizadas en el objeto social, le puede aportar valor agregado a la misma (activo), incrementando sus posibilidades de acceso a los contratos con el Estado. En el marco de la normativa de contrataciones del Estado -y sin perjuicio de las leyes especiales que resulten aplicables-, considerando que en una reorganización una empresa unipersonal transfiere la integridad de su bloque patrimonial a favor de las sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades, y la experiencia como intangible de valor económico forma parte de dicho patrimonio, entonces resulta razonable que la experiencia se transfiera a la sociedad como efecto de la reorganización. (Opinión N.º 072-2018/DTN, de 29-03-2018, ff. 2.1 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FEQG2v>).

§ 1301. Puede declararse la nulidad de oficio de un proceso de selección para consultoría de obra en la cual no se haya previsto que el supervisor de obra no contemple como mínimo, las mismas calificaciones y experiencia que el residente de obra. Véase la jurisprudencia del artículo 186º del Nuevo Reglamento [§ 1939]. (Opinión N.º 172-2018/DTN, de 17-10-2018, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Quy9u0>).

§ 1302. En una contratación bajo la modalidad de concurso oferta, el comité de selección debía establecer en las Bases, la metodología y los factores de evaluación para determinar la experiencia del personal profesional en las diversas prestaciones que comprendía la contratación. Véase la jurisprudencia del artículo 36º del Nuevo Reglamento [§ 1121]. (Opinión N.º 084-2018/DTN, de 14-06-2018, ff. 3.1 al 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RkqUSR>).

§ 1303. Prevalencia de la normatividad en contrataciones del Estado sobre la del procedimiento administrativo general. Acreditación de los requisitos de calificación referidos a la capacidad legal y para el perfeccionamiento del contrato. Véase la jurisprudencia de la 1ª DCF de la Ley [§ 947]. (Opinión N.º 081-2017/DTN, de 13-03-2017, f. 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Uaxigb>).

§ 1304. La constancia de prestación del contratista sirve para sustentar la experiencia obtenida por un proveedor. Véase la jurisprudencia del artículo 169º del Nuevo Reglamento [§ 1888]. (Opinión N.º 196-2017/DTN, de 08-09-2017, f. 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RXgewM>).

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 1305. La experiencia del postor puede estar relacionada con el importe y el volumen de las prestaciones, o con la calidad de los servicios prestados. OBSERVACIÓN N.º 3. [...] [T]enemos que la



experiencia está definida como el advertimiento o enseñanza que se adquiere con el uso, la práctica o sólo con el vivir, por lo que consecuentemente, la experiencia del postor (el subrayado es nuestro) está referida a la práctica adquirida por éste al ejecutar prestaciones similares o relacionadas con aquéllas que constituyen el objeto de la convocatoria durante un determinado período de tiempo. [...] [La] experiencia puede estar relacionada tanto con el importe y el volumen de las prestaciones ejecutadas en un determinado lapso (copias simples de contratos), como también con la calidad de los servicios prestados (constancias, certificados) por el postor. (Pronunciamiento N.º 035-2003/GTN, de 28-03-2003, Observación N.º 3. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HPWojf>).

§ 1306. En los casos que los postores presenten contratos o facturas de transacciones realizadas en el extranjero para acreditar experiencia, deberán acreditar que las exigencias de producción y comercialización de tales bienes sean similares o superiores a las exigidas en la legislación nacional. OBSERVACIÓN N.º 1. [...] [La] Experiencia en la venta de los bienes que son objeto de la convocatoria podrá acreditarse mediante la presentación de contratos o facturas que hayan sido giradas por el postor, sea como sociedad principal o como sucursal. Sin perjuicio de lo anterior, dada la naturaleza de los bienes a adquirir, estos requieren de determinados permisos y autorizaciones oficiales para su producción y comercialización en el Perú, por lo que en aquellos casos en que los postores presenten, para acreditar su experiencia, contratos o facturas de transacciones comerciales realizadas fuera del territorio nacional, deberán acreditar que las exigencias para la producción y comercialización de tales bienes en los países en los que se hayan realizado dichas transacciones, resultan similares o superiores a las exigidas por la legislación nacional. (Pronunciamiento N.º 198-2005/GTN, de 21-07-2005, Observación N.º 1. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RDDY4U>).

§ 1307. Respecto de los contratos de suministro de bienes es perfectamente posible que la experiencia sea acreditada incluso con contratos que se encuentran vigentes, validándose únicamente la parte del contrato que haya sido ejecutada. OBSERVACIÓN N.º 7. Por otro lado, el artículo 65º del Reglamento [cfr. art. 49 del Nuevo Reglamento], establece los lineamientos generales que las Entidades deberán tomar en cuenta a efectos de evaluar la experiencia en la adquisición de bienes; no habiéndose establecido en dichos lineamientos ninguna condición especial o limitación para la acreditación, por lo que las Entidades tienen la facultad de establecer con qué y con cuántos documentos se acredita la experiencia, lo que no enerva en forma alguna su deber de contar con la información técnica sustentatoria de tal decisión. En el presente caso, si la Entidad pretende evaluar la real experiencia del postor, resulta razonable que exija las facturas canceladas, pues un medio de pago válido que de ninguna manera restringe la libre competencia. En relación a la posibilidad de acreditar la experiencia sólo con contratos que cuenten con su respectiva conformidad de culminación, si bien anteriormente este Consejo Superior consideró que sólo procedía evaluar la experiencia a partir de relaciones contractuales concluidas, a la luz de la información recogida de los procesos de selección desarrollados, este organismo rector en materia de contratación pública concluye que, respecto de los contratos de suministro de bienes, es perfectamente posible que la experiencia sea acreditada incluso con contratos que se encuentran vigentes, siendo que únicamente se validará aquélla parte del contrato que haya sido ejecutada a la fecha de presentación de propuestas, para lo cual será necesario presentar la documentación respectiva que acredite la parte ejecutada. [...] (Pronunciamiento N.º 298-2005/GTN, de 25-10-2005, Observación N.º 7. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Gn9Nx1>).

§ 1308. Las prestaciones ejecutadas por las empresas participantes para diversas empresas privadas, a través de una relación contractual de plazo indeterminado, constituyen experiencia y, por tanto, pueden ser acreditadas. OBSERVACIÓN N.º 12: [...] [C]onviene recordar que conforme a lo prescrito por el artículo 66º del Reglamento [cfr. art. 51 del Nuevo Reglamento], la experiencia “se acreditará con copia simple de los comprobantes de pago cancelados o, en su defecto, con copia del contrato y su respectiva conformidad de culminación de la prestación del servicio”, de lo cual se puede inferir que sólo será posible calificar la experiencia adquirida por el postor cuando se trate de relaciones contractuales concluidas y no en ejecución, lo cual se condice con el hecho de que para su acreditación, la normativa sobre contratación pública haya requerido de comprobantes de pago cancelados, o en su defecto, copia

simple del contrato y su respectiva conformidad de culminación, por lo que este Consejo Superior ha decidido NO ACOGER la observación, no siendo por tanto factible que se sustente la experiencia con contratos que se encuentren aún en ejecución. Sin perjuicio de lo expuesto, dicha disposición se ha entendido en el sentido que los servicios prestados que se pretendan acreditar, ya sea mediante comprobantes de pago o mediante contratos, deban ser culminados, lo cual supone que los comprobantes de pago a los que hace mención la referida norma deban corresponder a prestaciones únicas o pactadas a un plazo determinado, lo cual encaja perfectamente con el tipo de relaciones que se dan en las contrataciones con entidades públicas. Sin embargo, dicha interpretación no habría considerado el tipo de relaciones a plazo indeterminado que se dan en el ámbito privado, en el cual es común que los contratos de esta naturaleza sean prorrogados tácitamente o mediante adendas sucesivas, dando como resultado prestaciones continuadas a través del tiempo (2, 3 o más años) y que tienen origen en una misma relación contractual. De esta manera, podrían darse supuestos en los cuales, las empresas participantes cuenten con contratos vigentes que provienen de contratos prorrogados en el tiempo o que sean de duración indeterminada, lo cual, a las luces de la interpretación literal de la normativa, no se considerarían como servicios válidos para acreditar experiencia, aun cuando dicha situación resulta contraria a la propia definición de experiencia esbozada por este Consejo Superior. En efecto, en reiterados diversos pronunciamientos este Consejo Superior ha señalado que por experiencia debe entenderse las capacidades y aptitudes obtenidas por la práctica reiterada de una actividad determinada. Frente a ello, resultaría poco razonable afirmar que las prestaciones ejecutadas por las empresas participantes para diversas empresas privadas, a través de una relación contractual de plazo indeterminado, no constituyen experiencia y, por tanto, no pueden ser acreditadas. En este sentido, con el fin de no perjudicar a las empresas que podrían encontrarse inmersas dentro de este tipo de relaciones, este Consejo Superior considera válido que se permita la libre participación de postores en iguales condiciones. De esta manera, tanto para el caso de contratos celebrados en el ámbito privado como para aquellos celebrados con entidades públicas, se entenderá que los contratos vigentes podrán acreditarse como parte de la experiencia del postor en tanto el plazo original se haya cumplido y éste se haya prorrogado, considerándose como experiencia las prestaciones ejecutadas hasta la fecha establecida en el contrato original o la de culminación de la última prórroga cumplida; mientras que para el caso de los contratos a plazo indeterminado del ámbito privado se entenderá que se podrá acreditar como experiencia, aquellas prestaciones que se hubieran ejecutado, que cuenten con conformidad del servicio y hayan sido debidamente canceladas. (Pronunciamiento N.º 344-2005/GTN, del 05-12-2005, Observación N.º 12. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Gc803p>).

§ 1309. En los casos donde existan prestaciones adicionales, complementarias y/o accesorias, es posible que el comité de selección establezca factores de evaluación para tales prestaciones. OBSERVACIÓN N.º 3. [...] [Una] vez determinado el objeto principal de la convocatoria, cuando el Comité Especial considere pertinente evaluar la experiencia del postor, la experiencia que resultará relevante para la evaluación será aquella que guarde relación con el objeto de la convocatoria; así, cuando dicho objeto sea la adquisición de bienes, como en el presente caso, la experiencia relevante es la obtenida a través de la venta de bienes iguales o similares a los requeridos. No obstante lo anterior, resulta pertinente precisar que en aquellos casos en los que existan prestaciones adicionales, complementarias y/o accesorias, corresponde al Comité Especial, atendiendo a la mayor o menor incidencia de éstas, determinar la pertinencia de incluir o no incluir factores que evalúen tales prestaciones; sin embargo en dichos supuestos, dada la naturaleza accesoria o complementaria de las prestaciones a evaluarse, el Comité Especial deberá cuidar que el puntaje correspondiente a dichos factores no resulte excesivo ni determinante para obtener la buena pro. Por lo tanto, en la medida que la observación se encuentra dirigida a solicitar la inclusión de factores que evalúen la experiencia en la prestación de servicios iguales o similares a los requeridos, y que la inclusión de tales factores es responsabilidad exclusiva del Comité Especial, este Consejo Superior decide NO ACOGER la observación; en ese sentido, deberá precisarse que los documentos que presenten los postores a efectos de acreditar su experiencia deberán estar relacionados con la venta de bienes iguales o similares a los requeridos, y que, como consecuencia de lo anterior, los documentos que acrediten experiencia en la prestación de servicios no resultarán válidos. [...] (Pro-

nunciamento N.º 339-2005/GTN, de 01-12-2005, Observación N.º 3. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2NxYa7T>).

§ 1310. No es posible equiparar la experiencia obtenida mediante el arrendamiento de equipos a la obtenida en ventas. OBSERVACIONES N.º 8 y 9. En su Observación N.º 8 el participante señala que existen actividades cuya esencia no difiere de la venta de equipos multifuncionales tales como el arrendamiento de equipos multifuncionales. En tal sentido, solicita que se incluya en la calificación de experiencia, la obtenida del arrendamiento de equipos multifuncionales. [...] Es el caso, que la prestación principal de la presente convocatoria consiste en la contratación de equipos multifuncionales, lo cual corresponde a la contratación de bienes; por tanto, la experiencia del postor en este caso debe corresponder a la venta de bienes iguales o similares al objeto de la convocatoria, es decir, a la venta de equipos iguales o similares a requeridos por la Entidad. No obstante, el participante pretende que se considere válida la experiencia que habría adquirido mediante el arrendamiento de equipos multifuncionales, actividad que corresponde a la prestación de un servicio y no la venta de bienes. Por tanto, en la medida que la norma de contrataciones ha dispuesto que, en los casos de contrataciones de bienes, la experiencia del postor se calificará en función al monto facturado acumulado por el postor por la venta o suministro de bienes, lo cual es por naturaleza diferente a la prestación de servicios, por lo que este Organismo Supervisor ha decidido NO ACOGER la Observación N.º 8. (Pronunciamento N.º 380-2010/DTN, de 30-11-2010, Observaciones N.º 8 y 9. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Stgxjj>).

§ 1311. Supuestos en los cuales puede acreditarse experiencia. OBSERVACIÓN N.º 3. [...] [Finalmente], resulta pertinente señalar que, contrariamente a lo señalado por el Comité Especial a través del pliego de absolución de consultas, a efectos de acreditar su experiencia, los postores podrán presentar, además de facturas, cualquier otro comprobante de pago, aun cuando no cuenten con el sello de cancelación por cuanto la cancelación podría haberse efectuado directamente por depósito en cuenta. Asimismo, podrán presentarse contratos concluidos o contratos de suministro de bienes en ejecución, acompañados de la documentación que resulte pertinente para acreditar el monto del contrato ejecutado a la fecha de presentación de propuestas. En caso el contratista haya ejecutado la prestación a su cargo y cuente con la documentación que acredita la recepción de los bienes a conformidad de la Entidad, podrá acreditarse la experiencia mediante la presentación del contrato respectivo acompañado de dicha conformidad, aun cuando el pago a cargo de la Entidad aún no se haya producido. Finalmente, cuando las prestaciones hayan sido ejecutadas en el extranjero podrá presentarse copia simple de cualquiera de los documentos citados de manera precedente sin que exista necesidad de que tales documentos cuenten con certificación consular. (Pronunciamento N.º 339-2005/GTN, de 01-12-2005, Observación N.º 3. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2NxYa7T>).

§ 1312. Concepto de experiencia. Es posible que en algunos casos la experiencia del profesional pueda ser obtenida en trabajos distintos a la prestación de obras similares. OBSERVACIÓN N.º 2 y 3. [...] [En] tal sentido, resulta necesario señalar que la experiencia es entendida como la destreza adquirida por la práctica reiterada de una conducta durante un período determinado. En aplicación de la definición anotada, en el caso de los profesionales propuestos, la experiencia se adquiere por los trabajos efectivamente ejecutados y culminados en cierto periodo. [...] Dentro de dicho contexto, la experiencia obtenida en el desarrollo de determinada actividad resultará válida en aquellos procesos de selección que contemplen el desarrollo de actividades relacionadas con el objeto de la convocatoria. Es por ello que, para determinar la experiencia de los profesionales propuestos, debe considerarse la experiencia en la especialidad, la que se traduce en la ejecución de labores iguales o similares a las que estos realizarán durante la ejecución de la obra. Ahora bien, teniendo en cuenta que en algunos casos las labores a ejecutar por un profesional serán siempre las mismas independientemente de la naturaleza obra en la que las realizó, es competencia de la Entidad determinar en qué casos la experiencia de los profesionales puede haber sido obtenida en trabajos distintos a la prestación de obras similares (como es el caso del ingeniero especialista en impacto ambiental, por ejemplo; puesto que las labores de dicho profesional podrían ser las mismas sea que su trabajo se realice como parte de la supervisión de una obra

de vial o de infraestructura) [...] (Pronunciamiento N.º 279-2011/DTN, de 22-08-2011, Observación N.º 2 y 3. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Gnnjk6>).

§ 1313. Si la Entidad solicita que los certificados o constancias que son emitidos a favor de los profesionales tengan exactamente el mismo tenor al requerido en las bases, podrían estar limitando el principio de libre competencia. OBSERVACIÓN N.º I. [...] [Se] advierte que el observante cuestiona que el Comité Especial exija que los certificados o constancias, que se presentarán para sustentar la experiencia de los profesionales propuestos, indiquen expresamente que los Estudios Definitivos de carreteras se efectuaron a nivel de asfaltado, por lo que solicita que se permita la presentación de otros documentos donde se demuestre aquello. [...] No obstante, se aprecia de la Bases que se considerará Estudios Similares a aquellos Estudios Definitivos de Rehabilitación y Mejoramiento en carreteras a nivel de asfalto, lo cual también fue confirmado a través de la absolución a la consulta N.º 20, en la cual se solicita que los certificados que se adjunten para acreditar la experiencia de los profesionales indiquen dicho tenor. [...] En consecuencia, si la Entidad solicita que los certificados o constancias que se presenten para acreditar la experiencia, indiquen el tipo de estudio con el mismo tenor que el esbozado en las Bases, se podría estar propiciando una restricción al principio de libre competencia, toda vez muchas veces los certificados o constancias que son emitidos a favor de los profesionales no cuentan con un tenor tan exacto, por lo que deberá evaluarse la pertinencia de eliminar el extremo del estudio similar referido a que se acredite este a nivel de asfaltado o, de lo contrario, deberá permitirse la presentación de alguna otra documentación que permita sustentar que los estudios efectuados por dichos profesionales se realizaron a dicho tipo de nivel. [...] (Pronunciamiento N.º 387-2005/GTN, de 30-12-2005, Observación N.º 1. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FmQdRC>).

Artículo 50: Procedimiento de evaluación

50.1. Los documentos del procedimiento contemplan lo siguiente:

a) La indicación de todos los factores de evaluación, los cuales guardan vinculación, razonabilidad y proporcionalidad con el objeto de la contratación.

b) La ponderación de cada factor en relación con los demás, los puntajes máximos relativos para cada factor y la forma de asignación del puntaje en cada uno de estos. En las contrataciones de consultoría en general y consultoría de obras, el puntaje técnico mínimo se define en las bases estándar.

c) En las contrataciones de bienes, servicios en general y obras, la evaluación se realiza sobre la base de cien (100) puntos. En la evaluación se observa la ponderación que establecen los documentos del procedimiento estándar aprobados por el OSCE.

d) En las contrataciones de consultoría en general y consultoría de obras, la evaluación técnica y económica se realiza sobre cien (100) puntos en cada caso.

e) La documentación que sirve para acreditar los factores de evaluación.

f) Tratándose de la contratación de servicios en general, consultorías y obras que se presten o ejecuten fuera de la provincia de Lima y Callao, cuyo valor referencial o valor estimado no supere los doscientos mil con 00/100 Soles (S/ 200 000,00) para la contratación de servicios en general y consultorías y no superen los novecientos mil con 00/100 Soles (S/ 900 000,00) en el caso de obras, a solicitud del postor se asigna una bonificación equivalente al diez por ciento (10%) sobre el puntaje total obtenido por los postores con domicilio en la provincia donde presta el servicio o se ejecuta la obra, o en las provincias colindantes, sean o no pertenecientes al mismo departamento o región. El domicilio es el consignado en la constancia de inscripción ante el RNP.

50.2. Para evaluar las ofertas, la Entidad utiliza únicamente los factores de evaluación y el procedimiento que haya enunciado en los documentos del procedimiento.

50.3. Lo dispuesto en el presente artículo no es aplicable para la Subasta Inversa Electrónica.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1314. Alcances del principio de razonabilidad. 10. [...] [De] la verificación de la propuesta económica [...] que fuera remitida por la Entidad como parte de los antecedentes administrativos, este Colegiado no ha podido determinar ninguna omisión en que hubiese incurrido dicho postor en la presentación de su oferta, habiendo constatado por el contrario que ésta última contiene el monto total de la oferta. Es decir, no hay afectación alguna, ni sustancial ni accesorio, de la oferta económica presentada por el impugnante, por lo que en el presente caso una subsanación resulta innecesaria. En este orden de ideas, resulta de aplicación al presente caso el Principio de Razonabilidad mediante el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. (Resolución N.º 1413-2007-TC-S2, de 19-09-2007, f. 10. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2FAnsQJ>).

Artículo 51: Factores de evaluación

51.1. La Entidad evalúa las ofertas conforme a los factores de evaluación previstos en los documentos del procedimiento, a fin de determinar la mejor oferta.

51.2. En el caso de bienes y servicios en general, el precio es un factor de evaluación y, adicionalmente, pueden establecerse los siguientes factores:

- a) El plazo para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios;
- b) Aquellos relacionados con la sostenibilidad ambiental o social, mejoras para bienes y servicios, entre otras;
- c) Garantía comercial y/o de fábrica; y,
- d) Otros factores que se prevean en las bases estándar que aprueba el OSCE.

Los factores de evaluación señalados son objetivos.

51.3. En el caso de obras, el precio es un factor de evaluación y, adicionalmente, pueden establecerse aquellos relacionados con la sostenibilidad ambiental o social, entre otros que se prevean en las bases estándar que aprueba el OSCE. Los factores de evaluación señalados son objetivos.

51.4. En el caso de consultoría en general o consultoría de obra, además del precio, se establece al menos uno de los siguientes factores de evaluación.

- a) Experiencia del postor en la especialidad;
- b) La metodología propuesta;
- c) Conocimiento del proyecto e identificación de facilidades, dificultades y propuestas de solución;
- d) Aquellos relacionados con la sostenibilidad ambiental o social; y,
- e) Otros que se prevean en las bases estándar que aprueba el OSCE.

51.5. En el caso de consultoría en general, puede incluirse como factor de evaluación las calificaciones y/o experiencia del personal clave con formación, conocimiento, competencia y/o experiencia similar al campo o especialidad que se propone.

51.6. En el caso de Selección de Consultores Individuales, los factores de evaluación son:

- a) Experiencia en la especialidad;
- b) Calificaciones; y,
- c) Entrevista.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1315. Finalidad de los factores de evaluación. 12. [...] Asimismo, debe tenerse en cuenta que los factores de evaluación tienen como finalidad elegir la mejor propuesta, deben observar y ser con-

gruentes con el Principio de Libre Competencia, por cuya virtud en los procedimientos de adquisiciones y contrataciones deben incluirse regulaciones o tratamientos que por su simplicidad y eficiencia fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores lo que, a su vez, sitúa al Estado en mejores condiciones para la elección de una opción adecuada desde la perspectiva técnica y económica. (Resolución N.º 113-2007-TC-SU, de 31-01-2007, f. 12. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2DWjcdl>).

§ 1316. Función de los factores de evaluación. 13. El establecimiento de los criterios de evaluación y calificación que el Comité Especial debe aplicar no sólo encuentra amparo en la norma positiva, sino que constituyen en sí mismos parámetros objetivos, claros, fijos y predecibles de actuación de la autoridad administrativa, que tienen por finalidad evitar conductas revestidas de subjetividad y discrecionalidad que puedan ulteriormente desembocar en situaciones arbitrarias, asegurando con ello un marco de seguridad jurídica que se sostiene en los principios de la contratación pública, consagrados [...] en el principio de transparencia. (Resolución N.º 795-2004-TC-SU, de 06-12-2004, f. 13. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2GeoSlo>).

§ 1317. Las ofertas deben apreciarse de manera integral y no sólo en base a la literalidad de sus documentos. 9. [...] Este Tribunal participa del criterio que la interpretación del alcance de las ofertas no puede constreñirse a la literalidad de un documento sino que debe primar una apreciación integral de toda la oferta, pues la posición contraria conduce a un rigorismo formal contrario a la propia naturaleza de las cosas y verdad material, merced a lo cual se restringe la participación de los postores y la competencia necesaria en los procesos de selección para que el Estado elija adecuadamente a sus co-contratantes, con respeto de los principios de la contratación pública y cautela de los recursos públicos. En el caso materia de análisis, los certificados presentados para acreditar la experiencia de los conductores fueron extendidos por las propias empresas integrantes del consorcio que obtuvo la buena pro. Si bien el tenor de dichos documentos no alude expresamente al hecho de que la experiencia de los referidos conductores se refiere al transporte de combustible, en caso de duda es necesario atenerse a lo manifestado por los propios declarantes, que en este caso han señalado en sendas declaraciones juradas, que, efectivamente, los conductores cuentan con experiencia en transporte de combustible. No es válido que frente a una duda se recurra al criterio restrictivo de restar valor a un documento, sin tomar en cuenta el alcance o precisión aportado por el propio sujeto, que en este caso se trata de una declaración conformante de la misma oferta. Por tanto, este extremo de la impugnación carece de amparo, debiendo confirmarse la decisión de la Entidad. (Resolución N.º 045-2006-TC-SU, de 17-01-2006, f. 9. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2ThayP7>).

§ 1318. La imposición de factores de evaluación cuyo propósito no sea elegir la mejor propuesta es contraria al principio de eficiencia. 16. [...] Si los factores de evaluación tienen como propósito elegir la mejor propuesta, la imposición de factores que no cumplan dicho propósito es contraria al Principio de Eficiencia, según el cual los bienes, servicios o ejecución de obras que se adquieran o contraten deben reunir los requisitos de calidad, precio, plazo de ejecución y entrega y deberán efectuarse en las mejores condiciones en su uso final. Esta finalidad se alcanza con factores que permitan seleccionar la mejor oferta en cuanto a sus condiciones y calidad del bien ofrecido. Asimismo, debe tenerse en cuenta que los factores de evaluación deben ser congruentes con el Principio de Libre Competencia, por cuya virtud en los procedimientos de adquisiciones y contrataciones deben incluirse regulaciones o tratamientos que por su simplicidad y eficiencia fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores, lo que, a su vez, sitúa al Estado en mejores condiciones para la elección de una opción adecuada desde la perspectiva técnica y económica. (Resolución N.º 041-2006-TC-SU, de 13-01-2006, f. 16. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2RCVjLv>).

§ 1319. Garantía comercial y/o de fábrica. La exigencia de presentar una garantía del fabricante en condiciones y parámetros interpretados sobre la base de la literalidad supone una clara trasgresión al principio de eficiencia y libre competencia en el proceso de selección (art. 30.1.c). 4. En el caso materia de análisis, se advierte que las Bases requirieron como documento de presentación



obligatoria la Carta del fabricante o de la empresa subsidiaria en el Perú, dirigido al postor debidamente legalizada, en la cual se garantice la continuidad de los repuestos y accesorios de los equipos solicitados por 5 años como mínimo, a partir de la adquisición de los bienes, no pudiéndose presentar en su lugar la carta del distribuidor mayorista. 5. [S]iendo el documento mencionado de presentación obligatoria califica como un requerimiento técnico mínimo, cuyo incumplimiento acarrea la desestimación de la propuesta. Por tanto, corresponde que el mismo guarde correspondencia clara y real con el objeto de la convocatoria, de modo tal que las condiciones de su presentación, conforme se encuentran previstas en las Bases, resulten razonables y congruentes. [...] 7. [...] LA ENTIDAD resalta la necesidad de contar con la garantía del fabricante, en el sentido estricto del término, o en todo caso con aquella emitida por la empresa subsidiaria en el Perú, ya que se trataría del respaldo del fabricante en el país, con lo cual aseguraría la operatividad y funcionalidad de los bienes ofertados. 8. [La] finalidad buscada con la presentación de la garantía resulta válida, en la medida que deviene en una práctica comercial usual cuando de la adquisición de bienes se trata, por cuanto quien vende un producto determinado, además de transferir la propiedad del mismo, tiene la obligación intrínseca de entregar al comprador un bien que se encuentre conforme con el contrato de compraventa en los términos previamente pactados, de modo tal que se ajuste a las características técnicas que motivaron la compra y sea apto para su uso. Es así que a través de la garantía se protege, en este caso, a la Entidad frente a un defecto de fábrica, un riesgo de mal funcionamiento o pérdida total de los bienes adquiridos derivado de una falla de origen o vicio oculto no detectable por el usuario. [...] 9. Sin embargo, la exigencia de presentar una garantía del fabricante en condiciones y parámetros interpretados sobre la base de la literalidad, más que de su finalidad, supone una clara trasgresión al principio de eficiencia y libre competencia en el proceso de selección que lleva a cabo la Entidad convocante. 10. Peor aún, si no se comprende la variedad de estrategias empresariales que originan situaciones jurídicas diversas para las sociedades extranjeras, como es la formación de sucursales y subsidiarias en otros países, ya sea para distribuir productos en un mercado determinado, cuya manufactura se centraliza en cierto país, o para la producción de bienes no susceptibles de ser ofrecidos desde otros países, entre otros supuestos, pues entonces difícilmente se logrará evaluar el cumplimiento de una determinada exigencia teniendo en cuenta la particularidad de cada estructura organizativa societaria en las condiciones que la realidad internacional reconoce. [...] 12. De acuerdo a lo expresado precedentemente y en aplicación al caso bajo estudio, como quiera que los fabricantes de las radios portátiles que LA ENTIDAD requiere tienen su sede en otros países, dada la tecnología con la que cuentan dichos equipos, entonces la garantía no necesariamente será extendida por la empresa matriz o controlante, sino podría válidamente ser emitida por aquella constituida para atender un mercado específico y autorizada por ende a suscribir la documentación vinculada a la comercialización de los bienes ofertados, sea que se encuentre ubicada en el país o en una sede distinta pero encargado de atender a un mercado más amplio que lo incluya. [...] 14. De este modo, al establecer las Bases que sólo en defecto del fabricante podía la empresa subsidiaria ubicada en el Perú emitir la carta de garantía, se configuró una limitación expresa que necesitaba ser validada en el mercado local, con el objeto de que no se perjudique la amplia concurrencia de postores. 17. De esta manera, se advierte que exigir la presentación del documento analizado en los términos de las Bases ha originado que se restrinja la libre competencia y la concurrencia de más postores, debido a que su exigencia obligatoria y aplicación restrictiva motivó la falta de pluralidad de postores en el proceso de selección, al sólo permitir que una empresa cumpla con ese requerimiento y quedar como única propuesta válida, lo que ciertamente perjudica la selección que pretende LA ENTIDAD al impedirle optar entre una pluralidad de ofertas, de las cuales pueda seleccionar aquella que sea de la mejor calidad y del precio adecuado. (Resolución N.º 1243-2007-TC-S1, de 28-08-2007, ff. 4, 5, 7, 8, 9, 10, 12, 14 y 17. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2HVxvme>).

§ 1320. El comité de selección deber un tope máximo de tiempo que los participantes pueden ofertar respecto de la garantía comercial. También deberá fijarse el tipo de mantenimiento de los equipos (art. 51.2.c). 19. En el caso del factor "Garantía de producto", se estableció que se otorgará el máximo puntaje (30 puntos) al postor que ofrece más tiempo de garantía y a los demás postores se le aplicará la fórmula directamente proporcional, sin establecer un tope máximo, dejando abierta la

posibilidad que los postores ofertaran tiempos irreales e irracionales, sin tomar en cuenta la vida útil del bien. A fin de evaluar un factor que realmente incida en la mejora de la calidad del bien requerido, el Comité Especial deberá precisar los alcances de la garantía comercial que podría ofertarse como mejora y deberá consignarse un tope máximo del tiempo que los participantes pueden ofertar como garantía adicional a fin de obtener el mayor puntaje, atendiendo a la proporcionalidad de la vida útil de los equipos requeridos en el presente proceso de selección. Deberán precisar en las Bases el período mínimo de garantía que deben ofertar los postores, el cual deberá estar determinado en función a la vigencia y operatividad de los bienes, debiendo fijarse además la oportunidad y aspectos sobre los cuales se brindará el mantenimiento de los equipos, ya sea este preventivo o correctivo. (Resolución N.º 2155-2007-TC-S1, de 06-12-2007, f. 19. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2HU9koo>).

§ 1321. Las mejoras en la oferta de los postores deben ser admitidas en la medida que representen un beneficio adicional que coadyuve a la mejor ejecución del objeto de la contratación. La manifestación del postor de otorgar un bien con mejoras no está sujeta al principio de presunción de veracidad, motivo por cual deberá fundamentar técnicamente el beneficio alegado. 4. [L]os criterios de evaluación y calificación que el Comité Especial debe aplicar constituyen en sí mismos parámetros objetivos, claros, fijos y predecibles de actuación de la autoridad administrativa, que tienen por finalidad evitar conductas revestidas de subjetividad y discrecionalidad que puedan ulteriormente desembocar en situaciones arbitrarias, asegurando con ello la seguridad jurídica que debe garantizar el marco en el cual se desenvuelve la contratación pública. 5. Con relación a las mejoras, resulta relevante indicar que, en reiterados pronunciamientos expedidos por este Colegiado, se ha manifestado que para considerar que nos encontramos frente a una innovación o mejora tecnológica, lo ofertado por los postores no debe formar parte de las especificaciones técnicas de los bienes o términos de referencia de los servicios que se desea adquirir o contratar, respectivamente. Además, cabe precisar que la innovación o mejora propuesta debe implicar realmente un aspecto adicional que enriquece el bien o servicio ofertado con relación al estándar mínimo referido en las especificaciones técnicas de las bases. Además, las mejoras no deben generar costo adicional para la Entidad. Así pues, este colegiado ha indicado que se conoce como mejora a “todo aquello que ofrezca el postor para mejorar la calidad y/o oportunidad del servicio o de sus entregables, en adición a los requisitos mínimos expuestos en las Bases Administrativas del servicio. Las mejoras técnicas deben agregar valor al servicio y estar relacionadas con el objeto del mismo”. 6. Si bien es cierto que a cada Entidad le corresponde determinar sus requerimientos y fijar los factores de evaluación que considere que sirven para elegir la mejor propuesta, debe reiterarse que dichos factores deben ser objetivos y congruentes con el objeto del proceso, cumpliendo con ser proporcionales, razonables y que coadyuven al uso racional y eficiente de los escasos recursos públicos. [...] 11. [L]a evaluación de las ofertas es un proceso lógico formal que consiste en atribuir a ciertas situaciones u objetos ofertados el valor que les es intrínseco, comparándolo con los requerimientos de las entidades plasmados en las bases. En el caso de las mejoras es necesario conocer si las que han sido catalogadas como tales por los postores representan, en verdad, ventajas adicionales a las características mínimas consideradas por la Entidad en las bases. Ello requiere además de una constatación de su realidad verificar objetivamente si aquello que ofertó el postor representa un beneficio adicional que coadyuva a la mejor ejecución del objeto de la convocatoria. Esta razón es precisamente la que impide que las entidades acepten, sin más, todo aquello que los postores consideren mejoras, pues de lo contrario la evaluación carecería de todo sentido, constituyéndose más bien en una simple aceptación de mejoras que podrían no serlo. Por ello, es claro que en este caso no se aplica el principio de presunción de veracidad, por lo que se requiere que el postor interesado no solamente exija que se le acepten las mejoras que considera tales, sino que debe sustentarlas y, en caso de que la Entidad tenga un criterio distinto, estar en condiciones de argumentar técnicamente su posición. (Resolución N.º 2335-2008-TC-S1, de 20-08-2008, ff. 4, 5, 6 y 11. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2BhMO2P>).

§ 1322. Los certificados de calidad no poseen parámetros exactos que permitan ser calificados con el mismo criterio en las diversas instituciones en las que el postor ha prestado sus servicios para el mismo objeto del proceso en el que participan. 4. [Que] si bien es competencia de La Enti-



dad formular y definir los factores de evaluación (que considere necesarios para cubrir su requerimiento de la mejor manera) y la manera en que estos se aplicarán para seleccionar la mejor oferta, dicha facultad no es irrestricta, teniendo en cuenta que los factores de evaluación deben sujetarse a criterios de razonabilidad, objetividad y congruencia con el bien, servicio u obra requerido con su costo o precio, así como, enmarcarse dentro de los límites que impone la Ley y el Reglamento y los principios que rigen las contrataciones públicas, siendo indispensable que las Bases del proceso de selección sean absolutamente claras y objetivas para evitar inducir a error a los postores participantes del proceso, respetándose así los principios de transparencia, libre competencia y razonabilidad. [...] 11. Este Tribunal ha expuesto en reiterados pronunciamientos que la documentación requerida (certificados de calidad), con la cual se pretende brindar una certificación de la calidad de las prestaciones ejecutadas por el mismo postor para otras instituciones, resulta en principio subjetiva ya que no existen parámetros exactos mediante los cuales todos los postores sean calificados con el mismo criterio en las diversas instituciones en las que han prestado sus servicios para el mismo objeto del proceso en el que participan. Asimismo, de la redacción de las Bases se puede apreciar que La Entidad no ha exteriorizado el contenido esencial de los documentos requeridos a efectos de ser materia de calificación por parte del Comité Especial, omisión que atenta contra el principio de transparencia, puesto que los postores no cuentan con elementos de juicio suficientes que les permitan identificar a priori si sus certificados serán considerados o no al momento de la evaluación de su propuesta. Adicionalmente, [...] no resulta relevante ni determinante en relación con el objeto de convocatoria, evaluar si los servicios prestados en el pasado por el proveedor cumplieron o no con sus respectivas especificaciones técnicas por cuanto, se entiende, dichos servicios debieron sujetarse obligatoriamente a las características y requisitos técnicos establecidos por éstos, a efectos de obtener la conformidad de los clientes, lo que, en el presente caso, es materia de evaluación en el factor “experiencia del postor”. (Resolución N.º 804-2008-TC-S2, de 24-03-2008, ff. 4 y 11. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2Se4186>).

§ 1323. Es viable que para acreditar experiencia el postor presente un contrato y su respectiva conformidad a pesar de que los montos consignados en ellos no coincidan. 23. El impugnante ha cuestionado la calificación técnica de dos contratos presentados por el Adjudicatario, los mismos que fueron suscritos con la empresa [...], precisando de que en ambos casos no coinciden los montos contractuales de los contratos con la de sus correspondientes conformidades [...] 27. [...] [E]ste Tribunal no considera que las diferencias económicas que puedan advertirse entre un contrato suscrito y su conformidad, necesariamente determinen incongruencia de la oferta, o que el contrato no pueda ser computado en la evaluación de la experiencia del postor, pues ello dejaría de advertir las eventuales contingencias o eventos que se producen durante la ejecución del contrato (ampliaciones, reajustes, adicionales, prórrogas, entre otros), y que tienden a la consecución de la finalidad del acuerdo, cual es, la satisfacción de la necesidad que posee el contratante. Ahora, si bien lo indicado -es decir, la concurrencia de eventos que generen incrementos en el monto final del contrato- requiere su contrastación documental, en tanto que dichos documentos no hayan sido requeridos en las Bases, la existencia y presentación del documento de conformidad debe causar certeza, salvo prueba contrario, respecto de la exactitud del monto final del contrato. [...] Este Tribunal considera que, en el caso examinado, resultaba razonable y lógico que el Comité Especial, en base a la documentación existente al momento de la evaluación y en virtud al principio de presunción de veracidad, concluya que el monto consignado en este último documento corresponde a lo que realmente fue ejecutado en el servicio, más aún cuando existe correspondencia entre el número de contrato y objeto de servicio mencionados en ambos documentos, por lo que corresponde declarar infundado este extremo de la apelación. (Resolución N.º 546-2012-TC-S2, de 15-06-2012, ff. 23 y 27. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2FiaFTI>).

§ 1324. Los certificados de obras, por sí mismos, son suficientes para acreditar la experiencia, por lo tanto, no es idóneo solicitar adicionalmente el acta de recepción. 9. [...] [E]n la medida que las Constancias y/o Certificados de Obra son emitidos a la culminación de la obra y contienen la información sobre la participación del profesional propuesto, resultan idóneos y suficientes para acreditar la experiencia solicitada en las Bases. Es así que, aun tratándose de una obra pública, los documentos

en cuestión resultan acreditativos de la participación real del profesional propuesto, por lo que el Acta de Recepción constituía un documento adicional innecesario. (Resolución N.º 147-2006-TC-SU, del 08-03-2006, f. 9. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2DW67ka>).

§ 1325. En ciertos casos puede acreditarse experiencia en servicios mediante contratos aún vigentes. 7. [L]a sola alusión a contratos en ejecución no importa la contravención de la normativa en cuanto a la acreditación de experiencia en el caso de servicios pues, conforme lo ha indicado la propia Entidad en la resolución recurrida, pueden presentarse casos en los que, pese a que la relación contractual se encuentre vigente, es posible que las prestaciones ejecutadas por el postor sirvan para acreditar experiencia, como sucede en el caso de contratos a plazos indeterminados o contratos con plazo prorrogado. [...] En este orden de ideas, si bien el factor de evaluación de las bases que es materia de análisis se refiere a la posibilidad de que se presenten contratos vigentes, dicho extremo debe interpretarse de conformidad con los criterios que se han señalado, debiendo desecharse la interpretación contraria al ordenamiento. (Resolución N.º 341-2006-TC-SU, del 23-05-2006, f. 7. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2GaqMDz>).

§ 1326. A fin de acreditar la experiencia adquirida sólo resulta relevante probar la realización de la prestación sin necesidad de demostrar un mayor número de clientes diferentes. 8. Para la solución del problema planteado resulta pertinente tener en cuenta que la experiencia se define como el “conocimiento, enseñanza, advertimiento que se logra con la práctica, el trato y la vida en general”; es decir, que la experiencia es el conocimiento o destreza que se adquiere por la reiteración de una determinada conducta en el tiempo. Aplicando dicha definición al caso concreto, la experiencia de una empresa prestadora de servicios de vigilancia puede ser medida de acuerdo con el número o cantidad de contratos suscritos para la ejecución de la referida clase de trabajos en un determinado período. Este Colegiado considera que, por regla general, para acreditar experiencia en el presente caso no resulta relevante determinar si los postores han prestado el servicio de vigilancia a una misma entidad, a entidades diferentes o a empresas privadas, siendo lo determinante probar la realización de dicha prestación, a fin de acreditar la experiencia adquirida. En esta línea de razonamiento, lo que debe acreditarse no es el mayor número de clientes diferentes, sino la experiencia adquirida a través del mayor número de prestaciones de servicio de vigilancia realizadas, sin importar si las mismas han sido prestadas a favor de una misma entidad. En este sentido, a efectos de acreditar la experiencia de un postor, deben aceptarse facturas y contratos suscritos con una misma persona jurídica, siempre que aquéllos provengan de relaciones contractuales diferentes, y en caso de entidades estatales, derivadas de distintos procesos de selección. En este orden de ideas, no puede restringirse la acreditación de experiencia a la prestación de servicios a clientes diferentes [...] (Resolución N.º 099-2006-TC-SU, de 08-02-2006, f. 8. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2GbUGal>).

§ 1327. Para evaluar la experiencia del personal propuesto no es idóneo solicitar la acreditación del vínculo laboral o contractual que une al postor con el personal ofertado. 5. [...] [E]l Comité Especial precisó que «*Deben entenderse que es válido cualquier documento legal (contrato de trabajo, PDT); que sustente un vínculo laboral con la empresa participante*», añadiendo que ese Comité «*aceptara como documento sustentatorio todos aquellos documentos que acrediten la experiencia del supervisor desarrollando el servicio objeto de la presente convocatoria, expedidos por los establecimientos de salud respectivo*», con lo cual las Bases quedaron integradas como reglas definitivas del proceso. **6.** La Entidad ha manifestado [...] que la finalidad de las Bases integradas según el numeral 7.2.13.4 era acreditar no sólo la experiencia de los supervisores propuestos sino que dicha experiencia tuviera un correlato de vínculo laboral o contractual con alguna de las empresas del medio, al precisarse en el citado numeral que debía adjuntarse los contratos de trabajo o cualquier otro documento que sustentase su vínculo laboral con la empresa y que haya desarrollado la función de supervisor de limpieza en establecimientos de salud mediante constancias expedidas por dichos establecimientos; por lo cual, [...] se ratificó en la calificación de cero puntos otorgada al consorcio impugnante en el subfactor en cuestión al no haber probado el vínculo laboral vigente de los supervisores propuestos. **7.** Sobre el particular, este Colegiado no comparte la posición expuesta por la Entidad no sólo porque ella se opone a la norma que regula los factores



de evaluación para la contratación de servicios en general sino porque, además, vulnera la finalidad que esta evaluación persigue. **8.** [T]ratándose de la contratación de servicios en general, la Entidad puede considerar como factores de evaluación, según el tipo de servicio, su naturaleza, finalidad y necesidad propia, los referidos al personal propuesto, en cuyo caso el objeto de la evaluación recae sobre el tiempo de la experiencia en la actividad, que se acredita mediante constancias o certificados [...] sin que se haya incluido la posibilidad de evaluar elementos adicionales, tales como el vínculo laboral o contractual que une al postor con el personal ofertado, a que alude la Entidad. **9.** Asimismo, si el propósito del indicado factor es medir la experiencia de las personas con las que el postor proporcionará el servicio materia de la convocatoria, entendida ella como el conocimiento adquirido durante un período de tiempo mediante la práctica o la acción, independientemente de si fue adquirido o no con dicho postor, entonces resulta por demás extraña la interpretación asumida por la Entidad para solicitar la existencia del vínculo laboral o contractual pues ello en nada beneficia ni perjudica la situación del postor respecto de su oferta de personal ni del ulterior cumplimiento de la misma una vez que el contrato se haya celebrado, más aun cuando la normativa sobre contratación pública permite que el postor proponga personal que forme parte o no de su *staff* actual de profesionales o técnicos. (Resolución N.º 754-2005-TC-SU, del 10-08-2005, ff. 5 al 9. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2BqWXXf>).

§ 1328. Es posible acreditar experiencia obtenida antes de la colegiatura. 15. Entendida la experiencia como la práctica prolongada que proporciona conocimiento o habilidad para hacer algo, este Colegiado considera que ella no puede ser evaluada sólo en función a la fecha de colegiatura sino en virtud a la ejecución de servicios en la actividad relacionada con el servicio objeto de convocatoria [...]. (Resolución N.º 036-2006-TC-SU, del 13-01-2006, f. 15. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2RFID7G>).

§ 1329. Los factores de evaluación no pueden calificar el cumplimiento del requerimiento técnico mínimo exigido. 9. Sobre el particular, las Bases establecieron como factor de evaluación referido al postor la “Experiencia Profesional como Ingeniero Civil colegiado o carreras afines”, bajo el siguiente criterio de evaluación: 30 puntos por una experiencia mínima de 8 años y 2 puntos por cada año de experiencia adicional hasta por un máximo de 5 años, siendo el puntaje máximo en este factor de 40 puntos. [...] **10.** De otro lado, en los Términos de Referencia se indicó que el profesional requerido por la Entidad debía contar con 8 años de experiencia como mínimo respecto de la administración de contratos, control de costos y presupuestos de supervisión y/o obra en la construcción de infraestructura. [...] **12.** Asimismo, el artículo 64 del Reglamento [cfr. art. 51 del Nuevo Reglamento] señala que los factores de evaluación no pueden calificar el cumplimiento del requerimiento técnico mínimo exigido, entendido éste como término de referencia, para el caso de servicios y consultoría, sin perjuicio que se pueda calificar aquello que lo supere o mejore, siempre que no desnaturalice el requerimiento efectuado, en la medida que los requerimientos técnicos mínimos cumplen la función de asegurar a la Entidad que el postor ofertará lo mínimo indispensable para cubrir adecuadamente la operatividad y funcionalidad del requerimiento, habilitando con ello las propuestas que serán admitidas para su evaluación, mientras que los factores de evaluación aseguran la calidad de una propuesta en comparación con otras. **13.** En el factor materia de análisis, se advierte que la experiencia profesional de 8 años constituía un requerimiento técnico mínimo, por tanto, era exigible a todos los postores; no obstante, lo cual, al mismo tiempo era objeto de puntuación. Ante tal circunstancia, se deduce que el cumplimiento de las especificaciones técnicas ha sido fijado como criterio de evaluación, contraviniendo de esta manera lo dispuesto en el artículo citado en el acápite anterior. (Resolución N.º 036-2006-TC-SU, del 13-01-2006, ff. 9, 10, 12 y 13. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2RFID7G>).

§ 1330. No se puede acreditar experiencia “profesional” si sólo se ostenta el grado de Bachiller. 23. De conformidad con lo establecido en las Bases, el personal clave del servicio lo conformaba el Gerente del servicio, el Jefe de sistemas, el Coordinador de la Línea de Mantenimiento, el Analista de control de calidad de SW y el Administrador de la Bases de Datos. De otro lado, en el Anexo N.º 4 - Estructura de Presentación de Propuestas estableció que el postor debía indicar en su propuesta la cantidad de personal adicional que propone para el servicio, para lo cual debía adjuntar el correspondiente

matriz de roles y funciones y la justificación de aporte al servicio. La calificación del personal adicional sólo estaría circunscrita a los roles establecidos en la tabla de equivalencias prevista en las Bases. De esta manera, se puede advertir que para la calificación del personal adicional sólo era necesario verificar el rol desempeñado y no la experiencia como profesional por un determinado período. 24. Obra en la propuesta del postor recurrente un formato de currículum vitae del Sr. P. M. C., propuesto como Analista Programador - Proyectos Especiales, en el que se indica que parte de su experiencia profesional la adquirió en la empresa IBM DEL PERÚ, específicamente en el proyecto *E business Center - Software Group*, como consultor junior. Del referido formato se advierte que la referida persona ostenta el grado de Bachiller. Bajo esa premisa, resulta claro que aun cuando se haya consignado la frase “experiencia profesional” en el formato de currículum vitae, lo cierto es que se puede colegir que los trabajos presentados en ese rubro no fueron realizadas como profesional, por cuanto la indicada persona aún no cuenta con su Título Profesional. Por tanto, más allá de la denominación que se haya consignado en el referido formato, lo cierto es que de acuerdo a lo solicitado en las Bases no era necesario acreditar experiencia profesional del personal adicional, por lo que resultaba intrascendente que se haya agrupado los trabajos bajo esa denominación. (Resolución N.º 415-2006-TC-SU, del 12-06-2006, ff. 23 y 24. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2DTwXjx>).

§ 1331. **Constituye causal de nulidad el incluir un factor de evaluación diferente a los señalados en las bases estándar de licitación pública para la adquisición de bienes.** 12. De la revisión de las bases Integradas del procedimiento de selección se advierte que, aun cuando no era posible incluir un factor de evaluación diferente a los señalados en las bases estándar de licitación pública para la adquisición de bienes, el comité de selección incluyó el factor de evaluación “Sostenibilidad ambiental” con un puntaje máximo de hasta siete (7) puntos, a pesar que no se encuentra contemplado en la normativa de contratación pública para la adquisición de bienes. Al respecto, cabe precisar que, conforme a las bases estándar aprobadas, el factor de evaluación “Sostenibilidad ambiental o social” es considerado opcional en los procesos para la contratación de servicios y su contenido difiere al contemplado en las bases integradas del procedimiento de selección. [...] 14. En dicho contexto, debe tenerse presente que los procedimientos de selección se rigen, entre otros, por los principios de libertad concurrencia y de competencia, en virtud de los cuales en ellos deben incluirse regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores potenciales, aspectos que también se vulneran al emplear un factor de evaluación no previsto en la normativa de contrataciones del Estado. [...] 16. Por dichas consideraciones, este Colegiado concluye que lo dispuesto en las bases, respecto del extremo abordado anteriormente, determina la necesidad de declarar la nulidad del procedimiento de selección impugnado a través del recurso de apelación. (Resolución N.º 2868-2016-TCE-S2, de 07-12-2016, ff. 12, 14 y 16. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2K8htD5>).

NOTA: La normativa actual si prevé el factor de “sostenibilidad ambiental” (numeral 51.3 del artículo 51º del Nuevo Reglamento) como factor de evaluación para la contratación de bienes y servicios distintos a la consultoría de obra.

§ 1332. **El requerimiento referido al plazo de entrega del producto debe estar correctamente delimitado en el requerimiento al tratarse de un aspecto fundamental de la contratación.** Véase la jurisprudencia del artículo 29º del Nuevo Reglamento [§ 1019]. (Resolución N.º 111-2008-TC-S4, de 14-01-2008, ff. 12, 13, 16 y 17. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2sufiC1>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1333. **No existe la posibilidad de que el comité de selección pueda incorporar algún factor de evaluación distinto a los previstos en las bases estándar u otro documento estándar aprobado por el OSCE. Alcances del concepto de “mejoras para bienes y servicios” contenidos en la normativa de contrataciones del Estado.** 2.1.3. Por su parte, dentro de los factores de evaluación opcionales para la contratación de bienes referidos a las características particulares que se ofrecen para el objeto de con-



tratación, se tiene a las mejoras a las especificaciones técnicas. En este punto, es preciso señalar que si bien el literal b) del numeral 1 del artículo 30 del Reglamento [cfr. art. 51.2.b del Nuevo Reglamento] establece dentro de los factores de evaluación referidos a las características particulares que se ofrecen para el objeto de contratación a las “mejoras para bienes y servicios”, dicha disposición se encuentra referida exclusivamente a las mejoras que necesariamente deberá indicar el comité de selección o el OEC en caso opte por incluir dicho factor de evaluación; asimismo, al señalarse en dicho literal el término “entre otras” se refiere a otros factores de evaluación vinculados a las características particulares que se ofrecen para el objeto de contratación fijados por el OSCE en las bases estándar, por ejemplo el factor de evaluación “Sistema de Gestión de Calidad” previsto en las Bases para la contratación de servicios en general. Es preciso señalar que no existe la posibilidad de que el comité de selección pueda incorporar algún factor de evaluación distinto a los previstos en las bases estándar u otro documento estándar aprobado por el OSCE. Por otro lado, en relación a las mejoras, debe mencionarse que el Tribunal de Contrataciones del Estado ha señalado que: *“(…) para considerar que nos encontramos frente a una innovación o mejora tecnológica, lo ofertado por los postores no debe formar parte de las especificaciones técnicas de los bienes o términos de referencia de los servicios que se desea adquirir o contratar, respectivamente. Además, cabe precisar que la innovación o mejora propuesta debe implicar realmente un aspecto adicional que enriquece el bien o servicio ofertado con relación al estándar mínimo referido en las especificaciones técnicas de las bases. Además, las mejoras no deben generar costo adicional para la Entidad. Así pues, este colegiado ha indicado que se conoce como mejora a “todo aquello que ofrezca el postor para mejorar la calidad y/o oportunidad del servicio o de sus entregables, en adición a los requisitos mínimos expuestos en las Bases Administrativas del servicio. Las mejoras técnicas deben agregar valor al servicio y estar relacionadas con el objeto del mismo.”* (El subrayado es agregado). En este sentido, constituye una mejora a los bienes o servicios objeto de la contratación, todo aquello que agregue un valor adicional al parámetro mínimo establecido en las especificaciones técnicas o términos de referencia, según corresponda, mejorando su calidad o las condiciones de su entrega o prestación, sin generar un costo adicional a la Entidad. Asimismo, corresponde a cada Entidad identificar las mejoras que los postores podrán ofertar e incluirlas en las bases, en caso se opte por considerar este factor de evaluación. (Opinión N.º 144-2016/DTN, de 26-08-2016, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2R9gGI8>).

§ 1334. **Las certificaciones obtenidas por la sociedad matriz, de conformidad con las normas OHSAS 18001 e ISO 14001, pueden ser empleadas por sus sucursales para efectos de la evaluación del factor referido al Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo y de Gestión Ambiental, respectivamente, en tanto la matriz y la sucursal constituyen la misma persona jurídica.** CONSULTA: 2. *“(…) ¿los postores que sean una oficina sucursal establecida en el Perú, pueden presentar y/o emplear las certificaciones obtenidas por su Casa Matriz de conformidad con las normas OHSAS (Occupational Health and Safety Assessment Series) para Gestión de Seguridad y Salud Ocupacional e/o ISO (international Organization for Standarization), ya sea para calidad, medio ambiente, riesgos y seguridad y/o responsabilidad social, pudiendo dichas certificaciones estar referidas y/o corresponder a la sede en donde se ubica la Casa Matriz no siendo necesario que se indique expresamente la sede, oficina, dirección o ubicación de la Sucursal, debido a que ésta constituye un establecimiento secundario que guarda vínculo de identidad con la matriz?”* [...] 3. **CONCLUSIONES.** Las certificaciones obtenidas por la sociedad matriz, de conformidad con las normas OHSAS 18001 e ISO 14001, pueden ser empleadas por sus sucursales para efectos de la evaluación del factor referido al Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo y de Gestión Ambiental, respectivamente, en tanto la matriz y la sucursal constituyen la misma persona jurídica; no obstante ello, el puntaje solo será asignado cuando las certificaciones se encuentren vigentes, a nombre del postor y siempre que correspondan a la sede u oficina a cargo de la prestación. (Opinión N.º 011-2018/DTN, de 01-2018, ff. 2 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DY2gEj>).

§ 1335. **La sociedad matriz y la sucursal constituyen la misma persona jurídica, por lo que, la sucursal puede acreditar como suya la experiencia de su matriz. Resulta válido que la sucursal acredite su experiencia con contrataciones celebradas por su sociedad matriz, siempre y cuando dichos documentos se ajusten a los requeridos en los documentos del procedimiento de selec-**

ción. Véase la jurisprudencia del artículo 49° del Nuevo Reglamento [§ 1284]. (Opinión N.º 216-2017/DTN, de 02-10-2017, ff. 2.1, 2.2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LafWNs>).

§ 1336. La sucursal puede presentar las certificaciones obtenidas por la matriz para acreditar experiencia en un proceso de selección, siempre y cuando dichas certificaciones se encuentren vigentes, a nombre del postor y correspondan a la sede u oficina a cargo de la prestación. Véase la jurisprudencia del artículo 49° del Nuevo Reglamento [§ 1270]. (Opinión N.º 135-2016/DTN, de 24-08-2016, ff. 2 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2S7NBtO>).

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 1337. Finalidad de los factores de evaluación. OBSERVACIÓN N.º 6. [...] [De] las normas citadas, se desprende que la Entidad puede determinar los factores de evaluación que considere necesarios para evaluar las propuestas técnicas, una vez que éstas hayan sido admitidas, así como asignarles un determinado puntaje, teniendo en cuenta que dichos factores deberán ser congruentes y coherentes con el objeto de la convocatoria, permitiendo la determinación de manera objetiva, entre otros aspectos, de la calidad y eficacia del producto ofertado. En ese sentido, la finalidad de establecer factores de evaluación es asegurar la calidad de la propuesta dado que, en general, esos factores y los criterios establecidos por la Entidad deben permitir determinar de manera objetiva, entre otros puntos, el grado de cumplimiento de las obligaciones asumidas por los postores que podrían resultar favorecidos con la buena pro. Asimismo, los factores de evaluación establecidos en las Bases deben responder a criterios objetivos, razón por la cual la asignación de puntajes a cada uno de ellos debe partir de una metodología previamente definida, evitando que ellos dependan del criterio subjetivo del Comité Especial. (Pronunciamiento N.º 036-2003/GTN, de 03-04-2003. Observación N.º 6. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UO7lhJ>).

§ 1338. Los factores de evaluación deben permitir individualizar a la mejor propuesta. OBSERVACIÓN N.º 1. [...] [R]esulta importante señalar que, si bien en los procesos de selección se debe buscar la más amplia concurrencia de postores, los factores de evaluación, sin resultar restrictivos, deben permitir diferenciar una propuesta de otras, por lo tanto, no podrá exigirse al Comité Especial establecer factores que puedan ser cumplidos por el universo de potenciales proveedores ya que ello desnaturalizaría su principal función. Ahora, si bien los factores de evaluación deben permitir individualizar a la mejor propuesta, ello deberá lograrse en función de las mayores ventajas que dicha propuesta otorgue en comparación con las demás [...] (Pronunciamiento N.º 368-2005/GTN, de 20-12-2005. Observación N.º 1. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BaX90D>)

§ 1339. Disponer que el postor, adicionalmente a la presentación de comprobantes de pago donde se haya consignado su cancelación en el mismo documento, adjunte el voucher de depósito de pago efectuado mediante una Entidad del sistema bancario u otro documento idóneo para acreditar el monto del contrato, no resulta lesivo al principio de Libre competencia y concurrencia. OBSERVACIÓN N.º 2. [E]l observante solicita se confirme si para acreditar la cancelación de los comprobantes de pago a presentarse en el factor “Experiencia del postor”, será suficiente que conste dicha condición en el mismo documento, realizada por el propio proveedor (firma y sello). [...] [M]ediante el pliego de absolución de observaciones, el Comité Especial señaló que no resulta suficiente que la acreditación de la cancelación de los comprobantes de pago haya sido consignado en el mismo documento por el proveedor, siendo necesario adjuntar voucher de depósito de pago efectuado mediante una Entidad del sistema bancario y financiero nacional u otros documentos que acrediten el pago. [...] De esta forma, aun cuando las declaraciones aportadas por los administrados, tengan o no el mérito de declaraciones juradas, puedan consignarse en un documento -entendido este como el medio material donde consta dicha declaración-, resulta evidente que aquellas son de una naturaleza diversa a los documentos sucedáneos donde consta la evidencia de determinada situación o condición alegada por el administrado. [...] En el presente caso, el Comité Especial en



pleno ejercicio de sus facultades, ha determinado que para la acreditación de la cancelación de los comprobantes de pago, no resulta suficiente que esta haya sido consignada por el propio proveedor (firma y sello), puesto que, según lo indicado en el Informe Técnico remitido con ocasión de la elevación de observaciones, la constancia del emisor sería suficiente solo para cuestiones civiles y/o comerciales, precisándose necesariamente, de un documento adicional para acreditar la cancelación. En ese contexto, lo dispuesto en las Bases no contraviene el Principio de Libre Competencia y Concurrencia dispuesto en la Ley, puesto que no se refiere a una condición que limita la participación de los postores, sino a uno de los aspectos relativos a la acreditación de la cancelación de los comprobantes de pago en el factor “Experiencia del postor”, máxime si el Comité Especial ha identificado diversas formas de acreditar la cancelación tales como voucher de depósito de pago en una entidad del sistema bancario y financiero nacional u otros documentos adicionales vinculados a los comprobantes de pago, contratos, emitidos por sus clientes y que permitan aclarar y/o corroborar la información requerida. Por lo expuesto, y en la medida que el Comité Especial, al ejercer su competencia exclusiva de determinar los factores de evaluación correspondientes, así como los parámetros de evaluación a ser considerados en el presente proceso de selección, no se advierte la trasgresión a la normativa sobre contrataciones del Estado, este Organismo Supervisor ha decidido NO ACOGER la observación formulada. Sin perjuicio de lo anterior, y en la medida que los proveedores pueden solicitar a sus clientes que dispongan en el comprobante de pago la condición de pago requerida, deberá precisarse que, además de las formas dispuestas en las Bases y en el pliego de absolución de observaciones, la acreditación de la cancelación del comprobante de pago podrá constar en el mismo documento, siempre que dicha precisión haya sido realizada por el cliente del proveedor. Finalmente, cabe señalar que, en caso el Comité Especial tenga dudas o indicios razonables que el postor ha presentado documentación falsa, debe remitir inmediatamente al Órgano Encargado de las Contrataciones para que éste adopte las acciones del caso a fin de determinar su veracidad o falsedad, es decir que la norma otorga a la Entidad la facultad de realizar una verificación a fin de determinar si la cancelación de los comprobantes de pago, ha sido acreditada documentada y fehacientemente como señala la norma. (Pronunciamiento N.º 180-2009/DTN, de 20-08-2009, Observación N.º 2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HQWozp>).

§ 1340. Es posible presentar un contrato de suministro de alimentos para acreditar la experiencia en el cumplimiento de una actividad, siempre que las actividades que definen su naturaleza representen la realización de conductas similares. Observaciones N.º 02 y 03: Al respecto, cabe señalar que, tal cual ha sido definido el presente proceso de selección, se estaría convocando un concurso público para contratar la ejecución de un servicio (servicio de alimentación). Se entiende por servicio, a la actividad o labor que realiza una persona natural o jurídica para atender una necesidad de la entidad, pudiendo estar sujeta a resultados para considerar terminadas sus prestaciones [...] Por su parte, de la revisión de los criterios de evaluación consignados en el Capítulo V de las Bases así como del Formato N.º 2 “Cumplimiento del servicio”, se puede apreciar que el Comité Especial habría considerado como servicios similares a los servicios de alimentación y a los suministros de alimentos preparados. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo a lo establecido por este Organismo Supervisor en anteriores pronunciamientos, la experiencia es entendida como la destreza adquirida por la práctica reiterada de una conducta durante un período determinado. En ese sentido, si bien es cierto que, de acuerdo al artículo 45º del Reglamento [cfr. art. 51 del Nuevo Reglamento], en el factor de la experiencia en la especialidad en el caso de servicios se calificará la ejecución de servicios, resulta pertinente indicar que la similitud entre un contrato de servicios y otro de suministro no se encuentra dada por su denominación sino por las actividades que definen su naturaleza, pudiendo éstas coexistir tanto en un contrato como en otro. Es así que, se podría presentar un contrato de suministro de alimentos que, en estricto califica como un contrato de bienes, a fin de acreditar el cumplimiento de una actividad, siempre que las actividades que definen su naturaleza representen la realización de conductas similares. (Pronunciamiento N.º 268-2010/DTN, del 08-09-2010, Observación N.º 2 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HWhmgr>).

§ 1341. **Las entidades están facultadas para premiar con puntaje el cumplir con estándares internacionales, excepto si la acreditación de estos se presenta con certificados expedidos por países donde es obligatorio contar con tales certificados.** [...] [C]abe señalar que si bien el Comité Especial puede perseguir y premiar con puntaje el cumplimiento de estándares internacionales, no podría exigir que la acreditación de dicha condición se efectúe necesariamente con los certificados FCC, CE, UL, ya que éstos son expedidos por la autoridad competente a aquéllos que comercializan sus productos en los países de la Comunidad Europea y en Estados Unidos, siendo perfectamente posible que existan proveedores que cumplan con estándares internacionales de fabricación y ensamblaje y que, sin embargo, no vendan sus productos en dichos mercados, razón por la cual no cuentan con los mencionados certificados. En ese orden de ideas, la exigencia de dichos Certificados para efectos de acceder al puntaje respectivo resulta una condición discriminatoria, pues termina privilegiando a aquellos proveedores que comercializan sus productos en países de la Comunidad Europea y Estados Unidos, donde su obtención es un requisito obligatorio para la comercialización de sus productos [...] [E]l Comité Especial pueda premiar con un puntaje razonable el cumplimiento de los estándares recogidos por las normas FCC, CE y UL, en cuyo caso se deberá establecer, en consonancia con los criterios de razonabilidad y congruencia, los principios de libre competencia y de economía que rigen las contrataciones y adquisiciones del Estado, cuáles serán dichos estándares y a través de qué documentos se acreditará su cumplimiento, ya que como se ha señalado precedentemente, exigir la presentación de los Certificados FCC, CE y UL resulta discriminatorio. (Pronunciamiento N.º 368-2005/GTN, de 20-12-2005- Observación N.º 3. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BaX90D>).

§ 1342. **Si los trabajos ejecutados representan una unidad distinta de cada una de las actividades que las conforman, una vez determinada la similitud entre un servicio y otro, a efectos de cuantificar la experiencia obtenida, debe considerarse el íntegro de lo facturado y no únicamente lo correspondiente a aquellas actividades que podrían resultar idénticas a las que se pretende contratar.** OBSERVACIÓN N.º 1. El solicitante cuestiona que las Bases precisen que, cuando la experiencia se acredite con contratos de concesión vial solo se tomará en cuenta la experiencia relacionada con la conservación rutinaria, excluyéndose la relacionada con la conservación periódica, pese a que el contrato a ejecutar como resultado del presente proceso incluye ambas actividades. En atención a lo manifestado solicita que se consideren ambas actividades al momento de verificar la experiencia con la que cuenta el postor. Adicionalmente solicita que se precise que se considerará como válida la experiencia obtenida en cualquier contrato, independientemente de su denominación, siempre que contemple prestaciones relacionadas con la conservación vial. PRONUNCIAMIENTO. [...] [N]o se pretende contratar con un ejecutor de obras sino con una empresa que, además de contar con experiencia en la ejecución de ellas, cuente con experiencia para administrar y mantener, por determinado período, la carretera ejecutada o recibida en el nivel de servicio al que la llevó o recibió. En atención a esto último, no resulta razonable que, mientras que, para que un contrato sea considerado uno de conservación vial por niveles de servicio, se requiera que este haya contemplado por lo menos cuatro (4) de las siete (7) actividades previamente consignadas, en el caso de los contratos de conservación o mantenimiento rutinario solo se exija la realización de esta actividad, o que, en el caso de los contratos de concesión u operación solo se valide la parte correspondiente al mantenimiento rutinario, aun cuando en ellos se haya contemplado la totalidad de las actividades consignadas; máxime si, mediante el Pronunciamiento N.º 240-2005/GTN, el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE) señaló que, en tanto los trabajos ejecutados representan una unidad distinta de cada una de las actividades que las conforman, una vez determinada la similitud entre un servicio y otro, a efectos de cuantificar la experiencia obtenida, debe considerarse el íntegro de lo facturado y no únicamente lo correspondiente a aquellas actividades que podrían resultar idénticas a las que se pretende contratar. En atención lo manifestado, este Organismo Supervisor ACOGE este extremo de la observación, por lo que deberá precisarse en las Bases que una vez determinada la similitud entre un contrato y otro (para lo que, en el presente proceso, es necesario que el contrato presentado haya desarrollado cuatro de las siete actividades consignadas), a efectos de cuantificar la experiencia obtenida, debe considerarse el íntegro de lo facturado y no únicamente lo correspondiente a algunas de las actividades involucradas. Ahora bien,



respecto del extremo que solicita que para que un contrato, independientemente de la denominación de este, sea considerado válido para acreditar la experiencia baste con que haya contemplado actividades relacionadas con la conservación vial, corresponde señalar que si bien la similitud entre un trabajo y otro no se encuentra dada por su denominación sino por las actividades que definen su naturaleza, en el presente caso las Bases han definido cuáles son las actividades que deben haber contemplado los contratos para ser considerados válidos, precisándose además que resulta necesaria la ejecución de cuatro (4) de las siete (7) previstas. Por tanto, considerando que las Bases ya han definido el número y las actividades que deben haberse ejecutado dentro de un contrato para que este sea considerado similar y que lo que pretende el observante es que, para considerarlo similar, baste la presencia de cualquier actividad relacionada con la conservación vial en el o los contratos que presente, este Organismo Supervisor decide NO ACOGER este extremo de la observación. Sin perjuicio de lo anterior, a fin de evitar controversias durante la evaluación y calificación de propuestas, debe precisarse en las Bases que para ser considerados similares los contratos que se presenten hayan contemplado cuatro (4) de las siete (7) actividades que los definen y que fueran consignadas en las Bases, independientemente de la denominación del contrato. (Pronunciamiento N.º 305-2009/DTN, de 27-09-2009, Observación N.º 1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BniOmg>).

§ 1343. Cuando se solicite que el personal propuesto acredite determinada experiencia como requerimiento técnico mínimo, aquella deberá ser objetiva y congruente con la envergadura y complejidad del objeto de la convocatoria. 3.8 [...] [E] numeral 4.2 de las Bases se establece que el ingeniero residente debe acreditar que tiene “Un mínimo de 6 años de colegiado” para poder participar en la ejecución de la obra. Como se puede apreciar en el citado numeral no se hace referencia al número de años en el ejercicio profesional como dice la norma si no al tiempo de colegiado, lo cual resulta incorrecto, por lo que deberán realizar la adecuación correspondiente. A su vez deberá precisarse que, en concordancia con lo señalado por este Consejo Superior en múltiples pronunciamientos; el ejercicio profesional del residente de obra se acreditará con la presentación de constancias o certificados por los trabajos realizados. De otro lado, se aprecia que el período de seis (6) años en el ejercicio de la profesión, resulta excesivo e incongruente en relación con la magnitud y complejidad de la obra, por lo que deberá ser reducido con ocasión de la integración de Bases. (Pronunciamiento N.º 045-2008/DOP, de 01-02-2007, f. 3.8. Dirección de Operaciones. Texto completo: <bit.ly/2UoCc9G>).

§ 1344. A efectos de acreditar experiencia, la similitud entre un trabajo y otro no se encuentra dada por su denominación sino por las actividades que definen su naturaleza. OBSERVACIÓN N.º 1. [...] Adicionalmente solicita que se precise que se considerará como válida la experiencia obtenida en cualquier contrato, independientemente de su denominación, siempre que contemple prestaciones relacionadas con la conservación vial. PRONUNCIAMIENTO. [...]. Ahora bien, respecto del extremo que solicita que para que un contrato, independientemente de la denominación de este, sea considerado válido para acreditar la experiencia baste con que haya contemplado actividades relacionadas con la conservación vial, corresponde señalar que si bien la similitud entre un trabajo y otro no se encuentra dada por su denominación sino por las actividades que definen su naturaleza, en el presente caso las Bases han definido cuáles son las actividades que deben haber contemplado los contratos para ser considerados válidos, precisándose además que resulta necesaria la ejecución de cuatro (4) de las siete (7) previstas. Por tanto, considerando que las Bases ya han definido el número y las actividades que deben haberse ejecutado dentro de un contrato para que este sea considerado similar y que lo que pretende el observante es que, para considerarlo similar, baste la presencia de cualquier actividad relacionada con la conservación vial en el o los contratos que presente, este Organismo Supervisor decide NO ACOGER este extremo de la observación. Sin perjuicio de lo anterior, a fin de evitar controversias durante la evaluación y calificación de propuestas, debe precisarse en las Bases que para ser considerados similares los contratos que se presenten hayan contemplado cuatro (4) de las siete (7) actividades que los definen y que fueran consignadas en las Bases, independientemente de la denominación del contrato. (Pronunciamiento N.º 305-2009/DTN, de 27-09-2009, Observación N.º 1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BniOmg>).

§ 1345. **No puede requerirse que el postor acredite determinada experiencia como requerimiento técnico mínimo.** [...] [P]ara la contratación de obras que, por su costo, correspondan a una adjudicación directa o a una adjudicación de menor cuantía, no se establecerá factor técnico de evaluación alguno, correspondiendo sólo la evaluación de la propuesta económica. Así, contrariamente a lo dispuesto para el caso de licitaciones públicas, la norma proscribía expresamente la posibilidad de incluir factores de evaluación referidos a la evaluación de la experiencia para el caso de adjudicaciones directas. De tal razonamiento se puede desprender que la normativa ha asumido que cualquiera que fuese el contratista elegido, éste deberá ejecutar por igual la obra basándose para tal efecto en el expediente técnico, propiciado así la mayor participación de postores y promoviendo las micro y pequeñas empresas. Ahora bien, con la exigencia de solicitar que los postores acrediten determinada experiencia mínima se estaría dotando de un aparente requerimiento técnico a lo que en buena cuenta tiene la característica de un mecanismo de evaluación, criterio proscribido por la aludida normativa, dando lugar a que aquellos postores que no acrediten tal requerimiento sean descalificados. [...] (Pronunciamiento N.º 172-2008/DOP, de 21-05-2008, Observación N.º 4. Dirección de Operaciones. Texto completo: <bit.ly/2G9W1xK>).

§ 1346. **Es posible acreditar la experiencia del postor con contratos de ejecución periódica que aún se encuentren en ejecución.** [...] Este Consejo Superior ha establecido en sendas resoluciones y pronunciamientos que es posible acreditar la experiencia con contratos de ejecución periódica que aún se encuentren en ejecución. Para el efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 66º del Reglamento [cfr. art. 51 del Nuevo Reglamento], dicha experiencia se acredita con los contratos y los comprobantes correspondientes a las prestaciones efectivamente ejecutadas. Lo expuesto inclusive ha sido establecido en las Bases estandarizadas aprobadas mediante Directiva N.º 002-2008/CONSUCODE/PRE [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)], las mismas que han sido empleadas para convocar el presente proceso de selección. En esa medida, ya ha sido establecido que la experiencia que se adquiriera como resultado de un contrato de ejecución periódica, que aún se encuentra en ejecución, se acreditará con el contrato acompañado de los comprobantes de pago referidos a las prestaciones ejecutadas. [...] (Pronunciamiento N.º 174-2008/DOP, de 22-05-2008, Observación N.º 4. Dirección de Operaciones. Texto completo: <bit.ly/2Wv8Bx1>).

§ 1347. **Factores de evaluación. No hay límites en el número de documentos con los que los postores acrediten su experiencia. 3.4.1.** [...] [D]eberá suprimirse la exigencia de presentar los documentos que sustenten la experiencia del postor en orden cronológico, toda vez que dicha formalidad no incide en la selección de la mejor oferta. En relación con lo expuesto, debe precisarse que, considerando lo establecido en el artículo 65º del Reglamento [cfr. art. 51º del Nuevo Reglamento], no se limitará el número de documentos con que los postores podrán acreditar su experiencia. [...] (Pronunciamiento N.º 182-2008/DOP, de 28-05-2008, f. 3.4.1. Dirección de Operaciones. Texto completo: <bit.ly/2HEwcbv>).

§ 1348. **Las prestaciones ejecutadas por las empresas participantes para diversas empresas privadas, a través de una relación contractual de plazo indeterminado, constituyen experiencia y, por tanto, pueden ser acreditadas.** Véase la jurisprudencia del artículo 49º del Nuevo Reglamento [§ 1308.]. (Pronunciamiento N.º 344-2005/GTN, del 05-12-2005, Observación N.º 12. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Gc8O3p>).

§ 1349. **No es posible equiparar la experiencia obtenida mediante el arrendamiento de equipos a la obtenida en ventas.** Véase la jurisprudencia del artículo 49º del Nuevo Reglamento [§ 1310]. (Pronunciamiento N.º 380-2010/DTN, de 30-11-2010, Observaciones N.º 8 y 9. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Stgxxj>).

Artículo 52: Contenido mínimo de las ofertas

Los documentos del procedimiento establecen el contenido de las ofertas. El contenido mínimo es el siguiente:

- a) Acreditación de la representación de quien suscribe la oferta.
- b) Declaración jurada declarando que:
 - i. No ha incurrido y se obliga a no incurrir en actos de corrupción, así como a respetar el principio de integridad;
 - ii. No tiene impedimento para postular en el procedimiento de selección ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley;
 - iii. Su información registrada en el RNP se encuentra actualizada;
 - iv. Conoce las sanciones contenidas en la Ley y su Reglamento, así como las disposiciones aplicables del TUO de la Ley N.º 27444;
 - v. Participa del proceso de contratación en forma independiente sin mediar consulta, comunicación, acuerdo, arreglo o convenio con ningún proveedor; y, conoce las disposiciones del Decreto Legislativo N.º 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas;
 - vi. Conoce, acepta y se somete a los documentos del procedimiento de selección, condiciones y reglas del procedimiento de selección;
 - vii. Es responsable de la veracidad de los documentos e información que presenta en el procedimiento;
 - viii. Se compromete a mantener su oferta durante el procedimiento de selección y a perfeccionar el contrato en caso de resultar favorecido con la buena pro.
- c) Declaración jurada y/o documentación que acredite el cumplimiento de las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, según corresponda.
- d) Carta de compromiso del personal clave con firma legalizada, tratándose de consultorías en general.
- e) Promesa de consorcio legalizada, de ser el caso, en la que se consigne los integrantes, el representante común, el domicilio común y las obligaciones a las que se compromete cada uno de los integrantes del consorcio, así como el porcentaje equivalente a dichas obligaciones. El representante común del consorcio se encuentra facultado para actuar en nombre y representación del mismo en todos los actos referidos al procedimiento de selección, suscripción y ejecución del contrato, con amplias y suficientes facultades.

Los integrantes de un consorcio no pueden presentar ofertas individuales ni conformar más de un consorcio en un procedimiento de selección, o en un determinado ítem cuando se trate de procedimientos de selección según relación de ítems.

f) El monto de la oferta y el detalle de precios unitarios, tarifas, porcentajes, honorario fijo y comisión de éxito, cuando dichos sistemas hayan sido establecidos en los documentos del procedimiento de selección; así como, el monto de la oferta de la prestación accesoria, cuando corresponda. Tratándose de compras corporativas, el postor formula su oferta considerando el monto por cada Entidad participante.

Las ofertas incluyen todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos laborales conforme la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que pueda tener incidencia sobre el costo del bien, servicio en general, consultoría u obra a adquirir o contratar. Los postores que gocen de alguna exoneración legal, no incluyen en su oferta los tributos respectivos.

El monto total de la oferta y los subtotaes que lo componen son expresados con dos (2) decimales. Los precios unitarios o tarifas pueden ser expresados con más de dos decimales. ^{(a) (b)}

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD, "Participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado" (EP, 29-01-2019) [D-018].

(b) Véase la Directiva N.º 001-2018-OSCE/CD, "Requisito de solvencia económica en adjudicaciones simplificadas cuyo uso se autoriza mediante normas de excepción" (EP, 16-03-2018) [D-016].

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1350. **Exoneración del IGV en la Amazonía cuando participen proveedores en consorcio con contabilidad independiente (art. 52.f).** [...] [El] Tribunal de Contrataciones del Estado ACORDÓ aprobar por mayoría el siguiente criterio de interpretación: **1.** En los procedimientos de selección que lleven a cabo las entidades del Estado, cuando participen proveedores en consorcio con contabilidad independiente que se encuentre inscrito en el Registro Único de Contribuyentes (RUC), los requisitos exigidos en el artículo 2 del Reglamento de la Ley de la Amazonía (para acceder al beneficio de la exoneración del IGV), de acuerdo a la normativa tributaria, deben ser cumplidos por el consorcio en sí y no necesariamente por cada uno de sus integrantes. **2.** La condición de consorcio con contabilidad independiente deberá ser indicada, junto con el número de RUC, en la “Declaración Jurada de cumplimiento de condiciones para la aplicación de la exoneración del IGV”, la cual debe ser suscrita por el representante común del Consorcio. **3.** Se recomienda al Consejo Directivo del OSCE que evalúe la pertinencia de incorporar los criterios asumidos en el presente acuerdo, a través de las Directivas que emite, a fin de adaptar la participación de los consorcios con contabilidad independiente de la de sus integrantes en los procedimientos de contrataciones del Estado. **4.** El presente Acuerdo es de aplicación a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano. (Acuerdo N.º 03-2018-TCE, de 14-12-2018. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. [EP, 17-01-2019, p. 28]. Texto completo: <bit.ly/2S97cgs>).

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1351. **No puede considerarse como referencial toda aquella documentación que sirva para acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas.** **32.** [...] [Las] bases indicaron que la documentación técnica sustentatoria requerida servía para acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas, por lo que es correcto afirmar que en el presente caso, la misma no solo tenía carácter referencial como indica la Entidad, sino que constituía imprescindible que dicha documentación se evidenciara que los productos ofertados cumplieran con las especificaciones exigidas en las bases integradas. (Resolución N.º 170-2017-TCE-S3, de 13-02-2017, f. 32. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2Q4lnhO>).

§ 1352. **Las declaraciones de los postores dan certeza a la Entidad de la voluntad del postor de obligarse con determinada oferta.** **34.** [Lo] declarado por los postores en sus propuestas busca una plena vinculación del mismo con aquello que oferta, mediante su aceptación y responsabilidad de todos y cada uno de los documentos que presenta en su propuesta integral; por ello, resulta sumamente importante tener en cuenta que las declaraciones formuladas por éstos resulta ser un medio que busca mantener la seguridad jurídica y en consecuencia, permitir a La Entidad tener la certeza de la voluntad de obligarse del postor con una determinada oferta. (Resolución N.º 009-2011-TC-S2, de 05-01-2011, f. 34. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2Tri3W>).

§ 1353. **Las propuestas deben ser autónomas, completas y suficientes.** **14.** [L]as propuestas que los postores formulen en un proceso de selección deben ser autónomas, completas y suficientes de modo que ellas contengan ofertas que reflejen de manera manifiesta, precisa y directa la voluntad del proponente de obligarse frente a la Entidad a ejecutar a cabalidad las prestaciones a su cargo. Sin embargo, dichas características no se cumplen cuando las propuestas tienen aspectos confusos, ambiguos y contradictorios que impiden a los miembros del Comité Especial aplicar objetivamente las reglas de las Bases del proceso de selección, motivando la subsecuente imposibilidad de asignar el puntaje correspondiente en el factor de evaluación discutido, tal como acontece en el presente caso. (Resolución N.º 435-2004-TC-SU, de 03-08-2004, f. 14. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2tpbhyX>).

§ 1353a. **Las sospechas, suposiciones o indicio respecto de una supuesta falsedad no son razón suficiente para desvirtuar la presunción de veracidad sobre los actos realizados por los administrados.** **22.** [...] [El] principio de presunción de veracidad, el cual se encuentra reconocido en el numeral 1.7 de del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, por cuya virtud la Administración presume



que los documentos y declaraciones formulados por los administrados responden a la verdad de los hechos que ellos afirman, salvo prueba en contrario, siendo obligación de la Administración presumir la buena fe y la legalidad de los actos que realizan los administrados, de tal manera que las sospechas, suposiciones o indicio respecto de una supuesta falsedad no son razón suficiente para desvirtuar dicha presunción, la cual solo puede ser destruida mediante la probanza respectiva por parte de quien alega tal imputación; asumir lo contrario, supondría que el Tribunal se pronuncie sin elemento de prueba más allá que la denuncia sin mayor sustento que la apreciación personal del denunciante. (Resolución N.º 0165-2017-TCE-S2, de 10-02-2017, f. 22. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2PxAVKH>).

§ 1354. En caso se determine que adicionalmente a la declaración jurada de cumplimiento de especificaciones técnicas, el postor deba presentar algún otro documento complementario, este será requerido como documentación de presentación obligatoria para la admisión de la oferta. Se incurre en un vicio de nulidad si se solicita como documentación de presentación obligatoria un documento que debió ser requerido como requisito de calificación (art. 52.c). 25. [...] [Tal] como se encuentra establecido en las bases estándar de la Adjudicación Simplificada para la contratación de bienes, aprobada mediante la Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)], cuyo uso es de cumplimiento obligatorio, en caso se determine que adicionalmente a la declaración jurada de cumplimiento de las Especificaciones Técnicas, el postor deba presentar algún otro documento para acreditar las características y/o requisitos funcionales y condiciones de las Especificaciones Técnicas relacionadas al bien tales como: autorizaciones relacionadas al producto, folletos, instructivos, catálogos o similares, debe consignarse ello, como parte de la documentación de presentación obligatoria para la admisión de la oferta, precisándose que en dicho literal no debe detallarse ningún documento vinculado a los requisitos de calificación del postor, tales como: i) capacidad legal, ii) capacidad técnica y profesional: experiencia del personal clave y iii) experiencia del postor. Tampoco se puede incluir documentos referidos a cualquier tipo de equipamiento, infraestructura, soporte, calificaciones y experiencia del personal en general. 26. Ahora bien, de la revisión de los documentos materia de cuestionamiento, se aprecia que los mismos están relacionados autorizaciones con las que debe contar el postor para poder realizar el suministro del bien [...], por lo que dicho requerimiento debió ser incluido como parte de los requisitos de calificación, situación que no se advierte del caso de autos. [...] 28. [...] [Conforme] a lo previsto en el [...] Reglamento, el órgano a cargo del procedimiento de selección (el Comité de selección o el Órgano Encargado de las Contrataciones), según corresponda, es competente para preparar los documentos del procedimiento de selección (entre los cuales se encuentran las bases). 29. [Se] aprecia que el Comité de Selección incurrió en un vicio de nulidad al transgredir la normativa en contrataciones del Estado, pues elaboró bases contraviniendo lo dispuesto en el artículo 2 del Anexo 1 del Reglamento del Registro de Hidrocarburos, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N.º 191-2011-05/CD y modificatorias, así como el artículo 16 de la Ley, 28 del Reglamento [cfr. art. 49 del Nuevo Reglamento], y la Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD, ya que requirió como documentación de presentación obligatoria para la admisión de la oferta, documentación que debió ser requerida como requisito de calificación, aunado al hecho de existir contradicción entre la documentación requerida, ya que quien cuenta con registro de consumidor directo no puede comercializar uno de los productos requeridos en las base [...]. (Resolución N.º 2929-2016-TCE-S1, de 12-12-2016, ff. 25, 26, 28 y 29. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2DHmf5w>).

§ 1355. La presentación de una oferta ambigua, imprecisa o contradictoria, que imposibilite al Comité de selección determinar de forma certera el real alcance de la misma, no deberá ser admitida, pues no es función de dicho órgano interpretar el alcance de una oferta. 4. Así, una evaluación integral supone que el Comité Especial debe analizar cada propuesta de manera conjunta, en virtud a la información obrante en la misma, con la finalidad de determinar o identificar la mejor oferta que satisfaga sus intereses o necesidades, no limitándose o restringiéndose a realizar un análisis sesgado o parcializa, que no involucre la totalidad de la información de la propuesta técnica presentada. Tal evaluación busca identificar el real alcance de una oferta, no sólo determinando el cumplimiento de una especificación técnica, sino adicionalmente, verificando los criterios que hayan sido considerados

como factor de evaluación, posibilitando de esta manera conocer el real contenido de lo propuesto con el único objetivo de caracterizar una compra pública eficiente. El comentado análisis integral debe realizarse, estrictamente, en virtud a la documentación obrante en la propuesta técnica, no pudiendo el Comité Especial considerar hechos o datos no incluidos por el propio postor en su sobre técnico, que no hayan sido expresamente descritos, o aseverados. Así, toda información contenida en la oferta técnica o económica, debe ser objetiva, clara, precisa y congruente entre sí, a fin de posibilitar al Comité Especial la verificación directa de lo propuesto por los postores y, de esta forma, corroborar si lo descrito es concordante con lo requerido por la Entidad, es decir si las ofertas presentadas cumplen con las características mínimas establecidas en las bases del proceso para satisfacer las necesidades del área usuaria. **5.** Por el contrario, de presentarse una oferta ambigua, imprecisa o contradictoria, que posibilite al Comité Especial determinar de forma certera el real alcance de la misma, no deberá ser admitida, pues no es función de dicho órgano interpretar el alcance de una oferta, esclarecer ambigüedades, o precisar contradicciones o imprecisiones, sino aplicar las bases integradas y evaluar las propuestas en virtud a ellas, realizando un análisis integral que permita generar convicción de [o realmente ofertado, en función a las condiciones expresamente detalladas. De lo expuesto, se concluye que el Comité Especial debe realizar una evaluación integral de la propuesta, lo cual supone verificar todos y cada uno de los documentos obrantes en la misma, sin realizar interpretaciones y/o suposiciones que favorezcan la condición de algún postor, ya que esto implicaría vulnerar los principios de imparcialidad, transparencia y trato justo e igualitario, descritos en la normativa de contrataciones del Estado (Resolución N.º 1090-2016-TCE-S4, de 25-05-2016, ff. 4 y 5. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2K9r9gK>).

§ 1356. La deficiencia en la motivación por parte del Comité de Selección para no admitir una oferta, en principio supone la nulidad del acto administrativo. Esta nulidad podrá no ser declarada, en caso se concluya que en un nuevo pronunciamiento el acto administrativo tendrá el mismo contenido. **20.** Respecto de la supuesta falta de motivación alegada por el Impugnante, por parte del Comité de Selección al momento de desestimar su oferta; cabe señalar que, de la revisión dela respectiva acta [...] se advierte una deficiencia en la motivación por parte del Comité de Selección para no admitir la oferta de aquel, lo cual, en principio supone la nulidad del acto administrativo, Sin embargo, teniendo en cuenta que se ha concluido indubitablemente que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio, esto es, se ha concluido que el Impugnante no cumplió con acreditar el documento requerido en el literal d) del numeral 2.2.1.1 del capítulo 11 de la Sección Especifica de las bases integradas, por lo que no corresponde admitir su oferta, de conformidad con el numeral 14.2.4 del apartado 14.2 del artículo 14 de la LPAG, corresponde conservar el acto administrativo [...]. (Resolución N.º 2924-2016-TCE-S1, de 09-12-2016, f. 20. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2BbpzrA>).

§ 1357. La incongruencia se materializa cuando la propia oferta contiene información contradictoria o excluyente entre sí. No corresponde considerar información contradictoria para acreditar el requisito de calificación pertinente. **25.** Sobre el particular, cabe señalar que la incongruencia se materializa cuando la propia oferta contiene información contradictoria o excluyente entre sí. En el caso concreto, el Impugnante presentó dos documentos que son incongruentes, pues los mismos se excluyen entre sí, toda vez que, tal como se indicó de forma precedente, mientras que la citada orden de compra hace referencia al suministro de piedra chancada de ½” y de arena gruesa para las “Obras civiles de la Central Hidroeléctrica de Yarucaya”, el citado certificado de conformidad del servicio hace referencia a dicho suministro pero en la obra: “Proyecto Ambo ubicada en la carretera central KM 212 - Huánuco”; en consecuencia, no corresponde considerar los citados documentos incongruentes para acreditar el citado requisito de calificación. (Resolución N.º 2951-2016-TCE-S1, de 14-12-2016, f. 25. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2A11B0m>).

§ 1358. No debe ser admitida una oferta presentada por personas que no tienen las facultades necesarias de representación. Se deben revisar escrupulosamente los poderes de representación. **17.** Este Colegiado estima pertinente precisar asimismo, que en relación a lo indicado por el Adjudicatario, en cuanto a que la oferta del Impugnante no debió ser admitida por cuanto fue presentada por



personas que no tuvieron las facultades necesarias de representación, ya que quien delegó la facultad, la Gerente General [...] no tendría facultades para ello. Al respecto, se aprecia de la partida registral [...] de la citada empresa, Asiento [...] que una de las facultades del Gerente General es representar a la sociedad, entre otros ante entidades públicas o privadas, pudiendo designar entre otros a apoderados judiciales, removerlos, delegar el poder para pleitos, reasumirlo cuando lo tenga por conveniente (...). Asimismo, es de señalar que el Adjudicatario hace especial mención a que las personas que la Gerente General autoriza en la carta de acreditación, ni ella misma incluso, tendría facultades para presentar la oferta en el procedimiento de selección. Al respecto, se aprecia que en el asiento [...] por Acta de la Junta General del 14 de diciembre de 2010, se otorgó la facultad al Gerente General, para participar en procesos de selección en nombre de la sociedad, impugnar los actos de los comités especiales y órganos encargados de la contratación y suscribir los contratos derivados de estos. Aunado a ello, es de señalar que el artículo 53 del Reglamento [cfr. art. 73 del Nuevo Reglamento] establece que la presentación de ofertas se realizará por escrito, rubricadas, foliadas y en un (1) sobre cerrado, y que dicha presentación puede realizarse a través de un tercero, sin que se exija Formalidad alguna para ello. (Resolución N.º 3056-2016-TCE-S1, de 27-12-2016, f. 17. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2RW1Xwj>).

§ 1359. El nivel de exigencias formales y sustanciales responde a la necesidad de garantizar el mejor uso de los recursos públicos y de la igualdad de oportunidades, para lograr los fines del Estado. 23. [No] se puede soslayar que el objeto de la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado es que las entidades públicas adquieran bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles, dentro de un marco adecuado que garantice la debida transparencia en el uso de los recursos públicos. En tal sentido, las exigencias, tanto formales como sustanciales, no obedecen en modo alguno a un propósito arbitrario ni aislado de todo contexto, sino muy el contrario responde a la necesidad de garantizar el adecuado marco en el que, dentro de un contexto de libre competencia, equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y el derecho de las personas naturales y jurídicas a participar como proveedores del Estado, acorde con la consecución de los fines de este último. 24. De este modo, el nivel de exigencias formales y sustanciales contempladas en las Bases integradas, así como la interpretación adoptada, no pueden ser vistas de modo aislado, sino conforme a los objetivos descritos en el párrafo anterior. Por lo que, a pesar de que el consorcio adjudicatario no adjuntó los contratos correspondientes, debido a la existencia de la cláusula de confidencialidad antes descrita, lo cierto es que los certificados presentados en su propuesta acreditaron la ejecución de túneles que era precisamente el objeto de dicha documentación, siendo por ende suficientes para demostrar la calidad de trabajos similares concluidos y a su vez las actividades realizadas en ellas sean consideradas similares también, tal como se aludió en la comparación con las partidas del presente proceso de selección. (Resolución N.º 846-2004-TC-SU, de 15-12-2004, ff. 23 y 24. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2S9hqya>).

§ 1360. La declaración jurada es la manifestación de voluntad expresa y bajo juramento, donde se afirma, niega o da testimonio de algún hecho o circunstancia, por lo que una declaración jurada tácita implica un contrasentido. 8. La declaración jurada es una manifestación de voluntad formulada de manera expresa y bajo juramento, en la que se asevera, niega, o se da testimonio de algún hecho o circunstancia de manera indubitable. Por el contrario, la declaración tácita es la manifestación de voluntad llevada a cabo por actos exteriores que implican aceptación o consentimiento. 9. Bajo estas premisas, aceptar la existencia de una declaración jurada tácita implica un contrasentido puesto que, como ya se ha indicado, sólo puede haber declaración jurada cuando de manera expresa se manifiesta algo bajo juramento, no pudiéndose interpretar que el silencio del administrado es una manifestación respecto a una determinada circunstancia y menos aún bajo juramento, pues el juramento importa una acción concreta y expresa, que es la de jurar, ya sea verbalmente o por escrito, pero de ninguna manera de forma tácita. (Resolución N.º 284-2006-TC-SU, de 04-05-2006, ff. 8 y 9. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2t9HAle>).

§ 1361. Las empresas que participan consorciadas en un proceso de selección forman parte de una unidad de imputación de efectos jurídicos, salvo en lo que concierne a la comisión de infracciones, para cuyo caso el Reglamento permite la distinción entre el consorcio que cometió la

infracción y el que no. 5. Partiendo, entonces, del hecho que los dos únicos postores hábiles estaban consorciados con una misma tercera empresa, es necesario tener en cuenta que, como ha señalado la Impugnante, el artículo 120 del Reglamento [cfr. art. 73 del Nuevo Reglamento] dispone que los integrantes de un consorcio no podrán presentar propuestas individuales ni conformar más de un consorcio. Es necesario detenernos en los efectos de la trasgresión de este artículo. En principio, las empresas que participan consorciadas en un proceso de selección forman parte de una unidad de imputación de efectos jurídicos, salvo en lo que concierne a la comisión de infracciones, para cuyo caso el Reglamento permite la distinción entre el consorciado que cometió la infracción y el que no. Cuando en un proceso se presentan dos postores en consorcio, si bien cada uno de ellos está conformado por distintas empresas, el hecho que uno de los consorciados incurra en la prohibición de que trata el último párrafo del artículo 120 del Reglamento acarrea la descalificación del postor como tal, precisamente porque estamos frente a una unidad de imputación. Por las razones señaladas, si los dos postores cuyas propuestas fueron declaradas válidas y participaron del acto de otorgamiento de la buena pro deben ser descalificados en el presente caso, por tener un consorciado al que le es aplicable la prohibición de la norma que se ha señalado, el asunto se centra en analizar si la Impugnante mejora su posición con la decisión indicada. (Resolución N.º 1026-2005-TC-SU, de 26-10-2005, f. 5. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2HRS4jF>).

§ 1362. La normativa en contrataciones del Estado solo exige la presentación de los documentos conformantes de la propuesta técnica en copias simples y, únicamente en el caso de documentos emitidos por autoridad pública en el extranjero, exige la presentación del documento legalizado antes de la suscripción del contrato. 15. [E]ste Tribunal considera necesario referirse a la exigencia relacionada con la presentación de copias simples legalizadas del Registro Sanitario de los productos ofertados, debido a que la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado sólo exige la presentación de los documentos conformantes de la propuesta técnica en copias simples y, únicamente en el caso de documentos emitidos por autoridad pública en el extranjero, exige la presentación del documento legalizado antes de la suscripción del contrato. Así entendido, el requerimiento de presentación de copias simples legalizadas de los Registros Sanitarios resulta excesivo y contrario a lo dispuesto en el Principio de Economía recogido en el numeral 6 del artículo 3 de la Ley [cfr. art. 2.c de la Ley vigente], el cual establece que toda adquisición o contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. En el caso analizado, la Entidad debía dar por cumplido el requerimiento establecido en las Bases Integradas, con la sola presentación de las copias simples de los Registros Sanitarios relativos a cada uno de los productos objeto de convocatoria. (Resolución N.º 280-2006-TC-SU, de 04-05-2006, f. 15. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2S8mvGZ>).

§ 1363. La contradicción advertida en la documentación conformante de la propuesta técnica respecto del método de esterilización del bien requerido, podría ocasionar conflictos entre la Entidad y el contratista. 15. [...] [Cabe] precisar que la contradicción advertida en la documentación conformante de la propuesta técnica respecto del método de esterilización del bien requerido en el ítem 4, podría ocasionar conflictos entre la Entidad y el contratista, pues sobre la base de los documentos o información no concordantes entre sí, las Entidades pueden interpretar alcances distintos a lo que un postor puede entender como alcance de su ofrecimiento, lo que puede derivar en controversias para las entidades públicas. En tal sentido, la evaluación de las propuestas técnicas de los postores debe realizarse en atención a información clara y precisa, no pudiendo admitirse incongruencias o contradicciones al Interior de las mismas. (Resolución N.º 0309-2016-TCE-S3, de 11-03-2016, f. 15. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2QNZ5WJ>).

§ 1364. Los requerimientos técnicos mínimos deben ser cumplidos y acreditados por todos los postores para que su propuesta sea admitida. Resulta más idóneo solicitar una carta de representación de un distribuidor autorizado en territorio nacional que una carta emitida por el propio fabricante. 6. La razón de que las Bases contemplasen el requerimiento de presentar una carta de representación de un distribuidor de la marca autorizado en el Perú en lugar de, por ejemplo, la exigencia de acompañar una carta de representación emitida por el propio fabricante, encuentra sus-



tento en el hecho de que esta última opción hubiese constituido, sin lugar a dudas, una regulación discriminatoria que restringe la mayor concurrencia de postores y que contraviene el *principio de libre competencia* consagrado en el artículo 3 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado [cfr. art. 2 de la Ley actual]. No obstante, debe tenerse en cuenta que el objeto que subyace a esta opción es que el postor demuestre finalmente su nexa indirecto que le une con el fabricante del producto, permitiendo a la Entidad obtener la certeza de que el bien ofertado tiene su origen y ha sido efectivamente manufacturado por el fabricante del producto de la marca propuesta. 7. Evidentemente, al tratarse de una relación indirecta, es necesario que el intermediario (distribuidor autorizado de la marca en el Perú) se encuentre debidamente acreditado como tal. De lo contrario, no se vería satisfecha la finalidad que persigue la exigencia de dicha carta de representación, es decir, demostrar la existencia de un vínculo entre la marca y el postor. 8. La necesidad de acreditar al intermediario como distribuidor de la marca fluye además de la disposición de carácter imperativo recogida en el artículo 63 Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado [cfr. art. 81 del Nuevo Reglamento], que prescribe que los requerimientos técnicos mínimos deben ser cumplidos y acreditados por todos los postores para que su propuesta sea admitida. En el caso que nos ocupa, la carta de representación del distribuidor nacional de la marca constituye un documento de observancia obligatoria, cuya omisión o entrega defectuosa supone la descalificación de la propuesta. (Resolución N.º 1342-2007-TC-S4, de 11-09-2007, ff. 6 al 8. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2RIFXVv>).

§ 1365. La promesa formal de consorcio constituye un compromiso de contratar, por lo que su finalidad radica en que los contratantes conformen dicha figura en el futuro. 11. [L]a promesa formal de consorcio constituye la expresión de voluntad de cada uno de los sujetos que se obligan a participar de manera asociada en un determinado proceso de selección, siendo oportuno señalar que debe ser presentada como parte de la oferta técnica del consorcio, para posteriormente ser formalizada mediante la suscripción de un contrato de consorcio, el mismo que constituye un requisito de cumplimiento previo al acto de suscripción de contrato respectivo. 12. Bajo esta perspectiva, la promesa de consorcio constituye un contrato preparatorio bajo la modalidad de compromiso de contratar, mediante el cual los sujetos que se comprometen a asociarse en un futuro se obligan a cumplir las funciones o cargos declarados a ejercer, vale decir, comprende el documento o documentos que contienen el acuerdo de voluntades entre dos o más personas que se obligan a dar, hacer, o no hacer determinada actividad. Por tanto, la finalidad de la presentación de la promesa de consorcio, radica en que los sujetos que quieran conformar dicha figura, expresen su voluntad de asociarse. (Resolución N.º 2191-2007-TC-S4, de 11-11-2007, ff. 11 y 12. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2TsEmVH>).

§ 1366. Los postores deben determinar e identificar en la promesa de consorcio, de manera clara, las obligaciones que asumirán cada uno de sus miembros. 27. Es trascendente precisar que cuando un postor participa en un determinado proceso de selección en calidad de consorcio, resulta imprescindible que determine e identifique -clara e indubitadamente- las obligaciones que asumirán cada uno de sus miembros, de tal manera que dicho compromiso pueda ser entendido de modo cierto e indiscutible, a efectos de evitar que éste sea objeto de interpretaciones que no permitan conocer la verdadera expresión de voluntad de sus integrantes; máxime si se tiene en cuenta que la promesa de consorcio contiene un compromiso que se formaliza mediante la suscripción de un contrato de consorcio, instrumento en el que no pueden variarse las condiciones o términos pactados en la promesa formal y que, en consecuencia, debe reflejar el compromiso efectivamente asumido por sus integrantes durante la etapa de formulación de su oferta técnica. 28. Por estas consideraciones, las obligaciones que asumen las partes consorciadas en su promesa de consorcio son las que se comprometen a cumplir durante la ejecución del contrato que se celebre como consecuencia de obtener la buena pro, reflejando de esta manera tanto la división de funciones al interior del consorcio como la respectiva participación de sus integrantes, pues es a partir de dicha promesa que se evaluará lo que cada miembro aporta en el consorcio, conforme a los documentos sustentatorios pertinentes [...] con miras a evitar que uno de los participantes pueda aprovecharse, indebidamente, de esta figura contractual, mediante la “compra” de habilidades o aptitudes que les son ajenas (por ejemplo, de la experiencia). 29. Por ello mismo, y

según criterio adoptado por este Tribunal en casos semejantes, las obligaciones asumidas deben permanecer inalterables en el tiempo, sin que éstas puedan variar una vez otorgada la buena pro, ya que lo contrario supondría la desnaturalización de la distribución y la proporción de los compromisos concertados. (Resolución N.º 360-2012-TC-S2, de 09-04-2012, ff. 27 al 29. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2FjbzPM>).

§ 1367. La promesa formal de consorcio debe contener las obligaciones asumidas por cada consorciado en la ejecución objeto de la convocatoria y el porcentaje correspondiente a la valorización de las obligaciones que asume cada consorciado respecto del monto de la oferta. 9. [...] [P]ara considerar que una promesa formal de consorcio se encuentra acorde con lo establecido la normativa de contratación pública, es necesario que en su contenido se indique expresamente: i) las obligaciones que cada consorciado asume en la ejecución objeto de la convocatoria, y ii) el porcentaje correspondiente a la valorización de las obligaciones que asume cada consorciado, respecto del monto de la oferta. Más aún cuando el Anexo N.º 06 de las Bases Estándar para adjudicación simplificada para la contratación de servicios en general, aprobadas por la Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)], prevé un formato recogido por las bases integradas del procedimiento de selección donde se aprecia, claramente que las obligaciones tanto vinculadas al objeto de la convocatoria como otras obligaciones, deben estar valorizadas porcentualmente, precisándose que dicho porcentaje debe ser expresado en números enteros, sin decimales. [...]. **12.** Por cierto, el admitir una promesa formal de consorcio sin que contenga las valorizaciones de cada obligación que hayan sido efectuadas en función al monto de la propuesta económica, no permitiría luego conocer cuál es el monto del contrato que correspondería reconocer como experiencia a cada miembro del Consorcio en una actividad determinada. Precisamente para evitar tal tipo de incertidumbre es que la Directiva N.º 016-2012-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (D-018)] exige que las valorizaciones porcentuales de cada obligación consignada en la promesa formal de consorcio estén determinadas en relación al monto de la propuesta económica y no en función a la participación que asume cada consorciado en la ejecución de las obligaciones consignadas en la respectiva promesa. [...]. (Resolución N.º 2509-2016-TCE-S4, de 24-10-2016, ff. 9 y 12. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2GcXHXM>).

§ 1368. Las mejoras deben ser evaluadas para saber si representan en verdad, ventajas adicionales a las características mínimas consideradas por la Entidad en las bases. 7. La evaluación de las ofertas es un proceso lógico formal que consiste en atribuir a ciertas situaciones u objetos ofertados el valor que les es intrínseco, comparándolo con los requerimientos de las entidades plasmados en las bases. En el caso de las mejoras es necesario conocer si las que han sido catalogadas como tales por los postores representan, en verdad, ventajas adicionales a las características mínimas consideradas por la Entidad en las bases. Ello requiere una constatación de su realidad, lo que debe causar el convencimiento técnico de la Entidad de que está frente a una mejora, operación que requiere un juicio de valor en cada caso. Esta razón es precisamente la que impide que las entidades acepten, sin más, todo aquello que los postores consideren mejoras, pues de lo contrario la evaluación carecería de todo sentido, constituyéndose más bien en una simple aceptación de mejoras que podrían no serlo. Por ello, es claro que en este caso no se aplica el principio de presunción de veracidad, por lo que se requiere que el postor interesado no solamente debe exigir que se le acepten las mejoras que considera tales, sino que debe sustentarlas y, en caso de que la Entidad tenga un criterio distinto, estar en condiciones de argumentar técnicamente su posición [...]. (Resolución N.º 252-2006-TC-SU, de 24-04-2006, f. 7. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2St6kmY>).

§ 1369. Los postores deben tener total conocimiento de las bases, para poder preparar y presentar sus ofertas con los documentos pertinentes al proceso de selección. 17. Al respecto, cabe destacar que cuando se participa en un proceso de selección, se hace con el pleno conocimiento de que el mismo implica una competencia de ofertas, en donde la mejor será aquella que obtenga el mayor puntaje total, por lo que los postores deben ser lo suficientemente diligentes como para prepararlas de tal manera que los documentos que presenten y que serán objeto de asignación de puntaje cumplan



estrictamente con lo requerido en las Bases, para así ser merecedores de la más alta calificación. (Resolución N.º 672-2004-TC-SU, de 26-10-2004, f. 17. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2SvFEls>).

§ 1370. Los postores deben realizar sus ofertas lo más óptimas posibles, lo que garantice una debida transparencia en su propuesta y un equilibrio costo-calidad. 5. [...] [L]os postores deben ofertar el bien, servicio u obra demandado por la Entidad en las mejores condiciones que estimen posibles, lo que garantiza la debida transparencia de su propuesta y de su adecuado equilibrio entre su costo y calidad. Lo contrario, implicaría trasladar a la Entidad la responsabilidad de determinar las mejores condiciones en las que puede ofertar un postor determinado, hecho que sólo concierne a la evaluación interna de cada ofertante. (Resolución N.º 680-2004-TC-SU, de 27-10-2004, f. 5. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2SxtjJp>).

§ 1371. Las ofertas de los postores en los procesos de selección deben apreciarse en su integridad, por lo que si un documento exigido en las bases está en un lugar incorrecto, debe considerársele en pos al principio de economía y libre competencia. 5. [...] Este Tribunal participa del criterio que las ofertas de los postores de los procesos de selección deben ser apreciadas en su integridad, entendiendo que estas constituyen una unidad, de modo que si es posible identificar en la propuesta técnica la existencia de un documento exigido en las bases, al margen de que se halle en el lugar correcto, la propuesta debe ser tenida por válida, descartándose su descalificación, en homenaje a los principios de libre competencia y economía, definidos en los numerales 2 y 6 del artículo 3 del Reglamento [cfr. arts. 2.e y 2.f de la Ley vigente], así como los de informalismo y eficacia, definidos por los numerales 1.6 y 1.10 del artículo IV de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. (Resolución N.º 675-2004-TC-SU, de 26-10-2004, f. 5. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2De8Tj2>).

§ 1372. Si bien la sola presentación de la oferta y su mera recepción o aceptación generan el derecho para el postor de seguir participando en el procedimiento de selección, y de que su propuesta sea examinada, eso no impide su ulterior rechazo o desestimación. 9. [...] [Una] vez que el Comité Especial recibe las propuestas, las mismas no pueden ser devueltas sin antes haberse efectuado la apertura correspondiente, a fin que se siga con las formalidades que guarda cada etapa del proceso de selección, máxime si la presentación de la propuesta constituye uno de los actos de mayor trascendencia para los postores, dado que a partir de allí se define la suerte de los oferentes, el cual tiene como contrapartida obligatoria la recepción de las propuestas por parte de la Entidad convocante, a fin que ésta proceda a su calificación y evaluación. Al respecto, Dromi señala “En este sentido, la sola presentación de la oferta y su mera recepción o aceptación, generan el derecho para el licitador de seguir participando en la licitación, y de que su propuesta sea examinada; pero no impide su ulterior rechazo o desestimación. La recepción de todas las ofertas es ineludible. (Resolución N.º 152-2006-TC-SU, de 09-03-2006, f. 9. Sala Única. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2EvBqnu>).

§ 1373. El procedimiento de selección tiene por objeto determinar la oferta con el mejor puntaje y el orden de prelación de las ofertas, según los factores de evaluación enunciados en las bases. 36. [Es] preciso tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 52 del Reglamento, las Bases Integradas constituyen las reglas definitivas del procedimiento de selección. Asimismo, el artículo 54 del Reglamento establece que, de manera previa a la evolución, el comité de selección debe determinar si las ofertas responden a las características y/o requisitos funcionales y condiciones de las especificaciones técnicas y términos de referencia s especificados en las bases, toda vez que, de no cumplir con lo requerido, la oferta se considera no admitida, Solo se evalúan las ofertas que cumplen con lo señalado. La evaluación tiene por objeto determinar la oferta con el mejor puntaje y el orden de prelación de las ofertas, según los factores de evaluación enunciados en las bases. Adicionalmente, el artículo 55 del Reglamento señala que, luego de culminada la evaluación, el comité de selección debe determinar si el postor que obtuvo el primer lugar según el orden de prelación cumple con los requisitos de calificación especificados en las bases. Si dicho postor no cumple con los requisitos de calificación, su oferta debe ser descalificada. En tal caso, el comité de selección debe verificar los requisitos de calificación

respecto del postor cuya oferta quedó en segundo lugar, y así sucesivamente en el orden de prelación de ofertas. (Resolución N.º 075-2017-TCE-S2, de 19-01-2017, f. 36. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2VgxIDt>).

§ 1374. Los documentos del procedimiento de selección, y para el presente caso, las bases, constituyen las reglas definitivas de aquel y es en función de ellas que debe efectuarse la admisión, evaluación y calificación de las ofertas. 2. [Resulta] relevante señalar que, según lo establecido en el artículo 16 de la Ley, el área usuaria debe requerir los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de formular las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, respectivamente, además de justificar la finalidad pública de la contratación. Dicho artículo, adicionalmente, establece que los bienes, servicios u obras que se requieran deben estar orientados al cumplimiento de las funciones de la Entidad. Asimismo, prescribe que las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico deben formularse de forma objetiva y precisa, proporcionando acceso en condiciones de igualdad al proceso de contratación, sin la creación de obstáculos que perjudiquen la competencia en el mismo. 3. [...] el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, elabora los documentos del procedimiento de selección a su cargo, utilizando obligatoriamente los documentos estándar que aprueba el OSCE y la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación aprobado. 5. [Los] documentos del procedimiento de selección, y para el presente caso, las bases, constituyen las reglas definitivas de aquel y es en función de ellas que debe efectuarse la admisión, evaluación y calificación de las ofertas [...]. (Resolución N.º 085-2017-TCE-S1, de 20-01-2017, ff. 2, 3 y 5. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2Ai1eQh>).

§ 1375. Previamente a la evaluación de las ofertas, debe considerarse la verificación del incumplimiento de las características y/o requisitos funcionales y condiciones de las Especificaciones Técnicas. 3. [El] artículo 55 del Reglamento señala que, luego de culminada evaluación, el Comité de Selección debe determinar si el postor que obtuvo el primer lugar según el orden de prelación cumple con los requisitos de calificación especificado en las Bases. Si dicho postor no cumple con los requisitos de calificación, su oferta debe ser descalificada. En tal caso el comité de selección debe verificar los requisitos de calificación respecto del postor cuya oferta quedo en segundo lugar, y así sucesivamente en el orden de prelación de ofertas. 4. [Se] desprende que, previamente a la evaluación de las ofertas, debe considerarse la verificación del incumplimiento de las características y/o requisitos funcionales y condiciones de las Especificaciones Técnicas, cuya función es asegurar a la Entidad que la propuesta del postor cumple con las características mínimas de idoneidad para proveer o ejecutar adecuadamente el bien o servicio objeto de la contratación [...]. (Resolución N.º 108-2017-TCE-S2, de 27-01-2017, ff. 3 y 4. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2Tc1W8z>).

§ 1376. Presentar una declaración jurada manifestando no hallarse impedido para contratar con el Estado a pesar de que la cónyuge del postor es funcionaria o servidora pública de la Entidad que convoca el procedimiento, se enmarca dentro del supuesto de infracción por presentación de información inexacta. Véase la jurisprudencia del artículo 50º de la Ley [§ 871]. (Resolución N.º 138-2011-TC-S3, de 31-01-2011, ff. 23 y 24. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2VTUUuj>).

§ 1377. El postor tiene la obligación de mantener su oferta hasta el otorgamiento de la buena pro, o de ser el caso, hasta el momento de la suscripción del contrato con la Entidad. Véase la jurisprudencia del artículo 50.1.a de la Ley [§ 841]. (Resolución N.º 3004-2016-TCE-S3, de 22-12-2016, ff. 4, 5 y 6. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2TxEhv>).

§ 1378. Luego de otorgada la buena pro, es obligación del postor ganador presentar todos los documentos exigidos en las bases dentro del plazo legal establecido con la finalidad de poder suscribir el contrato. El incumplimiento de esta obligación será causal de sanción. Véase la jurisprudencia del artículo 139º del Nuevo Reglamento [§ 1641]. (Resolución N.º 0063-2016-TCE-S2, de 12-01-2016, ff. 7, 8 y 9. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2zXMIfa>).



OPINIONES DEL OSCE

§ 1379. **Corresponde a la Entidad la determinación de que conceptos serán considerados como “subtotales”.** CONSULTA: 2.1. “El término ‘subtotales’: ¿Es aplicable a los importes consignados en las partidas y sub partidas de la propuesta económica del postor o únicamente se refiere al importe consignado en las partidas generales?”. [...] 2.1.2. Ahora bien, la consulta está referida a si el término “subtotales” es aplicable a las partidas y subpartidas, de la propuesta económica del postor y, por ende, si deben ser expresados solo con dos decimales; o si, únicamente, se aplican a las partidas generales que conforman la oferta económica. De acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española, el término “subtotal” es definido como “Suma parcial que ha de añadirse a otras cantidades para obtener el total general”. Bajo esas premisas, de la revisión de la normativa de contrataciones del Estado, se advierte que ésta no indica de manera expresa ni detallada qué tipo de conceptos, componentes o actividades son considerados como subtotales y que, por ende, deberían ser expresados solo con dos decimales. En ese sentido, de acuerdo a la consulta planteada, el término “subtotales”, podría referirse a las denominadas partidas o subpartidas, por ejemplo, correspondiendo a la Entidad la determinación de qué considerará subtotales; sin embargo, lo que sí precisa el citado artículo es que el monto total de la oferta y los subtotales que lo componen deben ser expresados en dos decimales. (Opinión N.º 086-2017/DTN, de 17-03-2017, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rau11b>).

§ 1380. **La Entidad puede reconocer el incremento del sueldo mínimo vital en un contrato de servicios bajo el sistema de contratación a precios unitarios, si previamente el titular de la Entidad hubiese aprobado la modificación de dicho contrato.** CONSULTA: 2. “¿Es factible que la Entidad reconozca el incremento de la remuneración mínima vital y los conceptos cuyo cálculo que depende de aquella, en una contratación de servicios cuya estructura de costos incluye el costo de la remuneración de personal, bajo el sistema de contratación a precios unitarios, pese a que el contrato no ha previsto fórmulas de reajuste?”. [...] 3. CONCLUSIÓN: La Entidad puede reconocer el incremento del sueldo mínimo vital y los conceptos cuyo cálculo depende de aquella, en un contrato de servicios bajo el sistema de contratación a precios unitarios, siempre que -previamente- el Titular de la Entidad hubiera aprobado la modificación de dicho contrato, conforme a las disposiciones contenidas en el artículo 142 del Reglamento [cfr. art. 160 del Nuevo Reglamento]. No obstante, si en la estructura de costos se hubiera considerado una remuneración que supera la remuneración mínima vital -aún después de que ésta se hubiera incrementado-, no cabría ajuste de los pagos al contratista, toda vez que no se estaría produciendo una afectación al precio de la oferta. (Opinión N.º 006-2017/DTN, de 04-01-2017, ff. 2 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ed9R29>).

§ 1381. **No es posible modificar la información contenida en la promesa de consorcio relacionada con la identificación, las obligaciones y el porcentaje de las obligaciones de los integrantes del consorcio, con ocasión de la suscripción del contrato de consorcio ni en la etapa de ejecución contractual.** 2.1.3. Ahora bien, debe indicarse que la Directiva N.º 002-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (D-018)] “*Participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado*” (en adelante, la “Directiva”) establece, entre otros aspectos, el contenido mínimo de las ofertas en consorcio para su presentación, en el marco de un procedimiento de selección. 2.1.4. [...] [R]esulta pertinente señalar que de acuerdo a lo establecido en el numeral 2 del acápite 7.4.2 de la Directiva, la información contenida en la promesa de consorcio, concerniente a: **i) la identificación de los integrantes del consorcio; ii) las obligaciones que corresponden a cada uno de los integrantes; y, iii) al porcentaje de las obligaciones de cada uno de los integrantes del consorcio** -contemplados en los literales a), d) y e) del numeral 1) del acápite 7.4.2 de la Directiva- **no puede ser modificada, con ocasión de la suscripción del contrato de consorcio, ni durante la etapa de ejecución contractual.** De lo expuesto, se desprende que la normativa de contrataciones del Estado dispone que **no es posible** modificar la información contenida en la promesa de consorcio, relacionada con la identificación, las obligaciones y el porcentaje de las obligaciones de los integrantes del consorcio, en ninguna de las siguientes etapas: i) Ni con ocasión de la suscripción del contrato de consorcio; esto es, desde el otorgamiento de la buena pro hasta la suscripción del contrato de consorcio, a efectos de suscribir el contrato con la Entidad; ii)

ni durante la etapa de ejecución contractual; comprendida desde el 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, hasta la recepción y conformidad -para bienes, servicios y consultorías en general-, o hasta la liquidación final del contrato -para consultorías de obras y ejecución de obras-, y el pago de las prestaciones inherentes al objeto del contrato. [...] 3.2. No es posible modificar la información contenida en la promesa de consorcio relacionada con la identificación, las obligaciones y el porcentaje de las obligaciones de los integrantes del consorcio, durante la etapa de ejecución contractual; comprendida desde el 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, hasta la recepción y conformidad -para bienes, servicios y consultorías en general-, o hasta la liquidación final del contrato -para consultorías de obras y ejecución de obras-, y el pago de las prestaciones inherentes al objeto del contrato. (Opinión N.º 070-2017/DTN, de 03-03-2017, ff. 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Bnma94>).

§ 1382. La forma de detallar las obligaciones de los consorciados en la promesa formal de consorcio es libre y depende exclusivamente de los intereses de los consorciados, aun así, se deben valorizar el conjunto de obligaciones que asumirán durante la ejecución contractual. 3.1. La forma de detallar las obligaciones de los consorciados en la promesa formal de consorcio es libre y depende exclusivamente de los intereses de los consorciados, quienes pueden consignar de manera general las obligaciones directamente vinculadas al objeto de la contratación, así como aquellas vinculadas a aspectos administrativos, económicos, financieros, etc.; o pueden detallarlas de manera específica, precisando los componentes de cada uno de estos tipos de obligaciones. 3.2. Los consorciados deben valorizar el conjunto de obligaciones que asumirán durante la ejecución contractual, estén o no vinculadas directamente al objeto de la contratación, e indicar el porcentaje que representa dicha valorización respecto del monto de la propuesta económica del consorcio, en número entero sin decimales; dicho porcentaje se determina libremente, como consecuencia de la negociación entre los integrantes del consorcio. [...] 3.4. En la promesa formal de consorcio no puede establecerse que las obligaciones que no estén vinculadas al objeto de la contratación serán subcontratadas, debido a que la promesa formal del consorcio solo detalla las obligaciones de los consorciados, mas no las obligaciones de los terceros que el consorcio subcontrate. 3.5. En un proceso de selección convocado para la contratación de una obra bajo la modalidad de concurso oferta, los integrantes del consorcio no deben valorizar cada una de las prestaciones principales (elaboración del expediente técnico y ejecución de la obra) de manera independiente, sino que deben valorizar el conjunto de obligaciones que asumirá cada uno durante la ejecución contractual, indicando el porcentaje que representan en conjunto respecto del monto de la oferta económica del consorcio, en número entero sin decimales. (Opinión N.º 073-2013/DTN, de 16-09-2013, ff. 3.1, 3.2, 3.4 y 3.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2StV2Pb>)

§ 1383. Si durante el periodo de ejecución contractual, la Remuneración Mínima Vital es aumentada, la Entidad deberá adoptar las medidas pertinentes para reajustar el monto del contrato. Si la remuneración pactada originalmente es mayor al monto de la remuneración mínima vital, incluso cuando esta es aumentada, entonces no corresponderá reajustar el precio, al no verificarse una afectación al precio de la oferta. CONSULTA: *“Si resulta posible reconocer al contratista el reajuste (incremento) en la estructura de costos provenientes de la Remuneración Mínima Vital Vigente (S/. 850.00 soles); y sobre que estructura de costo de la remuneración se aplicaría; toda vez, que si antes de la entrada en vigencia el 01/05/2016, se suscribió un contrato con el contratista con fecha 29/04/2016, en el marco de la estructura de costos de la Remuneración Mínima Vital anterior (S/. 750.00 soles); además, el monto de ingresos totales que perciben mensualmente los trabajadores del contratista (agentes y supervisores) que se aprecia en sus boletas de pago de remuneraciones y planilla de declaración y pago de aportes provisionales, fluctúan por encima de la Remuneración Mínima Vital (promedio: S/. 1,370.00 soles)” [...]. 2.2. [...] [E] penúltimo párrafo del artículo 31 del Reglamento [cfr. art. 52 del Nuevo Reglamento] establece que “Las ofertas deben 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 de bien, servicio en general, consultoría u obra a adquirir o contratar. Aquellos postores que gocen de alguna exoneración legal, no incluirán en su oferta los tributos respectivos.” (El subrayado es agregado). De las disposiciones citadas, se desprende que, tanto el valor estimado de un procedimiento de selección, como las ofertas presentadas por los postores, deben incluir todos los conceptos que incidan en el precio de la prestación a ser contratada; entre estos, los costos laborales aplicables conforme a la legislación vigente. De esta manera, la oferta del postor ganador de la Buena Pro comprende los costos laborales aplicables que se encuentran vigentes al momento en que fue presentada a la Entidad, siendo que, en principio, el postor ganador se encuentra obligado a celebrar contrato y ejecutar el íntegro de la prestación o prestaciones a su cargo, por el precio ofertado en dicha propuesta. 2.3. Preciado lo anterior, es necesario señalar que el artículo 109 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente: “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.”; por lo que, las normas legales que emita el gobierno y que incrementen la remuneración mínima vital se aplican de forma inmediata, desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, a menos que la propia norma legal establezca una *vacatio legis*, caso en el cual se aplicará a partir de su entrada en vigencia. Ahora bien, si el incremento de la remuneración mínima vital se produce durante la ejecución de un contrato cuya estructura de costos se encuentra conformada por los costos laborales, como en el caso de la prestación de servicios que implican intermediación laboral, y ello determina el incremento del costo de las prestaciones asumidas por el contratista, esto le ocasionará un costo adicional que no se encontraba previsto en su propuesta económica. En este supuesto, corresponderá a la Entidad adoptar las medidas que fueran pertinentes para reajustar el monto del contrato, a efectos que éste se ejecute de acuerdo con lo previsto originalmente, sin que ello determine un perjuicio económico para el contratista. Ello, con la finalidad de mantener el equilibrio económico financiero del contrato [...] No obstante, también cabe la posibilidad de que en la estructura de costos se haya considerado originalmente una remuneración superior a la remuneración mínima vital, incluso luego del incremento, por lo que en este supuesto no cabría ajuste de los pagos al contratista, toda vez que al no haberse calculado el precio de la oferta en base al monto vigente de la remuneración mínima vital, no se estaría produciendo una afectación al mismo. Esto último se encuentra acorde a lo señalado por la Ley en su artículo 34.1, según el cual las modificaciones que puedan aprobarse en un contrato 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 atención al principio de equidad. 2.4. En relación con lo anterior, es pertinente precisar que el reajuste del monto contractual implica la aprobación de presupuestos complementarios por parte de la Entidad; por lo que, antes de realizar dicho reajuste debe verificar si cuenta con disponibilidad presupuestal para ello. Así, sólo en caso que la Entidad cuente con recursos suficientes podría reajustar el monto del contrato. Ahora bien, si la Entidad no cuenta con la disponibilidad presupuestal necesaria para asumir dicho reajuste, podría adoptar alguna medida que le permita cumplir con la norma legal emitida sin variar el monto del contrato, como ordenar la reducción de prestaciones o, en última instancia, resolver el contrato. Ello, debido a que la Entidad no podría exigir la ejecución del contrato en las condiciones originalmente pactadas, si previamente no reajusta el monto del contrato, como se ha señalado previamente. Finalmente, debe indicarse que, si la Entidad no realiza alguna de las acciones anteriormente señaladas, y el contratista considera que no se le ha pagado el íntegro de la contraprestación correspondiente a la prestación que ejecutó, puede someter la controversia a conciliación y/o arbitraje. (Opinión N.º 191-2016/DTN, de 05-12-2016, ff. 2.2 al 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Q4oAho>).

§ 1384. La retribución o contraprestación que una Entidad debe pagar al proveedor por la venta de determinados bienes incluye el monto correspondiente a los tributos que resulten aplicables según la normativa vigente. 2.1. [...] [De] acuerdo con la normativa de contrataciones del Estado, las Entidades deben determinar el valor referencial de los bienes a ser adquiridos considerando el íntegro de los costos que incidan en su precio, entre estos: el IGV. Igualmente, los proveedores deben formular sus propuestas considerando todos los costos que incidan en el precio de los bienes ofertados, lo cual incluye el IGV. [...] Una vez que el proveedor ha cumplido con entregar los bienes pactados a la Entidad

y esta le ha entregado la respectiva conformidad, la Entidad tiene la obligación de pagar al proveedor la retribución o contraprestación pactada, la cual, normalmente, corresponde al monto de la oferta económica presentada por el proveedor durante el proceso de selección que dio origen al contrato. De esta manera, la retribución o contraprestación que una Entidad debe pagar al proveedor por la venta de determinados bienes incluye el monto correspondiente a los tributos que resulten aplicables según la normativa tributaria. (Opinión N.º 084-2011/DTN, de 04-10-2011, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Sbjlfu>).

§ 1386. La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto la posibilidad de que en el contrato de consorcio se indique que la obligación de facturación a la Entidad recaiga en más de un integrante del consorcio. CONSULTA: 2.3. *“Es posible desde la perspectiva de la regulación de los consorcios en la normativa de contrataciones del Estado que, en el marco de la participación de proveedores en consorcio en un procedimiento de selección, la obligación de facturación a la Entidad recaiga en más de un miembro del consorcio, de modo que la Entidad pueda recibir facturas por cada uno de estos miembros (autorizados por la promesa de consorcio y el contrato de consorcio) por montos parciales?”* (Sic). Como requisito para la suscripción del respectivo contrato los integrantes del consorcio deben perfeccionar la promesa formal a través de un contrato de consorcio, conforme lo dispone el artículo 117 del Reglamento [cfr. art. 139 del Nuevo Reglamento]. Al respecto, el numeral 7.7 de la Directiva N.º 002-2016-OSCE/CD [cfr. numeral 7.7 de la Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (**D-018**)], “Participación de Proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado”, precisa el contenido con el que debe cumplir el contrato de consorcio, detallándose los siguientes requisitos: “[...] 2. **Identificar al integrante del consorcio a quien se efectuará el pago y emitirá la respectiva factura** o, en caso de llevar contabilidad independiente, señalar el Registro Único de Contribuyentes (RUC) del consorcio. 3. [...]” (El resaltado es agregado). Conforme a la norma citada, el contrato de consorcio debe contener de forma expresa la identificación del integrante del consorcio a quien se efectuará el pago y emitirá la respectiva factura o, en caso de llevar contabilidad independiente, señalar el RUC del consorcio, este es un requisito que forma parte del contrato de consorcio y como tal forma parte del contrato suscrito con la Entidad. En ese sentido, la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto la posibilidad de que en el contrato de consorcio se indique que la obligación de facturación a la Entidad recaiga en más de un integrante del consorcio; por tanto, no es posible que la Entidad realice el pago a cada uno de los miembros del consorcio en función al porcentaje de sus obligaciones en la ejecución del objeto de la contratación. (Opinión N.º 165-2016/DTN, de 13-10-2016, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TOPGLv>).

REMISIÓN

§ 1386a. Sobre la participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado. Véase también la jurisprudencia de la Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD [§ 2239 ss.].

TÍTULO V MÉTODOS DE CONTRATACIÓN

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN

Artículo 53: Procedimientos de selección

53.1. Para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías u obras, la Entidad utiliza, según corresponda, los siguientes procedimientos de selección:

- a) Licitación Pública.
- b) Concurso Público.
- c) Adjudicación Simplificada.
- d) Subasta Inversa Electrónica.
- e) Selección de Consultores Individuales.
- f) Comparación de Precios.
- g) Contratación Directa.

53.2. La determinación del procedimiento de selección se realiza en atención al objeto de la contratación, la cuantía y las demás condiciones para su empleo previstos en la Ley y el Reglamento.

53.3. En el caso de contrataciones que involucren un conjunto de prestaciones de distinta naturaleza, el objeto se determina en función a la prestación que represente la mayor incidencia porcentual en el valor referencial o valor estimado de la contratación.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1387. El objeto contractual se determina en función a la prestación que representa la mayor incidencia porcentual en el valor referencial de la contratación. CONSULTA: 2.1. *“En todos los expedientes técnicos siempre tenemos 3 insumos más relevantes como son (mano de obra, materiales, y equipos), y siempre el insumo “materiales” pues representa la mayor incidencia respecto al costo directo y por ende al valor referencial, en ese sentido sería correcto interpretar teniendo en consideración lo que suscribe el artículo antes mencionado del reglamento, que como la adquisición de materiales vale decir “bienes” es el que más gasto demanda en el costo del proyecto, pues se debería optar por un proceso de adquisición de bienes?, ¿De ser esa interpretación lo correcta, cuando determinar que debería ser una obra, si en todos los casos siempre lo que más gasto demanda en un proyecto cualquiera, siempre será la adquisición de materiales o bienes?”* [...] 2.1.3. [...] [La] determinación del procedimiento de selección corresponde a la Entidad, la cual toma en consideración, entre otros aspectos, el “objeto de la contratación”, el mismo que recae en la prestación que determina la esencia de la contratación, partiendo de la naturaleza y características particulares del requerimiento formulado por el área usuaria de la Entidad. [...] resulta distinto al supuesto regulado en el numeral 32.2 del artículo 32 del Reglamento [cfr. art. 53.3 del Nuevo Reglamento], referido a las ‘contrataciones que involucren un conjunto de prestaciones de distinta naturaleza’, puesto que en estas contrataciones el objeto está compuesto por varias prestaciones diferenciadas entre sí; por lo que -en dicho contexto- el “objeto contractual” se determina en función a la prestación que representa la mayor incidencia porcentual en el valor referencial de la contratación. A manera de ejemplo, puede mencionarse la compra de computadoras, en la cual el contratista, adicionalmente, deberá brindar el mantenimiento de las mismas. En este supuesto, tendríamos dos prestaciones diferenciadas entre sí, una correspondiente a la entrega de bienes y otra referida al servicio de mantenimiento; siendo que el “objeto de la contratación” será el correspondiente a la prestación de mayor incidencia porcentual en el valor referencial del contrato. (Opinión N.º 004-2018/DTN, de 11-01-2018, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T6wKvZ>).

§ 1388. Corresponde a cada Entidad determinar el objeto de sus contrataciones, teniendo en consideración, para tal efecto, la naturaleza y características particulares del requerimiento formulado por el área usuaria. CONSULTA: 2.2. *“¿bajo qué criterio técnico se debería determinar el tipo u objeto de contratación de una obra, sabiendo que las terminologías considerados como “obra” en el numeral 33 del anexo único del Reglamento, no son los mismos que considera como naturalezas de intervención hoy en día en el marco de INVIERTE.PE que regula hoy en día los proyectos de inversión pública?, ¿es correcto concluir y determinar que no es una “obra” aquel proyecto que no utilice uno de los términos suscritos en el numeral 33 del anexo único del Reglamento?”* [...] [Las] consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado; motivo por el cual, no se es competente para emitir una opinión en el marco de las disposiciones que

corresponden al Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones (conocido como INVIERTE.PE), cuyo ente rector es la Dirección General de Inversión Pública del Ministerio de Economía y Finanzas. Sin perjuicio de ello, conforme a lo indicado al absolver la consulta anterior, corresponde a cada Entidad determinar el objeto de sus contrataciones, teniendo en consideración, para tal efecto, la naturaleza y características particulares del requerimiento formulado por el área usuaria, las reglas establecidas en el artículo 32 del Reglamento [cfr. art. 53 del Nuevo Reglamento] -según corresponda- y las definiciones previstas en el Anexo Único del Reglamento, "Anexo de Definiciones". (Opinión N.º 004-2018/DTN, de 11-01-2018, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T6wKvZ>).

Artículo 54: Convocatoria

54.1. La convocatoria de los procedimientos de selección, con excepción de la Comparación de Precios, se realiza a través de la publicación en el SEACE, e incluye la siguiente información:

- a) La identificación, domicilio y RUC de la Entidad que convoca;
- b) La identificación del procedimiento de selección;
- c) La descripción básica del objeto del procedimiento;
- d) El valor referencial en los casos previstos en el artículo 18 de la Ley, salvo en el caso de que este sea reservado conforme a lo previsto en el artículo 34;
- e) El costo de reproducción de los documentos del procedimiento de selección que se registren con la convocatoria;
- f) El calendario del procedimiento de selección;
- g) El plazo para el cumplimiento de las prestaciones; y,
- h) La indicación de los instrumentos internacionales bajo cuyos alcances se encuentra cubierto el procedimiento de selección, información que es incluida por el SEACE.

54.2. La convocatoria incluye la publicación en el SEACE de las bases o las solicitudes de expresión de interés, según corresponda.

54.3. En aquellos procedimientos de selección que se encuentren bajo la cobertura de uno o más instrumentos internacionales, el OSCE se encarga de elaborar y publicar una versión en idioma inglés de la convocatoria.

54.4. Las Entidades pueden utilizar, adicionalmente, otros medios a fin de que los proveedores puedan tener conocimiento de la convocatoria del procedimiento de selección.

DEFINICIONES

CALENDARIO DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN: El cronograma de la ficha de convocatoria en el que se fijan los plazos de cada una de las etapas del procedimiento de selección.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1389. En toda convocatoria a un proceso de selección deberá incluirse obligatoriamente el calendario del proceso de selección, el cual incluirá la fecha en la cual se producirá la integración de las bases. 2.2. De acuerdo con el artículo 50º del Reglamento [cfr. art. 54 del Nuevo Reglamento], la convocatoria de todo proceso de selección deberá contener obligatoriamente, entre otros aspectos, el calendario del proceso de selección. En dicho calendario debe establecerse las fechas en las cuales se efectuará cada uno de los actos que comprenden el desarrollo de un proceso de selección. Así, se incorporará en él las fechas en las cuales, entre otros, se formularán consultas y/u observaciones, se absolverán éstas, así como la fecha en la cual se producirá la integración de Bases [...] 2.4. Ahora bien, para dar inicio a la convocatoria de un proceso de selección es necesario que se indique en el calendario inicial la fecha



única en la cual se efectuará la integración de Bases. (Opinión N.º 017-2009/DTN, de 15-04-2009, ff. 2.2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Cjtgeu>).

Artículo 55: Registro de participantes

55.1. Todo proveedor que desee participar en un procedimiento de selección se registra como participante, debiendo contar para ello con inscripción vigente en el RNP, conforme al objeto de la contratación.

55.2. El registro de participantes es gratuito y electrónico, a través del SEACE. Tratándose de obras el registro otorga el derecho al participante a recabar el expediente técnico de obra, previo pago de un derecho que no puede ser mayor al costo de reproducción de dicho expediente.

55.3. El proveedor que se registra como participante se adhiere al procedimiento de selección en el estado en que se encuentre.

55.4. El registro de participantes se lleva a cabo desde el día siguiente de la convocatoria hasta antes del inicio de la presentación de ofertas o recepción de expresiones de interés, según corresponda.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1390. **La solicitud de ampliación de plazo, en el caso de obras, puede presentarse con anterioridad o posterioridad al término del plazo de ejecución contractual, pero siempre dentro de los quince días siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o de concluida la circunstancia invocada.** CONSULTA: 2. “*Si la necesidad de ejecutar la prestación adicional de obra fue anotada (en el cuaderno de obra) dentro del plazo de ejecución de obra; y esta (adicional) fue aprobada y notificada fuera del plazo de ejecución de obra ¿Es procedente solicitar ampliación de plazo (por la causal de adicional) fuera del plazo de ejecución de obra?*”. [...] **2.4.** [...] [Es] importante precisar que la notificación de la aprobación del adicional de obra así como la conclusión de la circunstancia invocada puede ocurrir con anterioridad o con posterioridad al término del plazo de ejecución contractual, sin que ello dependa de la voluntad del contratista. En esa medida, la solicitud de ampliación de plazo, en el caso de obras, puede presentarse con anterioridad o posterioridad al término del plazo de ejecución contractual, pero siempre dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o de concluida la circunstancia invocada. Finalmente, debe señalarse que es competencia de la Entidad definir si otorga la ampliación de plazo de obra solicitada por el contratista, debiendo, para ello, evaluar si se ha configurado y justificado alguna de las causales contempladas en el artículo 169 del Reglamento [cfr. art. 197 del Nuevo Reglamento]. (Opinión N.º 272-2017/DTN, de 29-12-2017, ff. 2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ln92Et>).

§ 1391. **Si las bases integradas no incorporan fórmulas de reajuste, el proveedor se somete a dichas reglas. Si una Entidad requiere efectuar modificaciones al contrato, relacionadas con el precio ofertado por el contratista, debe cumplir con efectuar el análisis correspondiente y emitir el sustento respectivo, esta debe ser aprobada por el Titular de la Entidad.** CONSULTA: 2.1. “*¿Procede efectuar el pago por reajuste de precios cuando las bases integradas del procedimiento de selección no lo establece?*”. [...] [La] inclusión de las fórmulas de reajuste en una determinada contratación de servicios, es una facultad que corresponde a cada Entidad, y por tanto, no es obligatorio que sean incluidas en los documentos del procedimiento de selección. Siendo así, cuando las bases integradas no incorporan fórmulas de reajuste, el proveedor, al presentar su oferta, se somete a dichas reglas, debiendo respetarlas en la ejecución del contrato, sin considerar incrementos o reducciones en los precios. [...] con posterioridad a la celebración del contrato, no es posible que el contratista solicite la aplicación de fórmulas de reajuste si es que estas no fueron incorporadas en las Bases en su oportunidad. **2.2.** “*¿Si las bases integradas del procedimiento de selección han establecido que la modalidad de suma alzada, procede el reajuste de precios aduciendo que por la naturaleza del bien la modalidad correcta correspondía al sistema de precios unitarios?*”. [...] [La] Entidad es responsable, en función de su requerimiento, de definir el sistema de

contratación correcto para el procedimiento de selección, información que no es posible modificar de oficio, toda vez que constituye parte del expediente de contratación aprobado. 2.3. “Si las bases integradas del procedimiento de selección no establecieron el reajuste de precios, la Entidad puede reconocerlos y pagarlas vía modificación del contrato de conformidad al numeral 34.1 de la LCE y el Art. 142º del RLCE?” [...] [Si] una Entidad requiere efectuar modificaciones al contrato, que se encuentren relacionadas con el precio ofertado por el contratista, debe cumplir con efectuar el análisis correspondiente y emitir el sustento respectivo, de conformidad con lo señalado en el artículo 142 del Reglamento [cfr. art. 160 del Nuevo Reglamento], precisando que dicha modificación debe ser aprobada por el Titular de la Entidad, facultad que es indelegable. [...] debe recordarse que la modificación contractual es una figura distinta a la aplicación de reajustes dentro del contrato, toda vez que la primera de estas supone una variación en el contrato por causas sobrevinientes al mismo; mientras que la segunda es una herramienta que la Entidad puede prever en las bases del procedimiento, con el propósito de mantener una adecuada relación de equivalencia entre las prestaciones ejecutadas por el contratista y el pago que la Entidad debe efectuar, a lo largo de la ejecución contractual. (Opinión N.º 173-2017/DTN, de 15-08-2017, ff. 2.1, 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2C17ehm>).

§ 1392. En la modalidad concurso oferta, se puede añadir prestaciones adicionales durante la elaboración del expediente si no modifican el alcance del monto de la obra; y luego de elaborado, si se advierte que el contratista debe ejecutarlas, bajo los límites de la ley. CONSULTA: 2.1. En caso que en un proceso convocado bajo la modalidad de concurso oferta, luego de adjudicada la buena pro e iniciada la ejecución contractual con un expediente técnico aprobado mediante Resolución concordante con las metas del Perfil Técnico y en la etapa de ejecución de la obra se tiene por conveniente ejecutar obras complementarias indispensables, las que no estaban previstas en el Perfil Técnico, ¿Se podría dar un adicional de obra al contratista mediante una adenda? 2.2. En el caso de los concursos ofertas, ¿Cuál es la fecha que debe servir para aplicar la fórmula de reajuste? [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Podrá ordenarse prestaciones adicionales durante la elaboración del expediente técnico de las obras convocadas bajo la modalidad de concurso oferta, siempre que dichas prestaciones adicionales no modifiquen el alcance de la obra de tal manera que se afecte el monto ofertado por el postor para su ejecución. Asimismo, una vez elaborado el expediente técnico definitivo y ante situaciones imprevistas no contempladas en el proyecto, podrá ordenarse prestaciones adicionales si se advierte que el contratista debe ejecutar en la obra menores o mayores prestaciones a las proyectadas, con las limitaciones impuestas por la Ley. 3.2. El reajuste de precios debe efectuarse a partir de la fecha de determinación del presupuesto de obra, la que forma parte del expediente técnico de obra. (Opinión N.º 028-2011/DTN, de 02-03-2011, ff. 2.1, 2.2, 3 al 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EGVeEf>).



Artículo 56: Cómputo de plazos

Los plazos en los procedimientos de selección, desde su convocatoria hasta el perfeccionamiento del contrato, se computan por días hábiles. No son hábiles los días sábado, domingo y feriados no laborables, y los declarados no laborables para el sector público. El plazo excluye el día inicial e incluye el día de vencimiento, salvo disposición distinta establecida en el Reglamento.

Artículo 57: Prórrogas o postergaciones

La prórroga o postergación de las etapas de un procedimiento de selección son registradas en el SEACE modificando el calendario original. El comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, comunica dicha decisión a través del SEACE y, opcionalmente, a los correos electrónicos de los participantes.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1393. Los principios de transparencia, igualdad de trato a proveedores y de libre competencia como límites a la facultad de reprogramación de fechas para la presentación de ofertas en un proceso de selección. 19. El Impugnante señala que el acto de presentación de ofertas, originalmente, estaba programado para el 17 de agosto de 2016, a horas 4:00 p.m.; no obstante ello, debido a una supuesta falta de disponibilidad del notario público, la Entidad reprogramó dicho acto para el mismo día, a horas 8:30 a.m. Precisa que la reprogramación aludida se efectuó a último momento y en inobservancia de las disposiciones legales que rigen la materia, pues, según indica, esta modificación recién fue publicada en el SEACE un día antes y a horas 10:42 p.m., según consta en la plataforma electrónica aludida. Manifiesta que, pese a que el comité de selección tuvo siete días para realizar las coordinaciones que correspondían a la designación del notario público, es decir, desde el 8 de agosto de 2016 [fecha previa a la integración de las bases], aquél no las realizó de forma oportuna. Alega que aun cuando existía la posibilidad de reprogramar la presentación de ofertas para el 17 de agosto de 2016, a horas 6:00 p.m., o para una fecha posterior, se optó por adelantar el horario del acto en mención, beneficiándose, a su entender, de forma ilegal al ganador de la buena pro con la adjudicación de un monto equivalente al 99.63% del valor estimado. Añade que los hechos expuestos transgreden los principios de legalidad y libre concurrencia de proveedores, así como lo dispuesto en el artículo 36 del Reglamento, precisando que si bien dicha disposición legal establece la posibilidad de realizar prórrogas o postergaciones, no permite adelantar horas o fechas, conforme ocurrió en el caso concreto. 20. En torno a lo anterior, mediante el escrito remitido como Informe Técnico Legal, la Entidad señala que haber adelantado el horario de presentación de ofertas tiene sustento en la no disponibilidad de notario público, ya sea debido a que tenían compromisos o la onerosidad del costo de sus servicios profesionales. Precisa que, en su oportunidad, se tuvo la necesidad de efectuar el pago por adelantado al señor [...], Notario Público de Huaraz, a fin de fijarse el 17 de agosto de 2016, a horas 8:30 a.m., como la fecha de presentación de ofertas. Expresa que si bien el comité de selección contaba con siete días para realizar las coordinaciones que correspondían a la contratación de un notario público, los integrantes de aquél no se dedican exclusivamente a dichas labores, sino que ocho horas diarias realizan actividades propias de sus funciones como trabajadores de la Entidad. Manifiesta que no se transgredió el principio de libre concurrencia ni disposición legal alguna que rige la materia, pues sólo se adelantó el horario del acto en alusión sin haberse variado la fecha ni el lugar en el que dicho acto se efectuaría. Añade que el Impugnante y, en general, quienes participan en el procedimiento, tenían la responsabilidad de realizar el permanente seguimiento de este a través del SEACE. 21. [...] Según se evidencia, las bases integradas del procedimiento de selección establecieron, de forma originaria, el 17 de agosto de 2016, a horas 16:00 p.m., como fecha de presentación de ofertas. 22. Nótese [...] [Que] obran las modificaciones en el horario de presentación de ofertas originario, debido a la falta de disponibilidad de notario público, las cuales se publicaron el 16 de agosto de 2016, esto es, un día antes de la fecha en la que estaba prevista, y a horas que se delimitan entre 22:36 p.m. y 22:59 p.m., debiendo precisarse que, de la revisión del “detalle” de la información contenida en el rubro N.º 14, se aprecia [...] que si bien con las modificaciones aludidas se mantuvo la fecha y lugar de presentación de ofertas para el 16 de agosto de 2016, se adelantó la hora de dicho acto a 8:30 a.m., siendo que dicha reprogramación devino en definitiva. 23. En torno a lo anterior, resulta pertinente señalar que el artículo 36 del Reglamento establece que “la prórroga o postergación de las etapas de un procedimiento de selección deben registrarse en el SEACE modificando el calendario original. El comité de selección comunica dicha decisión a través del SEACE y, correos electrónicos de los participantes”. Del texto precitado, se aprecia que dicha disposición legal, únicamente, hace referencia explícita a la facultad del comité de selección de realizar una prórroga o postergación de las etapas del procedimiento de selección que, de ser el caso, modificaría el calendario original, precisándose que la modificación en alusión deberá ser registrada en el SEACE. En ese sentido, es preciso señalar que el adelanto ya sea de horarios o fechas, conforme ocurrió en el caso concreto, no tiene sustento y/o base legal, más aun en dichos casos en que tal situación trastoca la competencia y la igualdad de oportunidades para los postores al momento de participar en el procedimiento. En ese sentido, situaciones como la descrita afectan principios establecidos en la Ley que consisten en la liber-

dad de concurrencia y transparencia. En efecto, la libre concurrencia de los postores en un proceso de selección es uno de los principios en los que se fundamenta el sistema de contratación pública, el cual también implica el principio de igualdad de trato entre los proveedores. Todo ello se complementa con el principio de transparencia, que Implica, entre otros aspectos, la existencia de procedimientos claros e iguales para todos los participantes en un proceso de selección y la ausencia de la ambigüedad en el pliego de condiciones. Al respecto, es preciso señalar que el principio de libertad de concurrencia se encuentra regulado en el literal a) del artículo 2 de la Ley, la cual dispone que “las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen (...)”. Por otro lado, el principio de transparencia, establecido en el literal c) del artículo en mención, prevé que “las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que el proceso de contratación sea comprendido por los proveedores garantizando la libertad de concurrencia, y se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad (...)”. Dichos principios, entre otros, son criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la Ley y su Reglamento, así como de parámetros para la actuación de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones [...] (Resolución N.º 2421-2016-TCE-S2, 12-10-2016, de 19 al 23. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2TeChQv>).

§ 1394. La normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de realizar prorrogas y/o postergaciones que aplazarán las etapas del proceso siempre y cuando sean registradas en el SEACE hasta el mismo día señalado en el cronograma del proceso. 6. [...] Entre los cuestionamientos formulados por el impugnante en su recurso de apelación, se advierte que éste cuestiona la actuación del comité de selección al momento de postergar el acto de presentación de propuestas, calificación y evaluación de propuestas, y otorgamiento de la buena pro, pues habría modificado el calendario inicialmente establecido, generando la imposibilidad material de que se presenten las ofertas. Asimismo, indica que dicho órgano colegiado no cumplió con verificar si el Adjudicatario cumplió con los requisitos de calificación especificados en las Bases, ya que no se evidencia en ninguna de las actas publicadas en el SEACE. 7. A partir de lo expuesto, en principio cabe mencionar que el artículo 33 del Reglamento [cfr. art. 54 del Nuevo Reglamento] precisa que la convocatoria de los procedimientos de selección, con excepción de la comparación de precios, se realiza a través de la publicación en el SEACE, y debe incluir, entre otros, el calendario del procedimiento de selección. 8. En concordancia con lo anterior, el artículo 36 del Reglamento [cfr. art. 57 del Nuevo Reglamento] precisa que las etapas y los actos del procedimiento de selección pueden ser materia de prórroga o postergación por el comité de selección, debiéndose registrar en el SEACE modificando el calendario original. 9. Asimismo, el literal s) del numeral 9.1 correspondiente a la Sección IX de la Directiva N.º 006-2016-OSCE/CD [cfr. núm. 9.1.4.u de la Directiva N.º 007-2019-OSCE/CD (D-007)] precisa sobre [a postergación de las etapas del procedimiento de selección que, “a través de esta opción se podrá registrar la postergación de la realización de una etapa del procedimiento o la prórroga para la finalización de la misma, correspondiendo su utilización en el caso de la suspensión de actos del procedimiento. El registro podrá efectuarse hasta el mismo día señalado en el cronograma del proceso y deberá ser comunicada a los participantes o postores, según sea el caso a través del SEACE, señalando el motivo de la postergación o prórroga” (el subrayado es agregado). (Resolución N.º 1206-2016-TCE-S4, de 25-05-2016, ff. 6 al 9. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2TkrUaA>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1395. Los “plazos máximos” determinados por la normativa en contrataciones del Estado deben ser observados por las Entidades al momento de elaborar el calendario del procedimiento de selección. El número máximo de días que deban tener las prórrogas o postergaciones deben tener un límite razonable, considerando la complejidad o magnitud de la situación que las origine. CONSULTA: 2.1. “¿Si en mérito de lo dispuesto en el artículo 36 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente, es factible efectuar prórrogas o postergaciones al plazo legalmente establecido para la absolución de consultas y observaciones, respectivamente en el numeral 51.4 del artículo 54 del citado Reglamento, o en su caso, en el numeral 1 del artículo 67 del mismo cuerpo normativo?” [...] 2.1.3. [La]

interrogante planteada busca determinar si los plazos para absolver consultas y observaciones, establecidos en los numerales 51.4 y 67.1 de los artículos 51 y 67 del Reglamento [cfr. arts. 72.5 y 89.a del Nuevo Reglamento], respectivamente, deben considerarse como topes o parámetros para efectuar una prórroga o postergación. Sobre el particular, corresponde aclarar que los “plazos máximos” que establecen ambos artículos deben ser observados por las Entidades al momento de elaborar el calendario del procedimiento de selección, es decir, durante la fase de actos preparatorios. Así, por ejemplo, tratándose de una Licitación Pública, la Entidad, al momento de elaborar las Bases y programar el calendario del procedimiento de selección, puede considerar un plazo de entre uno (1) a cinco (5) días hábiles, como máximo, para realizar la absolución de consultas y observaciones; no obstante, si durante el desarrollo del procedimiento, se suscitara situaciones excepcionales que ameriten ampliar su duración o aplazar su realización, el comité de selección u órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, podría disponer la prórroga o postergación de la misma. Por ende, los plazos señalados en los numerales 51.4 y 67.1 de los artículos 51 y 67 del Reglamento, respectivamente, no deberán entenderse como topes máximos al momento de efectuar una prórroga o postergación. No obstante, ello, debe tenerse en cuenta que si bien la normativa de contrataciones del Estado no establece un número máximo de días que deban tener las prórrogas o postergaciones, ello no significa que estas puedan ser cuantificadas de manera arbitraria, sino por el contrario, deben tener un límite razonable, considerando la complejidad o magnitud de la situación que las origine. (Opinión N.º 075-2018/DTN, de 31-05-2018, f. 2.1.3 Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DZhvqx>).

§ 1396. **El límite de veces en que el comité de selección pueda prorrogar o postergar las etapas debe utilizarse cuando sea estrictamente necesario.** CONSULTA: 2.2. “¿Existe algún límite para establecer el número de prórrogas o postergaciones a ser realizadas respecto de etapa de absolución de consultas y observaciones?”. Al respecto, debe indicarse que si bien la normativa de contrataciones del Estado no establece un límite de veces en que el comité de selección u órgano encargado de las contrataciones pueda prorrogar o postergar las etapas de un procedimiento de selección, debe tomarse en cuenta que dicha potestad tiene un carácter excepcional, razón por la que solo debe utilizarse cuando sea estrictamente necesario y medien razones que la justifiquen. Finalmente, es importante mencionar que se debe procurar que la realización de una prórroga o postergación no exponga a la Entidad en una situación de desabastecimiento. (Opinión N.º 075-2018/DTN, de 31-05-2018, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DZhvqx>).

Artículo 58: Régimen de notificaciones

Todos los actos que se realicen a través del SEACE durante los procedimientos de selección, incluidos los realizados por el OSCE en el ejercicio de sus funciones, se entienden notificados el mismo día de su publicación. La notificación a través del SEACE prevalece sobre cualquier medio que se haya utilizado adicionalmente, siendo responsabilidad de quienes intervienen en el procedimiento el permanente seguimiento de este a través del SEACE.

Artículo 59: Idioma de la documentación y otras formalidades

59.1. Los documentos que acompañan a las expresiones de interés, las ofertas y cotizaciones, según corresponda, se presentan en idioma español. Cuando los documentos no figuren en idioma español, se presenta la respectiva traducción por traductor público juramentado o traductor colegiado certificado, según corresponda, salvo el caso de la información técnica complementaria contenida en folletos, instructivos, catálogos o similares, que puede ser presentada en el idioma original. El postor es responsable de la exactitud y veracidad de dichos documentos.

59.2. Las solicitudes de expresiones de interés, ofertas y cotizaciones son suscritas por el postor o su representante legal, apoderado o mandatario designado para dicho fin.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1397. La documentación que contiene información esencial debe contar con traducción.
 5. [P]ara saber si un documento de la propuesta técnica de un postor que se encuentra en idioma extranjero debe estar acompañado de su traducción oficial es necesario determinar si se trata de un documento que contiene información esencial o no. [...] De acuerdo con lo expuesto en las bases integradas, los postores debían presentar la traducción de ciertos documentos en caso se encuentren en idioma extranjero entre los que se encuentra el certificado de buenas prácticas de manufactura; sin embargo, en ningún caso se requería la traducción oficial de los mismos, por lo que puede concluirse que no se trata de documentos esenciales dentro de las propuestas técnicas de los postores. (Resolución N.º 057-2006-TC-SU, de 23-01-2006, f. 5. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2T2mp42>).

§ 1398. La información técnica complementaria contenida puede ser presentada en su idioma original, sin ser necesario adjuntar la respectiva traducción con o sin valor oficial o traducción certificada. Si dichos documentos contienen información referida a los requisitos para la admisión de las ofertas, necesariamente deben ser presentados en idioma castellano o acompañados de traducción. 13. [El] artículo 38 del Reglamento [cfr. art. 59 del Nuevo Reglamento] establece que los documentos que acompañen a las solicitudes de precalificación, las solicitudes técnicas, las expresiones de interés, las ofertas y cotizaciones, según corresponda, se presentan en idioma castellano o, en su defecto, acompañados de traducción oficial o sin valor oficial efectuada por traductor público juramentado o traducción certificada efectuada por traductor colegiado certificado, salvo el caso de la información técnica complementaria contenida en folletos, instructivos, catálogos o similares, que puede ser presentado en el idioma original [...]. [Aquellos] documentos que contengan información referida a los requisitos para la admisión de las ofertas, los factores de evaluación y/o los requisitos de calificación, emitidos en un idioma distinto al castellano, deberán estar acompañados de traducciones oficiales o sin valor oficial, traducciones certificadas que cumplan con las condiciones señaladas en las normas de la materia; con la finalidad que la oferta sea admitida o, de ser el caso, evaluada con el puntaje correspondiente, y/o calificada. No obstante, cuando se trate de información técnica complementaria contenida en folletos, instructivos, catálogos o similares, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que dicha información pueda ser presentada en su idioma original, sin ser necesario adjuntar la respectiva traducción con o sin valor oficial o traducción certificada, Sin embargo, si dichos documentos (folletos, instructivos, catálogos o similares) contienen información referida a los requisitos para la admisión de las ofertas, los factores de evaluación y/o los requisitos de calificación, necesariamente deben ser presentados en idioma castellano o, en su defecto, acompañados de traducción oficial o sin valor oficial o traducción certificada [...]. (Resolución N.º 2757-2016- TCE-S1, de 23-11-2016, f. 13. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2qWcFYM>).

§ 1399. Obligación de presentar una traducción certificada u oficial en la propuesta técnica.
 1. [...] [El] postor que presentó la mejor propuesta y fue adjudicado con la buena pro no cumplió con acompañar ciertos documentos que contenían información referida a los requisitos para la admisión de propuestas, con la respectiva traducción OFICIAL O CERTIFICADA, efectuada ya sea por traductor público juramentado o por traductor colegiado certificado, según corresponda, dentro de su propuesta técnica, de conformidad con lo establecido en el artículo 62 del Reglamento [cfr. art. 59 del Nuevo Reglamento]; razón por la cual, en atención al principio de legalidad, corresponde descalificar dicha propuesta.
 2. En este contexto, y luego de un análisis que ha llevado a privilegiar la seguridad jurídica que nuestro ordenamiento demanda, el Vocal suscrito se siente en la obligación de expresar su desazón por tener que aplicar -en virtud del principio de legalidad, que en su acepción más amplia inspira la actividad de la administración pública- un dispositivo reglamentario que forma parte del ordenamiento legal vigente y que debiera ser modificado, toda vez que la exigencia de presentar la traducción CERTIFICADA U OFICIAL de todos los documentos que en idioma extranjero tuviera que presentar un postor, constituye un requisito que origina la descalificación de la propuesta, como ha sucedido en el presente caso, y no hace sino afectar los fines propios y más directos de las compras estatales.
 3. Bajo tales consideraciones, en opinión del Vocal que emite el presente voto singular, tanto la imposibilidad de presentar traducciones



simples en la propuesta (especialmente cuando se trata de documentos de origen privado) (Artículo 62 del Reglamento), como también la exigencia de presentar traducciones oficiales (y no certificadas) para la suscripción del contrato, contraen una serie de inconvenientes en los agentes y operadores que participan en las contrataciones del Estado peruano, que no hacen sino, como resultado de un análisis de costos y beneficios, dificultar la obtención de las finalidades perseguidas. 8. [...] En tal sentido, será necesario ver otros medios más eficientes y eficaces, para efectos de asegurar la veracidad e idoneidad de los documentos de origen extranjero (incluidos los que se encuentran en idioma castellano) que presentan los proveedores del Estado. El principio de razonabilidad contemplado en la Ley del Procedimiento Administrativo General obliga a indagar nuevas formas menos onerosas y efectivas para lograr el referido propósito. En todo caso, los principios de simplificación administrativa, de presunción de veracidad y la fiscalización posterior, deben constituir el punto de partida de todo esfuerzo que se despliegue. (Resolución N.º 323-2014-TC-S4, de 03-03-2014, ff. 1, 2, 3 y 8. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2Psmuwc>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1400. **Los documentos traducidos en el extranjero no pueden ser presentados en los procesos de selección. Procedimiento para la traducción de documentos cuando no exista traductor público juramentado o traductor colegiado certificado en determinado idioma.** CONSULTA: 2.1. *“Es posible que un traductor colegiado certificado o traductor público en el extranjero -a través de una traducción certificada o la que haga sus veces en el país de origen- realice la traducción al idioma castellano de los documentos a que se refiere el Art. 38 del Reglamento de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo N.º 350-2015-EF), y que dicha traducción certificada con la legalización del consulado peruano o con la Apostilla de La Haya sea considerada válida para ser presentada en los procesos de selección para todas sus etapas?”.* [...] 2.1.4. [...] [Las] traducciones que admite la normativa de contrataciones del Estado son aquellas i) traducciones oficiales o sin valor oficial emitidas por traductor público juramentado designado por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú o ii) traducciones certificadas realizadas por traductor colegiado certificado del Colegio de Traductores del Perú, dado que estas se encuentran avaladas por sus respectivas instituciones y ofrecen mecanismos que garantizan su fidelidad; no siendo posible presentar traducciones distintas o emitidas mediante otra fuente. 2.1.5. Sin perjuicio de lo señalado, resulta necesario precisar que el artículo 38 del Reglamento [cfr. art. 59 del Nuevo Reglamento] no ha previsto el procedimiento a seguir en caso no exista traductor público juramentado o traductor colegiado certificado en determinado idioma; sin embargo, ante tal situación debe tomarse en consideración lo previsto en la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento, la cual establece: *“En lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, solo en ausencia de estas, las de derecho privada”.* En esa medida, a efectos de determinar las formalidades que deben cumplir las traducciones cuando no exista traductor público juramentado ni traductor colegiado certificado, es necesario revisar la normativa general que regula esta materia. Así, el artículo 52 del Reglamento de TPJ, respecto de las traducciones especiales, señala lo siguiente: *“En el caso de traducciones del castellano a otros idiomas o viceversa, que no puedan ser efectuadas por no existir Traductor Público Juramentado, merecerá fe pública la traducción realizada por: a) Embajada acreditada ante el Estado peruano. b) Universidad que cuente con Facultad de Traducción. c) Centro de enseñanza del idioma que se desee traducir. d) Entidad especializada que cuente con personal que pueda traducir. e) Traductor especializado en el idioma requerido. En los casos señalados en los incisos anteriores, la traducción merecerá fe pública cuando sea registrada por la Junta de Vigilancia de Traductores Públicos Juramentados.”* (El subrayado es agregado). Como se aprecia, la normativa especial sobre la materia ha fijado el procedimiento, formalidades e instituciones y/o personas que pueden realizar traducciones cuando no exista traductor público juramentado para determinado idioma, las cuales obtendrán fe pública una vez que sean registradas por la Junta de Vigilancia de Traductores Públicos Juramentados. En esa medida, a efectos de cumplir con lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 38 del Reglamento, cuando no exista traductor público juramentado o traductor colegiado certificado en determinado idioma, será de aplicación lo dispuesto en el Decreto Supremo N.º 126-2003-RE [Reglamento de Traductores Públicos Juramentados], para las traducciones

especiales. (Opinión N.º 020-2017/DTN, de 31-01-2017, ff. 2.1, 2.1.4 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ribm1E>).

§ 1401. No es posible presentar traducciones realizadas en el extranjero en los procesos iniciados bajo la normativa anterior relativa a contrataciones con el Estado. CONSULTA: [...] 2.2. *De considerar válido que un traductor colegiado certificado o traductor público en el extranjero -a través de una traducción certificada o la que haga sus veces en el país de origen- realice la traducción al idioma castellano de los documentos a que se refiere el Art. 38 del Reglamento de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo N.º 350-2015-EF), y que dicha traducción certificada con la legalización del consulado peruano o con la Apostilla de La Haya sea considerada válida para ser presentada en los procesos de selección, ¿puede aplicarse la misma medida para aquellos procesos de selección (para todas sus etapas) en curso convocados antes de la entrada en vigencia de la nueva Ley de Contrataciones (Ley N.º 30225) y su Reglamento, cuyo trámite continúa bajo la normativa anterior hasta su conclusión conforme a lo señalado mediante Comunicado OSCE de enero del presente año (<http://portal.osce.gob.pe/osce/nodel/15079>)? [...] 2.2.2. [...] Como se aprecia, el anterior Reglamento había contemplado los mismos supuestos recogidos por la normativa de contrataciones del Estado vigente, puesto que permitía que los documentos emitidos en idioma distinto al castellano pudiesen estar acompañados de: i) traducciones oficiales o sin valor oficial emitidas por traductor público juramentado designado por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú o ii) traducciones certificadas realizadas por traductor colegiado certificado del Colegio de Traductores del Perú. En esa medida, en aquellos procesos de selección derivados de procesos declarados desiertos o parcialmente nulos y que, por consiguiente, deban seguirse tramitando bajo los alcances de la de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N.º 1017 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 184-2008-EF y modificado mediante Decreto Supremo N.º 080-2014-EF, los proveedores podrán presentar traducciones oficiales o sin valor oficial emitidas por traductor público juramentado designado por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú o traducciones certificadas realizadas por traductor colegiado certificado del Colegio de Traductores del Perú, a efectos de acompañar los documentos emitidos en idioma distinto al castellano que acrediten el cumplimiento de los requisitos para la admisión de propuestas y los factores de evaluación. (Opinión N.º 020-2017/DTN, de 31-01-2017, ff. 2.2 y 2.2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ribm1E>).*

PRONUNCIAMIENTO DEL OSCE

§ 1402. Los catálogos y/o folletos elaborados por el fabricante no necesariamente contienen todas las especificaciones de los bienes fabricados, limitándose, muchas veces, solo a las características que el fabricante busca resaltar. 3.2. [...] [C]onforme lo señalado por el Tribunal, los catálogos y/o folletos elaborados por el fabricante no necesariamente contienen todas las especificaciones de los bienes fabricados, limitándose, muchas veces, solo a las características que el fabricante busca resaltar; por lo tanto, resultaría razonable, permitir que las características no contempladas en los referidos documentos puedan ser acreditadas con documentos adicionales elaborados por el postor y/o por terceros, siempre y cuando dichos documentos contengan información verdadera. En ese sentido, con ocasión de la integración de las Bases, deberá indicarse en la documentación de presentación obligatoria, que a efectos de acreditar los requerimientos técnicos mínimos, deberá presentarse en originales o copias catálogos y/o folletos y/o fichas técnicas y/o documentos técnicos emitidos por el fabricante. Sin embargo, si los documentos antes mencionados no detallasen todas las características establecidas en las Bases, podrá acompañarse una declaración jurada del postor del cumplimiento de estas últimas características. Sin perjuicio de la fiscalización posterior que decida efectuar la Entidad cuando la presunción de veracidad se vea enervada. [...] (Pronunciamento N.º 530-2014/DSU, de 26-05-2014, f. 3.2. Dirección de Supervisión. Texto completo: <bit.ly/2SbM6Pq>).

§ 1403. Por el principio de economía, debe suprimirse de las Bases la presentación de catálogos, folletos u otros documentos técnicos del fabricante o dueño de la marca en original. Véase la jurisprudencia del artículo 2º de la Ley [§ 203]. (Pronunciamento N.º 988-2013/DSU, de 16-10-2013, Observación N.º 02. Dirección de Supervisión. Texto completo: <bit.ly/2MRmqSa>).



Artículo 60: Subsanación de las ofertas

60.1. Durante el desarrollo de la admisión, evaluación y calificación, el órgano a cargo del procedimiento solicita, a cualquier postor que subsane alguna omisión o corrija algún error material o formal de los documentos presentados, siempre que no alteren el contenido esencial de la oferta.

60.2. Son subsanables, entre otros, los siguientes errores materiales o formales:

a) La omisión de determinada información en formatos y declaraciones juradas, distintas al plazo parcial o total ofertado y al precio u oferta económica;

b) La nomenclatura del procedimiento de selección y falta de firma o foliatura del postor o su representante;

c) La legalización notarial de alguna firma. En este supuesto, el contenido del documento con la firma legalizada que se presente coincide con el contenido del documento sin legalización que obra en la oferta;

d) La traducción de acuerdo a lo previsto en el artículo 59, en tanto se haya presentado el documento objeto de traducción;

e) Los referidos a las fechas de emisión o denominaciones de las constancias o certificados emitidos por Entidades públicas;

f) Los referidos a las divergencias, en la información contenida en uno o varios documentos, siempre que las circunstancias materia de acreditación existiera al momento de la presentación de la oferta;

g) Los errores u omisiones contenidos en documentos emitidos por Entidad pública o un privado ejerciendo función pública;

h) La no presentación de documentos emitidos por Entidad Pública o un privado ejerciendo función pública.

60.3. Son subsanables los supuestos previstos en los literales g) y h) siempre que tales documentos hayan sido emitidos con anterioridad a la fecha establecida para la presentación de ofertas, tales como autorizaciones, permisos, títulos, constancias, certificaciones y/o documentos que acrediten estar inscrito o integrar un registro, y otros de naturaleza análoga.

60.4. En el documento que contiene el precio ofertado u oferta económica puede subsanarse la rúbrica y la foliación. La falta de firma en la oferta económica no es subsanable. En caso de divergencia entre el precio cotizado en números y letras, prevalece este último. En los sistemas de contratación a precios unitarios o tarifas, cuando se advierta errores aritméticos, corresponde su corrección al órgano a cargo del procedimiento, debiendo constar dicha rectificación en el acta respectiva; en este último caso, dicha corrección no implica la variación de los precios unitarios ofertados.

60.5. Cuando se requiera subsanación, la oferta continua vigente para todo efecto, a condición de la efectiva subsanación dentro del plazo otorgado, el que no puede exceder de tres (3) días hábiles. La presentación de las subsanaciones se realiza a través del SEACE. ⁽¹⁾

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

(1) Rectificado por fe de erratas (EP, 12-01-2019)

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1404. **Subsanación, respecto de documentos presentados en la oferta así como sobre aquéllos que no lo fueron.** 8. [...] [Se] advierte que la subsanación se puede realizar, tanto respecto de documentos presentados en la oferta así como sobre aquéllos que no lo fueron. En el primer supuesto, pueden ser subsanables los errores materiales de aquellos documentos que contienen el precio u oferta económica (a través de la rúbrica o foliación de errores aritméticos, de la prevalencia de las letras sobre los números en los precios cotizados y, cuando el mismo comité de selección u órgano encargado de las contrataciones, rectifica los errores aritméticos en el sistema de contratación a precios), así como también, corresponden ser subsanables los errores materiales y formales en aquellos documentos distintos a los que

contienen el precio u oferta económica, siempre que no alteren el contenido esencial de la oferta (la no consignación de determinada información en formatos y declaraciones juradas, los referidos a las fechas de emisión o denominaciones de las constancias o certificados emitidos por entidades públicas, falta de firma o foliatura, los referidos a certificaciones sobre cualidades, características o especificaciones de lo ofrecido, siempre que tales circunstancias existieran al momento de la presentación de la oferta y hubieren sido referenciadas en la oferta, y otros errores materiales o formales). En el segundo supuesto, cabe precisar que también pueden ser subsanables las omisiones producidas en la oferta, cuando dichas omisiones se encuentran referidas a documentos emitidos por Entidad Pública o un privado ejerciendo función pública y siempre que hayan sido emitidos con anterioridad a la fecha establecida para la presentación de ofertas. (Resolución N.º 2920-2016-TCE-S1, de 09-12-2016, f. 8. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2Q0qsvA>).

§ 1405. Sólo se puede subsanar la omisión de presentar un documento en la oferta cuando este es emitido por Entidad pública o un privado ejerciendo función pública. 11. [...] [No] procede subsanar un documento que no fue presentado en la oferta, pues no se encuentra dentro de los supuestos previstos en la norma citada [cfr. art. 60 del Nuevo Reglamento], esto es, que se trate de documentos expedidos por entidades públicas o por privados en ejercicio la función pública, este Colegiado desestima lo señalado por el Adjudicatario como argumento de defensa. Asimismo, respecto a lo señalado por el adjudicatario en el sentido que, que en su oferta económica costeo e incluyo e incluyo los vehículos solicitados, es de advertirse que, revisados los folios de su oferta económica remitida por la Entidad [...] no se aprecia que se haya incluido el costo de dichos vehículos. En cuanto a lo solicitado por el Adjudicatario, en el sentido que el Tribunal disponga la conservación del acto, cabe precisar que, conforme a lo dispuesto en el [...] Reglamento, cuando un postor no cumple con los requisitos de calificación, su oferta debe ser descalificada. En tal sentido, no procede la conservación del acto, por cuanto ello contravendría la citada disposición. (Resolución N.º 3007-2016-TCE-S1, de 22-12-2016, f. 11. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2qUrQS4>).

§ 1406. Los errores materiales o aritméticos contenidos en los actos administrativos, pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados. 1. [...] [Los] errores materiales o aritméticos contenidos en los actos administrativos, pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión. **2.** En este sentido, y toda vez que el error material advertido no modifica ni altera el contenido de la precitada Resolución, corresponde que el Tribunal rectifique [...]. (Resolución N.º 022-2017-TCE-S2, de 05-01-2017, ff. 1 y 2. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2AxMWei>).

§ 1407. Los errores materiales contenidos en la traducción presentada de la información técnica del inserto del producto califican como subsanables porque no altera el contenido esencial de la oferta. 25. [El] artículo 39 del Reglamento [cfr. art. 60 del Nuevo Reglamento], y dada la calificación integral de la oferta realizada por este tribunal, se concluye que los errores materiales contenidos en la traducción presentada de la información técnica del inserto del producto "X", califican como subsanables; puesto que se trata de un error en documentos distintos al que contiene el precio u oferta económica, el mismo que, al ser subsanado, no alterará el contenido esencial de la oferta, pues resulta claro, que dicho documento se encuentra referido a la traducción de una certificación sobre cualidades, características o especificaciones del producto ofrecido, las cuales existieron al momento de la presentación de la oferta, y que además se refiere a un documento de naturaleza complementaria. **26.** En consecuencia, este Colegiado dispone que el Comité de Selección, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 39 del Reglamento, le otorgue al Impugnante un plazo de tres (3) días hábiles, a fin que subsane su oferta [...]. (Resolución N.º 2882-2016-TCE-S1, de 07-12-2016, ff. 25 y 26. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2S89B7u>).

§ 1408. No se puede subsanar la falta de firma respecto del documento que contiene el precio ofertado. 22. [...] tanto la Ley como el Reglamento permiten subsanar algunos documentos y/o erro-



res materiales; sin embargo, las declaraciones indicadas si presentan una firma, por lo que no cabe la subsanación, configurándose la presentación de información inexacta. [...] 31. [...] pueden ser objeto de subsanación, conforme a los alcances del artículo 39 del Reglamento, siempre y cuando no se trate del documento que contiene el precio o la oferta económica, respecto del cual solo puede subsanarse la rúbrica y la foliación. 32. En tal sentido [...] en el documento que contiene el precio ofertado u oferta económica puede subsanarse la rúbrica y la foliación, se excluye la posibilidad de subsanar la falta de firma respecto del documento que contiene el precio ofertado. (Resolución N.º 087-2017-TCE-S1, de 20-01-2017, ff. 22, 31 y 32. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2ThKW0W>).

§ 1409. Cabe la subsanación siempre que los documentos omitidos hayan sido emitidos por Entidad Pública o un privado ejerciendo función pública, con anterioridad a la fecha establecida para la presentación de ofertas. 21. [...] [El] citado dispositivo normativo [art. 39. del Reglamento anterior, cfr. art. 60 del Nuevo Reglamento] prevé la subsanación en dos (2) supuestos: (I) para documentos presentados y (II) para documentos no presentados. En el primer supuesto existen dos (2) tipos de subsanación: (i) para documentos distintos a los que contienen el precio u oferta económica y (ii) para documentos que contienen el precio u oferta económica. En el primer tipo se hace referencia a un supuesto abierto, el cual podrá ser pasible de subsanación siempre y cuando se trate de errores materiales o formales que no alteren el contenido esencial de la oferta; en tanto que en el segundo tipo se hace referencia a un supuesto cerrado, en el cual solo serán subsanables, por parte del postor, la rúbrica y la foliación; precisándose, además, que en los casos de divergencias entre los números y letras del monto ofertado, así como cuando existieran errores aritméticos en los precios u ofertas económicas de procedimientos convocados bajo el sistema de precios unitarios, no cabe subsanación (entendida como una reparación o remedio de defectos), sino que es la propia norma la que proporciona soluciones para estos casos, sin que el postor efectúe ninguna actividad de subsanación. En el caso de documentos no presentados, conforme al tercer párrafo del citado artículo 39 del Reglamento, cabe la subsanación siempre que los documentos omitidos hayan sido emitidos por Entidad Pública o un privado ejerciendo función pública, con anterioridad a la fecha establecida para la presentación de ofertas tales como autorizaciones, permisos, títulos, constancias y/o certificaciones que acrediten estar inscrito o integrar un registro, y otros de naturaleza análoga. (Resolución N.º 2904-2016-TCE-S1, de 09-12-2016, f. 21. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2Dj11OS>).

§ 1410. El único supuesto en que el precio de la oferta es subsanable, en el sistema de precios unitarios, es el que está referido a errores aritméticos. 22. [Es] importante señalar que conforme a lo previsto en el cuarto párrafo del artículo 39 del Reglamento [cfr. art. 60 del Nuevo Reglamento], en el documento que contiene el precio ofertado u oferta económica puede subsanarse la rúbrica y la foliación; además, se indica que en el sistema de contratación a precios unitarios, cuando se advierta errores aritméticos, corresponde su corrección al órgano encargado de las contrataciones o comité de selección, debiendo constar dicha rectificación en el acta respectiva. Al respecto, se infiere que el único supuesto en que el precio de la oferta es subsanable, en el sistema de precios unitarios está referido a errores aritméticos, lo que no sucede en el presente caso, en el que se ha detectado que no se consignó la medida de aviso establecida en las bases integradas. [...] (Resolución N.º 2933-2016-TCE-S4, de 12-12-2016, f. 22. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2F8rks>).

§ 1411. No procede la subsanación de documentación en las ofertas que modifique el alcance del contenido esencial de la misma. 24. [El] Adjudicatario expresa que no corresponde la subsanación de la oferta del Impugnante, toda vez que las observaciones del comité de selección versan sobre deficiencias contenidas en los documentos [actas, constancias y certificados] presentados por aquél para sustentar la experiencia requerida para los profesionales propuestos como Ingeniero Residente y Especialista en Suelos. Añade que, según lo establecido en el artículo 39 del Reglamento [cfr. art. 60 del Nuevo Reglamento], no procede la subsanación de ofertas cuando su alcance se altera. [...]. 29. [...] Por tal motivo, puede apreciarse que, en el caso concreto, la subsanación que propone el Impugnante no resulta estimable, toda vez que, además, la omisión de la información materia de análisis no constituye un error material o formal, sino una deficiencia, cuya corrección, en el supuesto de ser procedente, al-

teraría el alcance del contenido de su oferta, en cuanto a la acreditación de los requisitos de calificación. En ese sentido, si bien, de los actuados en el presente procedimiento, se aprecia que el Impugnante solicitó que se le aplique un trato justo e igualitario y trajo a colación lo dispuesto en las Resoluciones Nos. 2454-2016-TC-S2 del 18 de octubre de 2016 y 2496-2016-TCE-S1 del 21 de octubre de 2016, es relevante señalar que, de la revisión de ambos pronunciamientos, esta sala aprecia que versan precisamente sobre situaciones que sí pueden subsanarse, tales como la falta de firmas o foliatura, circunstancia que, conforme al análisis efectuado, es distinta a la que puede apreciarse de la verificación de la oferta del Impugnante, pues, a raíz de dicha corrección, no se modificó el alcance de las ofertas de los postores recurrentes. [...]. (Resolución N.º 1472-2017-TCE-S1, de 11-07-2017, ff. 24 y 29. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2qSwZdk>).

§ 1412. Cuando la Entidad no posibilita que el postor subsane los defectos de forma que no modifican el alcance de su propuesta técnica, prevalece válidamente la conservación del acto administrativo. SUMILLA: Cuando la Entidad no posibilita que el postor subsane los defectos de forma que no modifican el alcance de su propuesta técnica, conforme lo establece el literal a) del artículo 59 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado [cfr. art. 60 del Nuevo Reglamento] prevalece válidamente la conservación del acto administrativo. [...] **13.** Así, pues, aunque se advierte que quien cometió la infracción de la normativa fue el Comité Especial por no haber posibilitado que el oferente enmiende el error en uno de los documentos de su propuesta, puede sostenerse válidamente que prevalece la conservación del acto, al amparo del numeral 14.2.3 del artículo 14 de la Ley N.º 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, por cuya virtud se considera como acto administrativo afectado por vicio no trascendente a aquél emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, debido a que en el presente caso queda meridianamente claro que si dicho Comité hubiera otorgado el plazo de subsanación, no se habría alterado en lo absoluto la decisión definitiva de otorgar la buena pro al postor SS S.A. **14.** En consecuencia, se concluye que la decisión de la Entidad de anular la buena pro concedida a favor del impugnante carece de fundamento, por lo que el recurso de revisión venido en grado deviene fundado, confirmando a dicho postor como adjudicatario de la buena pro. (Resolución N.º 520-2004-TC-SU, de 08-09-2004. Sumilla y ff. 13 y 14. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2UIJG7u>).

§ 1413. Casos en los que aplica la subsanación de ofertas. La subsanación de documentos que contienen el precio u oferta económica solo puede ser subsanada en lo concerniente a la rúbrica y la foliación. **14.** En este punto, es menester indicar que el citado dispositivo normativo [art. 39 del Reglamento anterior, cfr. art. 60 del Nuevo Reglamento] prevé la subsanación en dos (2) supuestos: (I) para documentos presentados y (II) para documentos no presentados. En el primer supuesto existen dos (2) tipos de subsanación: (i) para documentos distintos a los que contienen el precio u oferta económica y (ii) para documentos que contienen el precio u oferta económica. En el primer tipo se hace referencia a un supuesto abierto, el cual podrá ser pasible de subsanación siempre y cuando se trate de errores materiales o formales que no alteren el contenido esencial de la oferta; en tanto que en el segundo tipo se hace referencia a un supuesto cerrado, en el cual solo serán subsanables, por parte del postor, la rúbrica y la foliación; precisándose, además, que en los casos de divergencias entre los números y letras del monto ofertado, así como cuando existieran errores aritméticos en los precios u ofertas económicas de procedimientos convocados bajo el sistema de precios unitarios, no cabe subsanación (entendida como una reparación o remedio de defectos), sino que es la propia norma la que proporciona soluciones para estos casos, sin que el postor efectúe ninguna actividad de subsanación. **15.** En ese sentido, en aplicación estricta del artículo 39 del Reglamento, la subsanación de los Anexos N.º 2, 3 y 4 se encuentran con arreglo a ley, toda vez que dicha subsanación se realizó sobre errores materiales que no alteran el contenido esencial de la oferta subsanada, en el caso concreto de la oferta del Adjudicatario. Sin embargo, la subsanación del Anexo N.º 5 contraviene lo dispuesto en el artículo 39 del Reglamento, pues, tal como se señaló de forma precedente, la subsanación de documentos que contienen el precio (tal como sucede con el Anexo N.º 5) u oferta económica solo pueden ser subsanados en lo que concierne a la rúbrica y

la foliación; en el caso concreto, la subsanación se realizó respecto del encabezado de dicho anexo, en el cual se hacía referencia al procedimiento de selección. (Resolución N.º 2547-2016-TCE-S4, de 27-10-2016, ff. 14 y 15. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2RJHDOG>).

§ 1414. Los errores materiales o aritméticos contenidos en los actos administrativos pueden ser rectificadas. 3. Debe tenerse presente que los errores materiales o aritméticos contenidos en los actos “administrativos pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión, según lo prescrito en el artículo 201 de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General [cfr. art. 60.4 del Nuevo Reglamento] (Resolución N.º 1340-2016-TCE-S2, de 17-06-2016, f. 3. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2RwFsOg>).

§ 1415. Las omisiones contenidas en documentos emitidos por Entidad pública o un privado ejerciendo función pública son subsanables siempre que hayan sido emitidos con anterioridad a la fecha establecida para la presentación de ofertas. 16. Tal como se aprecia, la finalidad de ambos documentos es distinta, y si bien son documentos registrales pertenecientes a una misma empresa, esta Colegiado estima que lo dispuesto en las bases son las reglas del procedimiento de selección, y es en función de ellas que deben actuar los participantes al presentar una oferta, entre otros. Así, tanto las bases estandarizadas, cuyo cumplimiento es obligatorio, como las bases integradas del presente procedimiento, han sido específicas en el tipo de documento registral que se, requería para acreditar la capacidad legal del representante de la persona jurídica que presenta la oferta. 17. No obstante ello, es de señalar que el artículo 39 del Reglamento [cfr. art. 60 del Nuevo Reglamento], establece de manera expresa que, durante las etapas de admisión, precalificación, evaluación y calificación, el órgano encargado de las contrataciones o el comité de selección, según corresponda, pueden solicitar a cualquier postor subsane o corrija algún error material o formal de los documentos presentados, siempre que no alteren el contenido esencial de la oferta. Asimismo, establece que, las omisiones de los documentos que forman parte de la oferta. Asimismo, establece que, las omisiones de los documentos que forman parte de la oferta pueden ser subsanados siempre que hayan sido emitidos, entre otros, por entidad pública, con anterioridad a la fecha establecida para la presentación de ofertas tales como autorizaciones, permisos, títulos, constancias y/o certificaciones que acrediten estar inscrito o integrar un registro, y otros de naturaleza análoga (el resaltado es nuestro). 18. En tal sentido, en aplicación del artículo 39 del Reglamento, corresponde que el Comité de Selección otorgue un plazo, el cual no podrá exceder de tres días hábiles, de conformidad con lo señalado en el citado artículo, para que la Impugnante pueda subsanar el documento antes citado, debiendo precisarse que el documento con el cual subsanará dicha omisión deberá ser anterior a la fecha establecida para la presentación de ofertas. (Resolución N.º 2304-2016-TCE-S1, de 22-09-2016, ff. 16 al 18. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2TpaOIp>).

§ 1416. La formalidad no es un fin sino un medio para mantener la seguridad jurídica. La foliación de los documentos de la oferta del postor puede ser subsanada. Constituye excesivo descalificar una propuesta técnica porque los formatos tienen fecha anterior a la de presentación de propuestas, toda vez que ello no incide en el alcance de la propuesta. 15. En ese sentido, es importante señalar que la forma de presentación de la propuesta en lo referente al sello, la rúbrica y la foliación correlativa, constituye una formalidad y su fin está orientado a resguardar el contenido del derecho sustancial que busca proteger, es decir el vínculo entre la oferta y el oferente (la propuesta y el postor) y, para ello se vale de la identificación, aceptación y responsabilidad por parte del postor en relación a su propuesta. 16. Es así que, debe tenerse muy en cuenta que la formalidad no es un fin sino un medio para mantener la seguridad jurídica y en consecuencia este medio permite tener la certeza de la voluntad de obligarse del postor con una determinada oferta ante la Entidad. Por ello, al no constituirse la formalidad de una propuesta como un fin, la omisión de alguna de estas formalidades: sello, rúbrica o foliación correlativa, no puede conllevar a su descalificación, ya que la falta de sellos, de rúbrica o de foliación no incide en el alcance de una propuesta como tal, pudiendo subsanarse [...] y, siempre y cuando la subsanación no signifique una modificación en lo ofertado por el postor. 17. Lo contrario, es decir, que por la omisión de una formalidad se descalifique una propuesta, implicaría atentar contra los Principios de Libre Competencia y de Eficiencia, al impedir la más amplia, objetiva e

imparcial concurrencia de postores por un aspecto formal, accesorio y no trascendente para su validez. Igualmente, constituye excesivo descalificar una propuesta técnica porque los formatos tienen fecha anterior a la de presentación de propuestas, toda vez que ello no incide en el alcance de la propuesta, alterándola o modificándola, siendo que lo relevante en dichos formatos es el contenido de la información requerida y que éstos se hayan presentado oportunamente, según el calendario del proceso de selección. (Resolución N.º 1775-2008-TC-S2, de 25-06-2008, ff. 15 al 17. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2FB64LV>).

§ 1417. El comité de selección deberá establecer razonablemente que elementos considerará subsanables y cuáles no. En los procesos de selección en los que la evaluación de las ofertas tiene carácter de examen documentario, es necesario apreciar las ofertas tomando en cuenta las aclaraciones y precisiones efectuadas por los propios postores. 17. Desde esta perspectiva, cabe señalar que si bien el artículo 125 del Reglamento [cfr. art. 60 del Nuevo Reglamento] establece que en caso que existan defectos de forma, tales como omisiones o errores subsanables en los documentos presentados, que no modifiquen el alcance de la propuesta técnica, el Comité Especial otorgará un plazo máximo de dos días para que el postor los subsane, en cuyo caso la propuesta continuará vigente para todo efecto, a condición de que se realice la efectiva enmienda del defecto encontrado dentro del plazo previsto. En el mismo sentido, el Acuerdo de Sala Plena N.º 016/010, expedido por el Tribunal el 04 de setiembre de 2002, precisó que únicamente son subsanables los defectos de forma, consistentes en omisiones o errores sobre aspectos accidentales, accesorios o formales en los documentos presentados en las propuestas técnicas, en cuyo caso el Comité Especial otorgará el plazo para la respectiva subsanación. Además, dicho acuerdo señala que no corresponde otorgar el plazo indicado cuando el postor haya omitido la presentación de algún documento en la propuesta técnica o cuando el defecto del documento presentado sea de naturaleza sustantiva o de fondo, que modifique el alcance de la propuesta, debiéndose, en tales casos, tener por no presentada la propuesta. Por ende, es inobjetable que el Comité Especial, como director del proceso de selección, deberá discriminar razonablemente aquellos aspectos que resultan subsanables de los que no lo son, teniendo como parámetro la modificación de los alcances de la oferta, a partir de una revisión total de la propuesta, a fin de evitar que se susciten controversias como las del caso que nos ocupa, las cuales solo repercuten en dilaciones innecesarias que retrasan en la ejecución de la obra en detrimento de sus beneficiarios. **18.** En ese orden de ideas, resulta pertinente enfatizar que, de acuerdo al criterio plasmado en sendas resoluciones emitidas por este Tribunal, en los procesos de selección en los que la evaluación de las ofertas tiene carácter de examen documentario, es necesario apreciar las ofertas en su integridad, tomando en cuenta incluso las aclaraciones y precisiones efectuadas por los propios postores con el objeto de complementar la información proporcionada en sus propuestas. Esta postura se condice, además, con los Principios de *Eficiencia e Informalismo*, aplicables supletoriamente a todo procedimiento administrativo, como es el caso de los procesos de selección. (Resolución N.º 2260-2008-TC-S1, de 14-08-2008, ff. 17 y 18. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2RrOzF6>).

§ 1418. La omisión de presentar un juego de copias adicional de la oferta propuesta por el postor no puede dar lugar a la desestimación de su propuesta sin requerir previamente la subsanación. En los procesos de contrataciones con el Estado es aplicable el principio de informalismo. 8. Con el propósito de resolver la materia de controversia, es preciso indicar que el artículo 125 del Reglamento [cfr. art. 60 del Nuevo Reglamento] precisa que si existieran defectos de forma tales como errores subsanables en los documentos presentados que no modifiquen el alcance de la propuesta técnica, el Comité Especial otorgará un plazo máximo [de 3 días] [...], desde el día siguiente de la notificación, para que el postor subsane, en cuyo caso la propuesta continuará vigente para todo efecto, a condición de la efectiva enmienda del defecto encontrado dentro del plazo previsto, salvo que el defecto pueda corregirse en el mismo acto. [...] **9.** Conforme con lo indicado, este Colegiado considera que ante la falta de presentación de una copia adicional de la propuesta el Comité Especial debió otorgarle un plazo de [3 días] [...] a fin que subsane dicha omisión, toda vez que la misma alude a un asunto de naturaleza formal que, en modo alguno, implica que se modificaba el alcance de la propuesta. **10.** Desde esta perspectiva, se colige válidamente que la omisión de adjuntar un juego adicional de la propuesta, en ningún



caso debe dar lugar a la desestimación de las propuestas técnicas, máxime si se tiene en cuenta que el postor Impugnante había presentado el original de su propuesta y un juego adicional de copias; siendo relevante señalar que asumir una posición distinta, implicaría una flagrante contravención de los lineamientos contenidos en los Principios de Eficiencia y Libre Competencia. **11.** En ese orden de ideas, si bien el Impugnante omitió presentar una copia adicional de su propuesta en el proceso de selección, tal situación debe ser apreciada con observancia del Principio de Razonabilidad, el cual exige a la autoridad administrativa que sus decisiones guarden proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar, así como del Principio de Informalismo, recogido en el inciso 1.6 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley General del Procedimiento Administrativo, Ley N.º 27444, el cual establece que las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales, máxime sí - como sucede en el presente caso- no se afecta derechos de terceros o el interés público. **12.** En consecuencia, este Colegiado considera que el Comité Especial no debió descalificar la propuesta presentada por el Impugnante, toda vez que la falta de presentación de un juego de copia adicional de la propuesta del Impugnante, constituye un error subsanable, que no recae sobre el fondo de la oferta. (Resolución N.º 580-2008-TC-S4, de 25-02-2008, ff. 8-12. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2RDxVI2>).

§ 1419. La consignación errónea del proceso de selección en la documentación presentada sólo constituye un simple vicio de forma que no afecta los términos de la propuesta ofertada. **4.** Con relación al primer punto controvertido, el impugnante ha sostenido que el adjudicatario no había cumplido con la debida presentación de dos documentos de carácter obligatorio (Carta de Compromiso y Declaración Jurada de Garantía de Calidad Técnica del Suministro), habida cuenta que en el contenido de los mismos se había hecho alusión a procesos de selección distintos al que es objeto del presente procedimiento. **5.** Sobre el particular, [...] este Tribunal estima que la evaluación de ofertas debe hacerse de modo integral, lo que supone una valoración exhaustiva del total de la información obrante en las propuestas, a fin de evitar la descalificación injustificada de los postores por aspectos que podrían verse indicados en los propios documentos que presentan o que podrían desprenderse de su contenido. **6.** En función de ello, al revisar la propuesta técnica del adjudicatario, se observa que no existe ninguna duda respecto de la voluntad de dicho postor de participar en la Adjudicación Directa Selectiva N.º 0010-2007-SEDALIB S.A., la cual se ha visto traducida en la propia documentación presentada como parte de su oferta (Declaración Jurada de Cumplimiento de Especificaciones Técnicas, Declaración Jurada de Información Empresarial, Declaración Jurada de Aceptación y Sometimiento a las Bases, etc.), por lo que cualquier referencia aislada que el postor haya hecho a algún proceso de selección distinto al indicado, debe ser catalogada como un error que, bajo ninguna circunstancia, altera el contenido ni los términos de su oferta y, menos aún, que suponga o induzca a equivocación a los miembros del Comité Especial, quienes cuentan con la absoluta certeza de que el proceso al cual dicho postor ganador quiso referirse es a la adjudicación que nos ocupa. **7.** En adición a lo expuesto, es importante señalar que la consignación errónea del proceso de selección en la documentación presentada constituye un simple vicio de forma que no afecta la sustancia de los términos de la propuesta, y que resulta irrelevante a efectos de elegir la mejor oferta en pro de satisfacer el interés de la Entidad por lo que, en aplicación de los principios de informalismo, celeridad y eficacia que subyacen a todo procedimiento administrativo, no resulta válido afectar los derechos de los postores para participar en los procesos de selección por aspectos formales que puedan, en el peor de los casos, ser subsanados en el propio proceso, de modo que se fomente la más amplia y plural participación de oferentes, en observancia del principio de libre competencia que rige las contrataciones estatales. (Resolución N.º 1319-2007-TC-S4, de 06-09-2007, ff. 4 al 7. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2VikYWc>).

§ 1420. Los errores presentados en las traducciones respecto de la documentación requerida para acreditar los requerimientos técnicos mínimos no resultan subsanables. **15.** En virtud de lo señalado por la Traductora resulta claro que la traducción presentada por El Adjudicatario contiene una omisión en su contenido acerca de las especificaciones del lote del producto respecto del cual se

realizó el Certificado de Análisis, omisión que restan validez a dicho documento en los términos que fue originalmente emitido y presentado por El Adjudicatario en su oferta técnica. De ello se colige que El Adjudicatario omitió incluir en su oferta una traducción válida respecto del Certificado de Análisis del producto [farmacéutico] 300 mcg. Ahora bien, El Impugnante señala que si bien si ha existido una omisión en la traducción del documento original, debe considerarse que el texto omitido se encuentra incluido en otros de los documentos que conforman su propuesta técnica. **16.** Sin embargo, considerando que los protocolos de análisis constituyen documentos exigidos por La Entidad para acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas de los bienes ofertados, lo cual constituye un requisito de admisibilidad de la propuesta de los postores, y en la medida de que la normativa de contrataciones vigente equipara a las traducciones y a los documentos originales presentados, este Colegiado considera que los errores presentados en las traducciones respecto de la documentación requerida para acreditar los requerimientos técnicos mínimos no resulta subsanable [...]. (Resolución N.º 1207-2010-TC-S4, de 18-06-2010, ff. 15 y 16. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2RNqQ18>).

§ 1421. La validez de un documento no está condicionada a su presentación en forma completa, sino que para el caso en específico de la evaluación, se presume su veracidad. **19.** Al respecto, el artículo 125 del Reglamento [cfr. art. 60 del Nuevo Reglamento] indica que, si existieran defectos de forma tales como omisiones o errores subsanables en los documentos presentados que no modifiquen el alcance de la propuesta técnica, el Comité Especial otorgará un plazo máximo de dos días para que el postor los subsane, en cuyo caso la propuesta continúa vigente para todo efecto, a condición de la efectiva enmienda del defecto encontrado dentro del plazo previsto. **20.** En ese sentido, únicamente son subsanables los defectos de forma, consistentes en omisiones o errores sobre aspectos accidentales, accesorios o formales en los documentos presentados en las propuestas técnicas, en cuyo caso el Comité Especial otorgará el plazo para la respectiva subsanación. No corresponde otorgar dicho plazo cuando el postor haya omitido la presentación de algún documento en la propuesta técnica o cuando el defecto del documento presentado sea de naturaleza sustantiva o de fondo, que modifique el alcance de la propuesta; debiéndose, en tales casos, tener por no presentada la propuesta y devolverla al postor. [...] **25.** [...] [De] otro lado, cabe recalcar que la validez de un documento no está condicionada a su presentación en forma completa, sino que, para el caso en específico de la evaluación, se presume su veracidad y se verifique la consignación de datos que son relevantes, necesarios y suficientes para aplicar el factor de evaluación correspondiente. (Resolución N.º 944-2005-TC-SU, de 22-09-2005, ff. 19, 20 y 25. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2TJZuX1>)

§ 1422. En los procesos de selección convocados bajo el sistema de contratación a suma alzada, lo relevante es verificar que el monto económico ofertado no exceda los valores máximos y mínimos establecidos en las Bases integradas. La discrepancia entre la cantidad de meses de prestación del servicio expresada en letras y números, que no alteren el monto ofertado, no ameritan el rechazo de la oferta. **11.** En esa línea, puede apreciarse que el sistema de contratación a suma alzada presenta como característica principal que, una vez definidas las especificaciones y el plazo de la ejecución de la obra requerida por la Entidad, el postor se obliga a ejecutar la obra de acuerdo a lo establecido en los planos y por el monto de su propuesta económica. Es decir, en los procesos de selección convocados bajo el aludido sistema sólo existe un monto total ofertado, siendo éste el único requisito relevante para aceptar y evaluar la propuesta económica. La Entidad debe considerar la estructura de costos que da origen a dicha suma y la información que contenga dicha estructura como netamente referenciales, careciendo de objeto un examen sobre ella, toda vez que la composición de la oferta económica no resulta relevante para su aceptación y calificación, pues lo que importa es la oferta económica total definitiva. **12.** Atendiendo a las consideraciones expuestas, lo determinante para calificar la propuesta económica viene a ser el monto total ofertado, mas no la estructura de costos y/o información adicional contenida en la propuesta económica, conforme se ha fundamentado, en tanto aquéllas tienen carácter referencial y no condicionan la validez, aceptación y calificación de dicha propuesta. **13.** En esta línea argumental, cabe indicar que este Colegiado se ha pronunciado en reiteradas oportunidades manifestando que en los procesos de selección convocados bajo el sistema de suma alzada, lo trascendente y relevante en la



calificación económica de las propuestas, incide en verificar que el monto económico ofertado por los postores se encuentre dentro del rango de valores máximos y mínimos establecidos en las Bases integradas, no existiendo mayor exigencia para determinar la admisión y calificación de una determinada propuesta. 14. De otro lado, debe tenerse en cuenta, conforme ya ha sido expresado por el Tribunal en anteriores ocasiones, que los requisitos y formalidades exigidas por la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado no pueden ser interpretados de modo aislado y en forma ajena a su contexto, siendo que el carácter insubsanable de las propuestas económicas involucra en esencia una prohibición a admitir modificaciones a su contenido que, de algún modo, ya sea directo o indirecto, afecten la transparencia y oportunidad con las que éstas deben ser formuladas, limitante que tiene como propósito garantizar un análisis objetivo de los montos ofertados y velar por un uso eficiente de los recursos del Estado. Distinto es el caso que nos ocupa, en el cual el hecho observado por el Comité Especial no involucra afectación alguna, ni sustancial ni accesorio, a la oferta económica del postor impugnante, toda vez que la discrepancia entre la cantidad de meses de prestación del servicio expresada en letras y números, no altera el monto total ofertado. (Resolución N.º 470-2007-TC-S2, de 16-05-2007, ff. 11-14. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2AI209v>).

§ 1423. No puede denegarse una oferta en base a un requerimiento que no fue observado oportunamente, pues esto afectaría el derecho de contradicción del postor. El órgano encargado de las contrataciones debe justificar de manera razonable la denegatoria de una oferta por una incorrecta estipulación de la marca. 10. Resulta necesario señalar que en la audiencia pública llevada a cabo el 14 de diciembre de 2016, el representante de la Entidad, señor “X”, informó al Colegiado que el OEC había tenido por no admitida la oferta de la Impugnante, adicionalmente, porque se consideró que dicho postor no había precisado de forma adecuada o completa la marca del producto que ofertaba. Cabe precisar al respecto que, en relación a la marca del producto ofertado por la Impugnante, de la revisión del *acta de verificación de la documentación presentada y otorgamiento de la buena pro* del 19 de octubre de 2016, no se advierte observación alguna en dicho sentido por parte del OEC, lo que fue confirmado por el representante de la Entidad en la audiencia pública. No habiendo sido explicitado oportunamente por el OEC el argumento referido a que existiría una imprecisión en la marca del producto ofertado por la Impugnante, aquel no puede ser validado en esta instancia como sustento para desestimar su oferta, pues dicho postor no ha podido ejercer su derecho de contradicción respecto a una observación a su oferta que no conocía. Sin perjuicio de lo expuesto, según lo indicado por el representante de la Entidad, en la audiencia pública, la observación está basada en el hecho de que la Impugnante como marca del cemento que ofertaba consignó “NACIONAL”, cuando la referencia correcta a la marca debió ser “CEMENTO NACIONAL”. Al respecto, considerando i) que la Impugnante ha identificado en su oferta con claridad el tipo de cemento que oferta [...] ii) que no se cuenta con información de que en el mercado se comercialice, a la vez, cemento de marca “Nacional” y “Cemento Nacional” (aspecto que fue reconocido por el representante de la Entidad en la audiencia pública), de forma tal que pudiese existir alguna incertidumbre al respecto, y, iii) que en la oferta de la Impugnante se puede apreciar una fotografía del producto a entregar en la que se identifica con claridad que el producto ofertado es de la marca “Cemento Nacional”, esta Sala, en el presente caso, no aprecia elemento razonable para que el OEC pudiese desestimar la oferta de la Impugnante. (Resolución N.º 2996-2016-TCE-S2, de 22-12-2016, f. 10. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2DGSExM>).

§ 1424. La omisión del documento de programa de capacitación no es subsanable, porque no se encuentra en ninguno de los supuestos referido a la subsanación de omisión de documentos. 16. [El] Impugnante omitió presentar el Programa de capacitación de los temas solicitados, de conformidad con lo requerido en las bases integradas. En efecto, de la revisión integral de la oferta de aquél, no se advierte que haya presentado dicho programa, por el contrario, del propio contenido del Anexo N.º 8 presentado por aquél, se advierte que el Impugnante se obligaba a presentar (tiempo futuro) dicho programa de capacitación, al señalar lo siguiente: “Nuestra representada presentará un programa de capacitación que como mínimo incluirá en los siguientes temas...” [...] en otras palabras, es el propio Impugnante quien reconoce que no presentó el programa de capacitación requerido en las bases y

que, posteriormente, lo haría. [...] la omisión de dicho documento (programa de capacitación) no es subsanable, toda vez que no se encuentra en ninguno de los supuestos [...], referido a la subsanación de omisión de documentos; esto es, no fue emitido por Entidad Pública o un privado en ejercicio de función pública, con anterioridad a la fecha establecida para la presentación de ofertas tales como las autorizaciones, permisos, títulos, constancias y/o certificaciones que acrediten estar Inscritos o integrar un registro, y otras de naturaleza análoga. (Resolución N.º 074-2017-TCE-S4, de 19-01-2017, f. 16. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2GHZrOF>).

§ 1425. En los procesos convocados bajo el sistema de suma alzada, el carácter insubsanable de las propuestas económicas involucra una prohibición de admitir modificaciones a su contenido que afecten la transparencia y oportunidad con las que estas deben ser formuladas. Véase la jurisprudencia del artículo 35º del Nuevo Reglamento [§ 1075]. (Resolución N.º 1413-2007-TC-S2, de 19-09-2007, f. 9. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2FAnsQJ>).

§ 1426. Las exigencias formales y sustanciales del requerimiento no deben constituirse en propósitos arbitrarios ni aislados de contexto. Véase la jurisprudencia del artículo 16º de la Ley [§ 448]. (Resolución N.º 580-2008-TC-S4, de 25-02-2008, ff. 3 y 4. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2RDxVl2>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1427. Si una Entidad omitió establecer en el acta el plazo concedido al contratista para la subsanación de las observaciones, comunicándose posteriormente, el plazo debe computarse a partir del día siguiente en que fue comunicado al contratista. Es competencia del órgano de administración, o del órgano que establezcan las Bases o las normas de organización interna de la Entidad determinar el plazo que se otorgará al contratista para subsanar las observaciones.

CONSULTA: **2.1.** “¿El plazo otorgado para subsanar las observaciones se contabilizará a partir de la comunicación formal de la Entidad o desde el día en que se emitió el Acta, la cual no señalaba el plazo otorgado a la empresa?” **2.2.** “¿Corresponde al área usuaria señalar el plazo para la subsanación de las observaciones?”

2.3. “¿Si el mencionado plazo venciera un día sábado, cuál será el último día para subsanar? ¿Será el viernes anterior o el lunes siguiente?”

2.1. [...] [La] Entidad debe consignar en un acta las observaciones que efectúe durante la entrega de los bienes, estableciendo claramente su sentido, y otorgando al contratista un plazo prudencial para su subsanación, no menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendarios. No obstante, el artículo 176º del Reglamento [cfr. art. 168 del Nuevo Reglamento] no precisa las reglas que se aplicarán al cómputo del plazo para la subsanación de observaciones, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151º del Reglamento [cfr. art. 56 del Nuevo Reglamento], es necesario recurrir en forma supletoria a las disposiciones del Código Civil, el cual en el numeral 4 del artículo 183º establece que “El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.” De esta manera, el plazo para subsanar las observaciones formuladas por la Entidad tendría que computarse desde el día siguiente que fue comunicado al contratista en adelante, no podría ser computado en forma retroactiva. En tal sentido, si una Entidad omitió establecer en el acta el plazo concedido al contratista para la subsanación de las observaciones, comunicándose posteriormente, el plazo debe computarse a partir del día siguiente en que fue comunicado al contratista. [...]. **2.2.** [Si] bien el artículo 176º del Reglamento no ha señalado expresamente que corresponde al órgano de administración (o al órgano que determinen las Bases o las normas de organización interna de la Entidad) establecer el plazo para la subsanación de observaciones, de los párrafos citados se desprende que es su competencia y responsabilidad la recepción y conformidad de los bienes, siendo la determinación del plazo de subsanación de observaciones parte de dicha competencia. Ello no enerva la posibilidad que dicho órgano coordine con el área usuaria el plazo a ser otorgado al contratista para la subsanación de las observaciones, de considerarlo necesario dada la complejidad del objeto contractual. Por tanto, es competencia del órgano de administración, o del órgano que establezcan las Bases o las normas de organización interna de la Entidad, determinar el plazo que se otorgará al contratista para subsanar las observaciones. **2.3.** El artículo 151º del Reglamento establece las reglas aplicables al cómputo de los plazos durante la ejecución contractual, precisando que,



de ser necesario, podrá recurrirse supletoriamente a las disposiciones contenidas en los artículos 183° y 184° del Código Civil. Ahora bien, el numeral 5) del artículo 183° del Código Civil establece que “El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente.” En tal sentido, si el último día del plazo otorgado al contratista para subsanar las observaciones es un día inhábil para la Entidad contratante, este vencerá el primer día hábil siguiente. (Opinión N.º 001-2010/DTN, de 15-01-2010, ff. 2.1 al 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RtcUu0>).

§ 1428. Es exclusiva responsabilidad del órgano a cargo del procedimiento de selección evaluar, para cada caso en concreto, si determinado error u omisión es subsanable, todo esto de acuerdo a la normativa en contrataciones del Estado. CONSULTA: 2.2. *“De ser así, ¿Es subsanable la omisión de dicha especificación en la carta poder otorgada por el representante legal de una empresa, a favor de un apoderado o mandatario para ejercer la representación en una adjudicación simplificada?”* 2.2.2. [...] Ahora bien, respecto de la subsanación de los documentos que acrediten la capacidad legal del postor -como por ejemplo: la vigencia de poder-, debe traerse a colación lo señalado en el tercer párrafo del artículo 39 del Reglamento [cfr. art. 60 del Nuevo Reglamento], el cual dispone lo siguiente: “Las omisiones de los documentos que forman parte de la oferta pueden ser subsanados siempre que hayan sido emitidos por Entidad Pública o un privado ejerciendo función pública, con anterioridad a la fecha establecida para la presentación de ofertas tales como autorizaciones, permisos, títulos, constancias y/o certificaciones que acrediten estar inscrito o integrar un registro, y otros de naturaleza análoga.” A partir de dicha disposición, puede advertirse que el legislador ha considerado remediable la omisión de determinado tipo de documentos, en tanto entiende que al subsanarlos no se afecta el contenido esencial de la oferta; siguiendo esa lógica, puede concluirse que tratándose de documentos que hayan sido presentados erróneamente, también podría efectuarse su subsanación, en la medida que se respeten las condiciones previstas en dicho párrafo, es decir, que hayan sido emitidos por una Entidad Pública o privada ejerciendo función pública, con anterioridad a la fecha establecida para la presentación de ofertas. Finalmente, debe indicarse que es exclusiva responsabilidad del órgano a cargo del procedimiento de selección evaluar, para cada caso en concreto, si determinado error u omisión es subsanable, de acuerdo a lo señalado en el artículo 39 del Reglamento y tomando en consideración los criterios desarrollados en la presente opinión. (Opinión N.º 128-2018/DTN, de 22-08-2018, ff. 2.2 y 2.2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Sh34aB>).

§ 1429. El Comité Especial, como conductor del proceso de selección, puede requerir al notario, en el mismo acto de presentación de propuestas, corregir la omisión de consignar su firma y sello en los documentos que conforman la propuesta. CONSULTA: *“La falta de firma y sello en los documentos que forman parte de un expediente técnico que han sido presentados en un proceso de selección público puede constituir una causal de nulidad del respectivo proceso. (...) Es posible que el comité al ver esa omisión, solicite al Notario subsane haciendo firmar los documentos que no tienen su firma y sello.”* 2.1. [...] [La] participación del notario en los actos públicos de presentación de propuestas y otorgamiento de la Buena Pro [...], tiene por finalidad dar fe de los hechos que se produzcan en dichos actos, garantizando su publicidad y transparencia. [...] 2.4. Por último, es necesario señalar que el primer párrafo del artículo 68 del Reglamento [Decreto Supremo N.º 184-2008-EF] [cfr. art. 90 del Nuevo Reglamento] establece que: *“Si existieran defectos de forma, tales como errores u omisiones subsanables en los documentos presentados que no modifiquen el alcance de la propuesta técnica, el Comité Especial otorgará un plazo entre uno (1) o dos (2) días, salvo que el defecto pueda corregirse en el mismo acto.”* (El subrayado es agregado). Como se advierte, la norma citada faculta al Comité Especial a otorgar al postor un plazo para subsanar los errores advertidos en su propuesta técnica, siempre que tal subsanación estuviera referida a aspectos accidentales, accesorios o formales de la propuesta, y cuya subsanación no modifique el alcance de esta. Por el contrario, la normativa de contrataciones del Estado no prevé la posibilidad de subsanar la propuesta técnica ante la omisión de la firma y sello del notario público en los documentos que conforman las propuestas de los postores. No obstante ello, el Comité Especial, como conductor del proceso de selección, puede requerir al notario, en el mismo acto de presentación de propuestas, corregir la omisión de consignar su firma y sello en los documentos que conforman la propuesta. (Opinión

N.º 043-2013/DTN, de 30-05-2013, ff. 2.1 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FEVBPk>.

§ 1430. Las faltas ortográficas o errores de digitación pueden ser objeto de subsección siempre y cuando estos sean manifiestos e indubitables y no afecten el contenido de la oferta. CONSULTA: 2.1. *¿Es posible subsanar un error tipográfico en la oferta económica cuando por equivocación se consignó un número por otro en la unidad del requerimiento (no en el monto) y éste resulta intrascendente puesto que no modifica la cantidad total ofertada, de acuerdo al criterio establecido en la Resolución 267-2016-TCE-S4, del Tribunal de Contrataciones?* 2.1.2. [...] [La] normativa de contrataciones del Estado limita la posibilidad de subsanar determinados errores en el documento que contiene el precio ofertado, con la finalidad de impedir que se altere el contenido esencial de la oferta presentada por el postor, sin embargo, muchas veces la aplicación excesivamente formalista de dicha disposición puede conllevar a que se descarten ofertas que podrían ser beneficiosas para las Entidades. En ese sentido, si bien el artículo 39 del Reglamento [cfr. art. 60 del Nuevo Reglamento] solo contempla tres (3) supuestos susceptibles de subsanación aplicables a las ofertas económicas, debe tenerse en cuenta que adicionalmente a ello pueden presentarse otro tipo de errores, como el caso de los faltas ortográficas o errores de digitación, los cuales, en aplicación de los principios de Competencia y Eficacia y Eficiencia, podrían ser también objeto de subsanación, siempre que estos sean manifiestos e indubitables y no afecten el contenido o alcance de la oferta. Sobre este último punto, debe señalarse que para que una falta ortográfica o error de digitación pueda ser susceptible de subsanación, este debe ser manifiesto, es decir, debe tener un carácter ostensible e indiscutible, implicando por sí solo la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos; asimismo, debe ser indubitable, entendiéndose por ello que no debe generar ningún tipo de duda o cuestionamiento. Adicionalmente a lo señalado, deberá verificarse que dicho error no produzca una variación del precio total, precios unitarios y/o subtotales de la oferta, o que se altere la cantidad, composición, estructura y/o detalle -entre otros aspectos esenciales- de lo ofertado; es decir, en términos generales, deberá verificarse que no se desvirtúe el contenido de la oferta o se genere algún tipo de error o incongruencia respecto de alcance de la misma. Finalmente, es competencia del comité de selección u órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, determinar si una falta ortográfica o un error de digitación incurrido en una propuesta económica, puede ser objeto de subsanación, para lo cual deberá evaluarse que si se cumplen las condiciones señaladas en la presente opinión. (Opinión N.º 067-2018-/DTN, de 22-05-2018, f. 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r1yGWa>).

§ 1431. No resulta posible establecer un listado de errores subsanables o no subsanables, pues corresponde al Comité de selección, en cada caso concreto, determinar si un error resulta subsanable o no. CONSULTA: *“Tomando en cuenta que la presentación de información inexacta por parte de un postor en un proceso de selección es sancionable por el Tribunal de Contrataciones del Estado, y que el Reglamento de la Ley de Contrataciones prevé que pueden existir errores de forma subsanables en los documentos presentados en la propuesta técnica, entendiéndose por estos errores subsanables a aquellos cuya subsanación no modifique el alcance de la propuesta técnica ¿podrían aclarar o definir qué tipo de información inexacta puede o debe considerarse como error subsanable y cuál no, en una propuesta técnica?”* [...] 2.3. [...] [La] normativa de contrataciones del Estado admite la subsanación de la propuesta técnica; no obstante, la subsanación debe estar referida a la corrección de errores o defectos que incidan en aspectos accidentales, accesorios o formales de la propuesta, y cuya subsanación no modifique el alcance de esta. Al respecto, debe indicarse que, durante las etapas de presentación de propuestas, y calificación y evaluación de propuestas, corresponde al Comité Especial, en cada caso en concreto, determinar si el error en una propuesta constituye un error subsanable o no, no siendo posible establecer listados de errores subsanables o no subsanables. A manera de ejemplo, puede señalarse como errores subsanables: omitir foliar los documentos que integran la propuesta técnica; no presentar todas las copias de la propuesta técnica exigidas en las Bases; ente otros. 2.4. De conformidad con lo expuesto, debe indicarse que no resulta posible establecer un listado de errores subsanables o no subsanables, pues corresponde al Comité Especial, en cada caso concreto, determinar si un error resulta subsanable o no, sobre la base



del criterio establecido por la normativa de contrataciones del Estado, según el cual error subsanable es aquel que incide en aspectos accidentales, accesorios o formales de las propuestas, y cuya subsanación no modifica el alcance de estas. Asimismo, si existiera alguna discrepancia acerca de la subsanabilidad del error o defecto de una propuesta, una vez otorgada la buena pro, podría interponerse un recurso de apelación, correspondiendo al Titular de la Entidad o al Tribunal de Contrataciones del Estado, según el monto del proceso, determinar si cabe o no la subsanación del error o defecto advertido. (Opinión N.º 047-2010/DTN, de 03-08-2010, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FkNYOO>).

§ 1432. Es posible subsanar la legalización de firmas en una oferta presentada, aplica para la promesa de consorcio y para la carta de compromiso del personal clave. Pueden ser materia de subsanación la rúbrica y la foliación; por lo expuesto, se advierte que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto la posibilidad de subsanar otros errores materiales o formales en dichos documentos. CONSULTA: **2.1.** *“En una oferta presentada es subsanable la oferta técnica, cuando en determinada documentación no contengan la firma del notario en la parte de certificación de la firma, consignándose únicamente los sellos notariales o contenga información discrepante. En ese contexto, en el supuesto que fuese subsanable ¿debe exigirse que el documento a subsanar haya sido emitido con anterioridad a la fecha establecida para la presentación de ofertas?”*. [...] **2.2.** *“Asimismo, se requiere conocer si en una oferta presentada es subsanable el documento que contiene la oferta económica, en tanto dicho documento hace referencia a un procedimiento de selección convocado por otra Entidad y/o esté dirigido a otra Entidad y/o se consigne algún dato que discrepe con el procedimiento de selección”*. [...] **3.** CONCLUSIONES. **3.1.** El único supuesto regulado por la normativa de contrataciones del Estado, en virtud del cual es posible subsanar la legalización de firmas en una oferta presentada, aplica para la promesa de consorcio y para la carta de compromiso del personal clave, conforme a lo establecido en las Bases Estándar aprobadas mediante Directiva N.º 001-2017-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)]. Cabe indicar que tales documentos no se enmarcan dentro del supuesto contenido en el tercer párrafo del artículo 39 del Reglamento [cfr. art. 60 del Nuevo Reglamento]. **3.2.** Respecto de los documentos que contienen el precio ofertado u oferta económica, pueden ser materia de subsanación la rúbrica y la foliación; por lo expuesto, se advierte que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto la posibilidad de subsanar otros errores materiales o formales en dichos documentos, salvo los contemplados en el cuarto párrafo del artículo 39 del Reglamento. (Opinión N.º 178-2017/DTN, de 25-08-2017, ff. 2.1, 2.2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EnFxlj>).

NOTA: La vigente Directiva N.º 001-2019-OSCE-DC [D-001] no contempla la legalización de las firmas en la promesa de consorcio.

§ 1433. Subsanción de la acreditación de la capacidad del representante legal del postor. Véase la jurisprudencia de la Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD [§ 2206]. (Opinión N.º 129-2018/DTN, de 22-08-2018, ff. 3.1 al 3.2. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HtSqg6>).

Artículo 61: Acceso a la información

61.1. Durante la revisión de las ofertas no se da a conocer información alguna acerca del análisis, subsanación y evaluación de las ofertas hasta que se haya publicado la adjudicación de la buena pro.

61.2. Una vez otorgada la buena pro, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, está en la obligación de permitir el acceso de los participantes y postores al expediente de contratación, salvo la información calificada como secreta, confidencial o reservada por la normativa de la materia, a más tardar dentro del día siguiente de haberse solicitado por escrito.

61.3. Luego de otorgada la buena pro no se da a conocer las ofertas cuyos requisitos de calificación no fueron analizados y revisados por el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1434. Imposibilidad de facilitar documentación que no ha sido objeto de calificación. 14. En torno a ello, de la revisión de los antecedentes administrativos, se aprecia que si bien, en el caso concreto, la Entidad entregó al Impugnante copia de la oferta de dicho Consorcio, en atención a la solicitud efectuada por aquél, en su oportunidad, dicha actuación vulnera lo dispuesto, en el artículo 40 del Reglamento [cfr. art. 61.3 del Nuevo Reglamento] que establece "(...) En el caso de procedimientos convocados para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías y obras, luego de otorgada la buena pro no debe darse a conocer las ofertas cuyos requisitos de calificación no fueron analizados y revisados por el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones; según "corresponda". Del texto precitado, se advierte que, en aplicación de la disposición legal aludida, considerando que la oferta del Consorcio en mención no fue objeto de calificación, según se puede apreciar del acta respectiva, la Entidad no debió facilitar al Impugnante el acceso a dicha documentación. [...]. (Resolución N.º 2246-2016-TCE-S2, de 19-09-2016, f. 14. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2BX3XiO>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1435. Una vez otorgada la buena pro, cualquier ciudadano podrá tener acceso a la información contenida en el expediente de contratación en virtud de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. CONSULTA: 2. *"(...) es factible que la entidad pública proporcione copia del contenido de las ofertas presentadas por los postores (incluida la del ganador de la buena pro) aun cuando lo soliciten personas que no participaron del correspondiente procedimiento de selección y por lo tanto no tengan la condición de postores y participantes, así como si en el caso de que sea factible entregar copia del contenido de las ofertas presentadas por los postores a aquellos solicitantes que no participaron del procedimiento de selección, que documentación del contenido de las ofertas no debería ser entregada a efectos de no vulnerar las excepciones establecidas en los artículos 15, 15-A, 15-B de la Ley N.º 27806 o en todo caso la entidad que documentación contenida en las ofertas de los postores podría entregar válidamente ante la solicitud antes referida (...)"*. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. La normativa de contrataciones del Estado ha previsto un tratamiento especial respecto a la información contenida en las ofertas, las cuales revisten un carácter de confidencial y por tanto no son accesibles a la generalidad de proveedores ni terceros sino hasta publicada la buena pro, dicha confidencialidad se mantiene también respecto de aquellas ofertas cuyos requisitos de calificación no fueron analizados y/o revisados por el órgano a cargo del procedimiento de selección. 3.2. La normativa de contrataciones del Estado ha previsto que el derecho de los participantes y/o postores a acceder al contenido del expediente de contratación se origina una vez que ha sido otorgada la buena pro, momento a partir del cual estos pueden formular la respectiva solicitud a la Entidad, la misma que debe brindar acceso a la información del expediente a más tardar al día siguiente de requerido. 3.3. Una vez otorgada la buena pro, cualquier ciudadano podrá tener acceso a la información contenida en el expediente de contratación en virtud de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, teniendo presente las excepciones que señala dicha norma. 3.4. Corresponde a la Entidad determinar -en cada caso concreto- la documentación que puede ser brindada a los participantes, postores y/o ciudadanos, siempre que dicha información no cuente con el carácter de secreto, reservado o confidencial según el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, así como las contenidas en leyes especiales que protegen la información. (Opinión N.º 250-2017/DTN, de 30-10-2017, ff. 2, 3.1, 3.2, 3.3 y 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BuGEvA>).

§ 1436. El derecho de los postores a acceder al contenido del expediente de contratación se origina una vez ha sido otorgada la Buena pro. La convocatoria, el otorgamiento de la Buena pro y los resultados del procedimiento de selección deben ser de conocimiento público. CONSULTA: 2. *"¿A partir de qué momento del proceso de selección la Entidad puede hacer entrega de los documentos que no son publicados en el SEACE, que integran el Expediente de Contratación, de acuerdo con la Ley de Transparencia en concordancia con la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento?"* (sic). [...] En relación con ello, el primer párrafo del artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27806, Ley de Transparencia

y Acceso a la Información Pública, establece que “Las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.” En ese contexto, el Principio de Transparencia que rige las contrataciones públicas establece que “Toda contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. Los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación correspondiente, salvo las excepciones previstas en la presente norma y su Reglamento. La convocatoria, el otorgamiento de la Buena Pro y los resultados deben ser de público conocimiento.” (El subrayado es agregado). De lo expuesto se advierte que la normativa de contrataciones del Estado, en concordancia con la Ley N.º 27806, dispone que en las contrataciones que lleven a cabo las Entidades, la regla general es el acceso de los postores a los documentos que se originen en el marco de un proceso de selección. No obstante, el tercer párrafo del artículo 72 del Reglamento [cfr. art. 61.2 del Nuevo Reglamento] establece que “Una vez otorgada la Buena Pro, el Comité Especial está en la obligación de permitir el acceso de los postores al Expediente de Contratación, a más tardar dentro del día siguiente de haberse solicitado por escrito.” (El subrayado es agregado). De la disposición citada, se advierte que la normativa de contrataciones del Estado precisa la oportunidad en la que los postores pueden acceder al expediente de contratación, esto es, luego del otorgamiento de la Buena Pro, ello con la finalidad de salvaguardar los derechos de los participantes en el proceso de selección, así como el interés de la Entidad contratante, que no es otro que el interés público que subyace a la contratación. Por lo tanto, se concluye que la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que el derecho de los postores a acceder al contenido del expediente de contratación se origina una vez que ha sido otorgada la Buena Pro, momento a partir del cual estos pueden formular la respectiva solicitud a la Entidad. (Opinión N.º 125-2012/DTN, de 28-12-2012, f. 2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FARbZP>).

§ 1437. Una vez otorgada la Buena Pro, los participantes y postores podrán acceder al expediente de contratación para su lectura, toma de apuntes, captura de fotos, obtención de copias, etcétera. Las copias del expediente solicitadas por el postor deben ser entregadas por la Entidad en el menor tiempo posible, para evitar que se afecte el derecho del postor de interponer un recurso de apelación. CONSULTA: 2.1. “¿Qué se entiende por la premisa “acceso a la información”, esto implica solo la lectura y/o revisión del expediente o puede implicar fotografiar los documentos que contiene el expediente de contratación y obtención de las copias?” 2.2. “¿En virtud de los plazos señalados en el dispositivo en mención, que acciones puede tomar el postor a quien se atiende su pedido de copias dentro del plazo que establece la ley de transparencia, inciso b) del artículo 11º del mismo cuerpo normativo establece “La entidad de la administración pública a la cual se haya presentado la solicitud de información deberá otorgarla en un plazo no mayor de siete (7) días útiles; plazo que se podrá prorrogar en forma excepcional por cinco (5) días útiles adicionales, de mediar circunstancias que hagan inusualmente difícil reunir la información solicitada (...)”, y ve vulnerado su derecho de defensa al ver vencido el plazo para interponer su apelación? [...]”

3. CONCLUSIONES. 3.1. Conforme al numeral 40.2 del artículo 40 del Reglamento, una vez otorgada la buena pro, la Entidad está en la obligación de permitir el acceso de los participantes y postores al expediente de contratación -salvo que se trate de información calificada como secreta, confidencial o reservada por la normativa de la materia- a más tardar dentro del día siguiente de haberse solicitado por escrito; asimismo, a efectos de recoger la información de su interés, estos pueden valerse de distintos medios, tales como: (i) la lectura y/o toma de apuntes, (ii) la captura y almacenamiento de imágenes, e incluso (iii) pueden solicitar copia de la documentación obrante en el expediente, siendo que, en este último caso, la Entidad deberá entregar dicha documentación en el menor tiempo posible, previo pago por tal concepto. **3.2.** Los participantes y/o postores no verían restringido su derecho a interponer un recurso de apelación en la medida que, una vez otorgada la buena pro, la Entidad les brinde acceso al expediente de contratación -salvo la información prohibida o restringida según la ley de la materia- a más tardar al día siguiente de haberlo solicitado por escrito y les permita revisar y recabar la información que consideren necesaria a través de los distintos medios desarrollados en la presente opinión. (Opinión N.º 056-2018/DTN, de 24-04-2018, ff. 2.1, 2.2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ATtSH0>).

§ 1438. Alcance del concepto de “acceso a la información”. 2.1.1. En principio, debe mencionarse que el numeral 5) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú reconoce que toda persona tiene derecho a solicitar a cualquier entidad pública, sin expresión de causa, la información que requiera, así como a recibirla en el plazo legal y con el costo que suponga la solicitud. En relación con ello, el primer párrafo del artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, establece que “Las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.” En ese contexto, el Principio de Transparencia, previsto en el literal c) del artículo 2 de la Ley, establece que “Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.” (El subrayado es agregado). De conformidad con las normas citadas, y en concordancia con los criterios consignados en la Opinión N.º 250-2017/DTN la transparencia de los actos del Estado involucra todo el accionar de la Administración y se materializa mediante la implementación de mecanismos que permitan el acceso a la información de cualquier administrado o particular sobre la gestión de las finanzas públicas y demás actividades inherentes a las funciones del Estado. En ese sentido, el principio de transparencia previsto en la normativa de contrataciones del Estado, se encuentra íntimamente correlacionado con el derecho fundamental de toda persona al acceso a la información pública; esto es, la información producida y poseída por las entidades del Estado y que, en su caso, sirve como fundamento para la adopción de decisiones administrativas. (Opinión N.º 056-2018/DTN, de 24-04-2018, f. 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ATtSH0>).

§ 1439. La disposición referida a que los participantes, postores y/o terceros no pueden acceder a la información que forma parte de las ofertas cuyos requisitos de calificación no fueron analizados, prevalece por lo dispuesto en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. CONSULTA: “(...) sobre la posibilidad que en los supuestos previstos en el tercer párrafo del artículo 40 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 61 del Nuevo Reglamento], luego de otorgada la buena pro, los participantes, postores y/o terceros puedan obtener copia de las ofertas cuyos requisitos de calificación no fueron analizados por el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones y que forman parte del expediente de contratación, en aplicación de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública - Ley N.º 27806”. [...] 2.2. En relación con lo anterior, resulta necesario precisar que la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley dispone que el reglamento prevalece sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. Siendo ello así, y tomando en cuenta que dicha ley constituye una norma especial que prevalece sobre lo dispuesto en una norma de carácter general de igual jerarquía, como lo es la Ley de Transparencia, en la materia objeto de consulta corresponde la aplicación de lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado. [...] 3. CONCLUSIÓN: Los participantes, postores y/o terceros no pueden acceder a la información que forma parte de las ofertas cuyos requisitos de calificación no fueron analizados y revisados por el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, por lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado la cual constituye norma especial que prevalece sobre lo dispuesto en una norma de carácter general como lo es la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. (Opinión N.º 051-2017/DTN, de 21-02-2017, ff. 2.2 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SzvMnn>).



Artículo 62: Distribución de la buena pro

62.1. En el caso que, en la indagación de mercado se hubiese establecido que el requerimiento de la Entidad no puede ser cubierto por un solo proveedor, las bases prevén la posibilidad de distribuir la buena pro. Lo señalado en el presente numeral no es aplicable para la Subasta Inversa Electrónica.

62.2. El comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, otorga la buena pro al postor que hubiera obtenido el mejor puntaje, en los términos de su oferta y por la cantidad que hubiese ofertado. El saldo del requerimiento no atendido por el postor ganador es otorgado a los postores que le sigan, respetando el orden de prelación, siempre que cumplan con los requisitos de calificación y los precios ofertados no sean superiores al cinco por ciento (5%) del precio del postor ganador.

62.3. En caso que los precios ofertados superen dicho límite, para efectos de otorgarse la buena pro, los postores tienen la opción de reducir su oferta para adecuarse a la condición establecida en el numeral anterior.

Artículo 63: Notificación del otorgamiento de la buena pro

El otorgamiento de la buena pro se publica y se entiende notificado a través del SEACE, el mismo día de su realización, bajo responsabilidad del comité de selección u órgano encargado de las contrataciones, debiendo incluir el acta de otorgamiento de la buena pro y el cuadro comparativo, detallando los resultados de la calificación y evaluación.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1440. **Publicación del otorgamiento de la buena pro.** En los casos de adjudicación simplificada, el consentimiento de la buena pro se produce el mismo día de la notificación de su otorgamiento. Véase la jurisprudencia del artículo 64° del Nuevo Reglamento [§ 1443]. (Resolución N.º 1620-2017-TCE-S1, de 31-07-2017, f. 14. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2TkkQv4>).

Artículo 64: Consentimiento del otorgamiento de la buena pro

64.1. Cuando se hayan presentado dos (2) o más ofertas, el consentimiento de la buena pro se produce a los ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación de su otorgamiento, sin que los postores hayan ejercido el derecho de interponer el recurso de apelación. En el caso de adjudicaciones simplificadas, Selección de Consultores Individuales y Comparación de Precios, el plazo es de cinco (5) días hábiles.

64.2. En el caso de Subasta Inversa Electrónica, el consentimiento de la buena pro se produce a los cinco (5) días hábiles de la notificación de su otorgamiento, salvo que su valor estimado corresponda al de una Licitación Pública o Concurso Público, en cuyo caso se produce a los ocho (8) días hábiles de la notificación de dicho otorgamiento.

64.3. En caso que se haya presentado una sola oferta, el consentimiento de la buena pro se produce el mismo día de la notificación de su otorgamiento.

64.4. El consentimiento del otorgamiento de la buena pro es publicado en el SEACE al día siguiente de producido.

64.5. Una vez consentido el otorgamiento de la buena pro, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, remite el expediente de contratación al órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, el que se encarga de ejecutar los actos destinados a la formalización del contrato.

64.6. Asimismo, consentido el otorgamiento de la buena pro, el órgano encargado de las contrataciones o al órgano de la Entidad al que se le haya asignado tal función realiza la verificación de la oferta presentada por el postor ganador de la buena pro. En caso de comprobar inexactitud o falsedad en las declaraciones, información o documentación presentada, la Entidad declara la nulidad del otorgamiento de la buena pro o del contrato, dependiendo de la oportunidad en que se hizo la comprobación, de conformidad con lo establecido en la Ley y en el Reglamento. Adicionalmente, la Entidad comunica al Tribunal para que inicie el procedimiento administrativo sancionador y al Ministerio Público para que interponga la acción penal correspondiente. ⁽¹⁾

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

(1) Rectificado por fe de erratas (EP, 12-01-2019)

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1441. Fiscalización posterior de la documentación presentada por el adjudicatario. 20. [La] Entidad que de conformidad con lo establecido en el artículo 42 del Reglamento [cfr. art. 63 del Nuevo Reglamento], constituye una obligación de las Entidades someter a fiscalización posterior la documentación, declaraciones y traducciones que le son presentadas por el ganador de la buena pro dentro de su oferta o para efectos de la suscripción del contrato. Por lo tanto, la Entidad deberá cumplir con su obligación de someter a fiscalización posterior toda la documentación presentada por el Adjudicatario. (Resolución N.º 0290-2017-TCE-S3, de 08-03-2017, f. 20. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2S3XuIH>).

§ 1442. Revocatoria de la buena pro cuando hay incongruencia entre la oferta presentada y el requerimiento de las bases integradas. 37. [...] [Este] Colegiado, advierte que la referencia que se encuentra en el Catálogo del producto que propone, está vinculada a la carga máxima, y que la mejora solicitada en las bases está relacionada no a la carga máxima sino a la capacidad máxima de elevación; es decir, tal como ha informado la Entidad a solicitud de este Colegiado, se tratan de dos aspectos que si bien están vinculados, no son iguales, por lo que no es posible, tal como pretende el Impugnante, desvirtuar lo señalado en la declaración jurada de mejoras, a partir de la información que obra en el catálogo presentado. **38.** Por lo expuesto, no obstante que este Colegiado considera que en la oferta del Adjudicatario se acredita el cumplimiento de la mejora referida a la capacidad máxima de elevación del producto que oferta, conforme a lo establecido en las bases integradas, como ya se ha señalado de manera precedente, aquél incluyó documentación que evidencia una incongruencia respecto de la marca del equipo, razón por la cual corresponde disponer la revocatoria del otorgamiento de la buena pro a su favor, así como la descalificación de su oferta. (Resolución N.º 3033-2016-TCE-S4, de 26-12-2016, ff. 37 y 38. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2OWdJoW>).

§ 1443. Publicación del otorgamiento de la buena pro. En los casos de adjudicación simplificada, el consentimiento de la buena pro se produce el mismo día de la notificación de su otorgamiento. 14. [...] [C]onsiderando que el caso que nos ocupa se trata de una adjudicación simplificada, en la cual se presentó una (1) sola oferta, cabe precisar que, de acuerdo con lo establecido en el tercer párrafo del artículo 43 del Reglamento [cfr. art. 64.3 del Nuevo Reglamento], el consentimiento de la buena pro se produce **el mismo día de la notificación de su otorgamiento**. Adicionalmente, dicho artículo establece que el consentimiento de la buena pro debe ser publicado en el SEACE al día siguiente de producido. De otro lado, el segundo párrafo del artículo 42 del Reglamento [cfr. art. 63 del Nuevo Reglamento] señala que el otorgamiento de la buena pro en acto privado se publica y se entiende notificado a través del SEACE, el mismo día de su realización, bajo responsabilidad del comité de selección u órgano encargado de las contrataciones, debiendo incluir el acta de la buena pro y el cuadro comparativo, detallando los resultados de la calificación y evaluación. (Resolución N.º 1620-2017-TCE-S1, de 31-07-2017, f. 14. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2TkkQv4>).

§ 1444. La fiscalización posterior de la información y documentos presentados en el proceso de selección, se realiza de forma prioritaria respecto del postor ganador de la buena pro. Sin embargo, nada impide que se fiscalice también la información presentada por los demás participantes del proceso de selección. 35. En esa línea, cabe indicar que lo dispuesto en el párrafo final del artículo 42 del Reglamento [cfr. art. 63 del Nuevo Reglamento], el mismo que establece que *“las Entidades someten a fiscalización posterior, conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General la documentación/ declaraciones y traducciones presentadas por el ganador de la buena pro”*, no es óbice para que el Comité de Selección en búsqueda de la verdad material, a fin de corroborar la información presentada, verifique la información contenida en los documentos que



forman parte de la oferta de los postores. Ahora bien, dicha normativa lo que prevé es la obligación de las Entidades a someter a fiscalización posterior la documentación, declaraciones y traducciones, que le son presentadas por el ganador de la buena pro, ya sea dentro de su oferta o para efectos de la suscripción del contrato. Con dicha disposición se persigue focalizar la atención de la administración, dado el alto impacto económico que tienen las contrataciones estatales, en la documentación y declaraciones presentadas por el postor ganador, excluyéndose así la aleatoriedad prevista por el régimen general; sin embargo, ello no significa, como lo interpreta el Impugnante, que en ningún caso se pueda corroborar o verificar la información presentada por los participantes del procedimiento de selección distintos al ganador de la buena pro. En tal sentido, la actuación efectuada por el Comité de Selección no resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 42 del Reglamento ni mucho menos transgrede la presunción de veracidad de la cual se encuentra premunido los documentos que se cuestionan. **36.** Por otro lado, es importante aclarar que, contrariamente a lo afirmado por el Impugnante, en las Opiniones N.º 025-2017/DTN y N.º 096-2017/DTN no se establece que no se pueda en aplicación del principio de verdad material adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley respecto de los documentos contenidos en las ofertas de los postores distintos al ganador de la buena pro o que la fiscalización sólo se debe efectuar a los documentos presentados por el ganador de la buena pro, sino que mediante los mismos se establece que el procedimiento de fiscalización posterior regulado en el artículo 42 del Reglamento obligatoriamente debe efectuarse respecto de aquellos documentos, declaraciones y traducciones presentados por el postor ganador de la buena pro, de manera directa, sin que para ello sea necesario recurrir al sistema de muestreo que se encontraba establecido por el artículo 32 de la Ley N.º 27444. (Resolución N.º 1391-2017-TCE-S2, de 03-07-2017, ff. 35 y 36. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2qW7tnQ>).

§ 1445. El comité de selección es incompetente para pronunciarse sobre cualquier aspecto del otorgamiento de la buena pro una vez que ya hubiese declarado al ganador del proceso. 6. Tal como se ha reseñado en los antecedentes, el 24 de agosto de 2007 se llevó a cabo el acto de presentación y apertura de ofertas técnicas y económicas, en el cual el Comité Especial a cargo del proceso de selección dispuso otorgar la buena pro a la firma Empresa CESSM [...], del presente proceso de selección. Posteriormente, el Tercero Administrado solicitó al Comité Especial la rectificación de su puntaje al no haberse considerado la bonificación por provincia colindante y la bonificación conforme la Ley N.º 27143. Con fecha 03 de septiembre de 2007, el propio Comité Especial resuelve bonificar al Tercero Administrado con ambas bonificaciones, rectificando el puntaje total de su propuesta y ratificando la buena Pro. En ese sentido, el 13 de septiembre de 2007, el impugnante interpuso recurso de apelación contra el acto de otorgamiento de la buena pro del mencionado ítem. [...] **10.** Cabe resaltar que el Comité Especial era incompetente para pronunciarse sobre cualquier aspecto del otorgamiento de la buena pro, en tanto ya había declarado el ganador del proceso. En caso que alguno de los postores mostrara su disconformidad con el puntaje obtenido, sólo procede apelar la resolución del Comité Especial y elevar los actuados a este Tribunal; por lo que el acto descrito en el acta de fecha 03 de septiembre es nulo de pleno derecho. (Resolución N.º 1892-2007-TC-S1, de 05-11-2007, ff. 6 y 10. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2SM18aB>).

§ 1446. El pago es el medio probatorio idóneo para generar certeza sobre la ejecución de una prestación con la que se pretenda acreditar experiencia. En caso de existir indicios de inexactitud respecto a la conformidad de los contratos con los que el postor acreditó su experiencia, la Entidad deberá fiscalizar posteriormente la veracidad de estos. Véase la jurisprudencia del artículo 49º del Nuevo Reglamento [§ 1254]. (Resolución N.º 0293-2017-TCE-S1, de 08-03-2017, f. 32. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2PBuhI0>).

§ 1447. Si el postor ganador al que se le otorgó la buena pro no presenta la documentación o no concurra a suscribir el contrato de manera injustificada, perderá automáticamente la buena pro. Véase la jurisprudencia del artículo 119º del Nuevo Reglamento [§ 1651]. (Resolución N.º 0270-2016-TCE-S3, de 03-03-2016, ff. 4 y 5. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2DIItMWk>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1448. Los documentos dados por el postor, aun aquellos que no estén relacionados a los criterios de evaluación exigidos en las Bases, son materia de fiscalización posterior, al considerarse como información obrante en la propuesta. CONSULTA: 2. “Las bases estándar dispuestas en los procedimientos de selección de adquisición de bienes, no considera ciertos criterios de evaluación (ejm: Capacitación del personal), sin embargo, en el caso que el postor ganador de la buena pro, adicione documentos vinculados a capacitación u otros documentos no relacionados a los criterios de evaluación (certificación ISO), no solicitada en las bases ¿Corresponde la verificación posterior a la documentación presentada adicionalmente?”. [...] 2.3. Ahora bien, con relación a la consulta efectuada, es importante precisar que, la fiscalización está orientada a verificar todos los documentos presentados por el postor ganador de la buena pro. Con ello, debe entenderse que así se trate de documentos que no fueron exigidos en las bases, es información que el propio postor ha presentado como parte de su oferta y, por tanto, corresponde que sea sometida a fiscalización posterior, esto en la línea de lo previsto por el artículo 43.6 del Reglamento [cfr. art. 64.6 del Nuevo Reglamento], al considerarse como información obrante en la propuesta. No obstante, debe precisarse que si bien toda la documentación presentada en una oferta es sometida a fiscalización posterior, existen documentos que por su naturaleza se encuentran protegidos, ya sea por la reserva tributaria o el secreto bancario, entre otros. En dicho caso, las Entidades deben prever los mecanismos adecuados que resulten suficientes para verificar la información presentada por el postor, de forma tal que no se vulnere la protección que se brinda a esta clase de información en virtud de las leyes especiales. (Opinión N.º 156-2017/DTN, de 13-07-2017, ff. 2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2B7dC54>).

§ 1449. El procedimiento de fiscalización posterior deberá efectuarse, de manera obligatoria y directa, sobre todo postor ganador de la buena pro. CONSULTA: “Si bien el artículo 42 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF realiza una remisión normativa al artículo 32 de la Ley del Procedimiento Administrativo General sobre la aplicación del procedimiento de fiscalización posterior en las Entidades convocantes: ¿el último párrafo del artículo 42 del Reglamento corresponde interpretarlo en el sentido que la fiscalización posterior se realiza respecto de todos los expedientes de contratación que cuenten con ganador de la buena pro o se realiza bajo el sistema de muestreo, es decir, efectuándose sobre los expedientes de contratación que cuentan con buena pro otorgada y que resulten seleccionados de forma aleatoria a través del sistema de muestreo?” 2.3. Tal como se indicó en el numeral precedente la anterior normativa de contrataciones del Estado disponía que ante la duda razonable respecto de la veracidad de un documento presentado por un postor en su propuesta, el órgano encargado de las contrataciones procediera con la fiscalización posterior. No obstante, el presupuesto de “duda razonable” admitía cierto grado de subjetividad que se ha superado en las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado vigente. Así, el último párrafo del artículo 42 del Reglamento [cfr. art. 64.5 del Nuevo Reglamento] establece -de manera objetiva- que la documentación, declaraciones y traducciones presentadas por el postor ganador de la Buena Pro son sometidas a fiscalización posterior; sin embargo, señala que ello será realizado “(...) conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (...)”. De esta manera, si bien la remisión al artículo 32 de la Ley N.º 27444 “Ley del Procedimiento Administrativo General” podría entenderse en el sentido que debe realizarse un muestreo a partir del cual se efectúen las acciones correspondientes a la fiscalización posterior, no debe olvidarse que uno de los propósitos de las disposiciones que regulan la fiscalización posterior es disuadir la presentación de documentos falsos e información inexacta por parte de los proveedores. En ese sentido, teniendo en cuenta que el otorgamiento de la Buena Pro por parte del Comité Especial es la principal motivación de todo proveedor cuando participa en un proceso de selección, la manera más eficaz de disuadir la presentación de documentación falsa e información inexacta es establecer que la documentación presentada por el postor ganador de la Buena Pro necesariamente sea objeto de fiscalización posterior. Por lo tanto, considerando que uno de los propósitos de las disposiciones que regulan la fiscalización posterior es disuadir la presentación de documentos falsos e información inexacta por parte de los proveedores y en la línea de lo establecido en la anterior nor-



mativa de contrataciones del Estado, el procedimiento de fiscalización posterior regulado en el artículo 42 del Reglamento obligatoriamente debe efectuarse respecto de aquellos documentos, declaraciones y traducciones presentados por el postor ganador de la Buena Pro, de manera directa, sin que para ello sea necesario recurrir al sistema de muestreo establecido por el artículo 32 de la Ley N.º 27444 “Ley del Procedimiento Administrativo General”. [...] (Opinión N.º 025-2017/DTN, de 31-01-2017, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QwoBPm>).

§ 1450. **De declararse la nulidad de la buena pro, el proceso se retrotrae a la etapa de verificar los requisitos de calificación respecto del postor cuya oferta quedó en segundo lugar.** Véase la jurisprudencia del artículo 44º de la Ley [§ 701]. (Opinión N.º 034-2017/DTN, de 03-02-2017, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2E1d9oO>).

§ 1451. **Una vez otorgada la buena pro no se podrá efectuar agregados que impliquen alguna modificación a las reglas consolidadas durante el proceso de selección.** Véase la jurisprudencia del artículo 138º del Nuevo Reglamento [§ 1635]. (Opinión N.º 030-2011/DTN, de 15-03-2011, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QTcFmS>).

Artículo 65: Declaración de desierto

65.1. El procedimiento queda desierto cuando no se recibieron ofertas o cuando no exista ninguna oferta válida, salvo en el caso de la Subasta Inversa Electrónica en que se declara desierto cuando no se cuenta con dos (2) ofertas válidas.

65.2. Cuando un procedimiento de selección es declarado desierto total o parcialmente, el órgano encargado de las contrataciones o el comité de selección, según corresponda, emite un informe al Titular de la Entidad o al funcionario a quien haya delegado la facultad de aprobación del expediente de contratación en el que justifique y evalúe las causas que no permitieron la conclusión del procedimiento, debiéndose adoptar las medidas correctivas antes de convocar nuevamente. Dicho informe es registrado en el SEACE.

65.3. Cuando los procedimientos de selección se declaran desiertos, la siguiente convocatoria se efectúa siguiendo el mismo procedimiento de selección. En el caso de Licitación Pública o Concurso Público, la siguiente convocatoria se efectúa siguiendo el procedimiento de Adjudicación Simplificada.

65.4. Si una Subasta Inversa Electrónica es declarada desierta por segunda vez, la siguiente convocatoria se realiza bajo el mismo procedimiento, salvo que la Entidad como resultado del análisis efectuado en el informe de declaratoria de desierto determine su convocatoria a través de Adjudicación Simplificada.

65.5. En el supuesto que se haya excluido la ficha técnica objeto del procedimiento antes de la segunda convocatoria, esta se efectúa siguiendo el procedimiento de Adjudicación Simplificada.

65.6. Cuando se declare desierto el procedimiento de selección convocado para la contratación de seguros patrimoniales y se opte por utilizar el mecanismo regulado en el literal f) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley, la Entidad verifica que la empresa de seguros a contratar cumpla con los siguientes requisitos:

a) Encontrarse legalmente constituida en un Estado que cuente con una clasificación de riesgo con grado de inversión.

b) Encontrarse bajo la supervisión de autoridad competente en el país de su constitución.

c) Contar con autorización de la autoridad competente en el país de su constitución para asegurar riesgos contratados desde el extranjero, incluyendo la cobertura del riesgo que contrata con la Entidad.

d) No tener impedimento legal para pagar, en moneda de libre convertibilidad, las obligaciones que resulten del contrato de seguro que suscribe con la Entidad, lo que es acreditado por la autoridad competente en el país de su constitución.

e) Acreditar que en su país de origen no existen restricciones gubernamentales o legales para la libre transferencia de recursos para fines del pago de las obligaciones que resulten del contrato de seguro.

f) Contar con una clasificación de riesgo vigente otorgada por una empresa clasificadora de riesgo debidamente autorizada por la autoridad competente en el país de su constitución. La clasificación no tiene

una antigüedad mayor a doce (12) meses a la fecha en la que se realiza la contratación y la categoría resultante de la misma asegura la fortaleza financiera necesaria para garantizar el pago de las obligaciones que resulten del contrato de seguro.

65.7. La publicación de la declaratoria de desierto de un procedimiento de selección se registra en el SEACE, el mismo día de producida.

COMUNICADO DEL OSCE

- (i) Comunicado N.º 001-2019-OSCE (07-02-2019): Bases y solicitudes de expresión de interés estándar contenidas en la Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD. Las Bases y Solicitud de Expresión de Interés Estándar contenidas en la Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (**D-001**) no resultan aplicables a la siguiente convocatoria de los procedimientos declarados desierto que fueron convocados originalmente antes del 30 de enero del 2019. En tal sentido, para la siguiente convocatoria de dichos procedimientos se deben usar los documentos estándar vigentes a la fecha de la convocatoria original. Texto completo: <bit.ly/2GlnFC9>.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1452. Puede revocarse el acto que declara desierto el procedimiento, si esto último se dio debido a la exigencia al postor de un requisito que no se previó en las bases del procedimiento. **13.** [...] [En] las bases del procedimiento de selección no se requirió que los postores consignen el cronograma de entrega de bienes a contratar en el Anexo N.º 04 - Declaración Jurada de Plazo de Entrega. Asimismo, de la revisión de las bases del procedimiento de selección, no se aprecia indicación alguna donde se requiera que los postores debieron adjuntar el cronograma de entrega de bienes a contratar, de manera obligatoria para la admisión en su oferta. **14.** En ese sentido, considerando que no era requisito para la admisión de sus ofertas, que los postores consignen el cronograma de entrega de bienes como parte del referido Anexo N.º 4, no correspondía que el comité de selección no admita la oferta del Impugnante por haber omitido consignar dicho cronograma en el mencionado Anexo N.º 04. **15.** Ahora bien, habiéndose verificado que el Impugnante sí cumplió con presentar el Anexo N.º 04 de acuerdo con lo establecido en las bases del procedimiento de selección, corresponde revocar la decisión del comité de selección de no admitir su oferta. Cabe anotar que el procedimiento de selección fue declarado desierto; por lo que corresponde además revocar dicho acto y admitir la oferta del Impugnante. (Resolución N.º 2906-2016-TCE-S3, de 09-12-2016, ff. 13 al 15. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2Dwv8Cz>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1453. Las correcciones que se dicten con motivo de evitar una nueva declaratoria de desierto, sólo pueden estar referidas a aquellos motivos que dieron origen a la declaratoria de desierto y no a otros aspectos que no guarden relación con ello. **2.2.** [...] De los citados dispositivos, se desprende que la Entidad debía efectuar un análisis que le permitiera identificar las causas que motivaron la declaración de desierto, de modo tal que, antes de convocar la Adjudicación de Menor Cuantía derivada, pudiera corregir los extremos correspondientes. Ahora bien, luego de dicho análisis, el Comité Especial podía concluir que la ausencia de propuestas válidas se debió a, por ejemplo, un valor referencial muy bajo, especificaciones técnicas restrictivas de la competencia, factores de evaluación poco idóneos, poca diligencia de los proveedores al elaborar sus propuestas, etc. En esa medida, una vez identificadas las razones que generaron la ausencia de propuestas válidas, correspondía a la Entidad adoptar las medidas correctivas necesarias a efectos de evitar una nueva declaratoria de desierto; por tanto, las correcciones debían estar referidas solo a aquellos motivos que dieron origen a la declaratoria de desierto, y no a otros aspectos que no guarden relación con ello. [...] **2.4.** En ese orden de ideas, una vez identificadas las razones que originaron la ausencia de propuestas válidas, correspondía que la Entidad adopte las medidas correctivas necesarias a efectos de evitar una nueva declaración de desierto; en esa medida, dichas correcciones solo podían estar referidas a los motivos que dieron origen a la declaración de desierto y no a aspectos que no guarden relación con ello; por tanto, solo podía efectuarse la modificación del valor referencial cuando este hubiera sido la causa de la ausencia de propuestas válidas o cuando su

antigüedad generaba la necesidad de actualizarlo. (Opinión N.º 183-2016/DTN, de 30-11-2016, ff. 2.2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CzViDO>).

§ 1454. **Para la convocatoria de una Adjudicación Simplificada, derivada de un Concurso Público declarado desierto, corresponde aplicar las Bases Estándar del procedimiento de Adjudicación Simplificada que forman parte de la Directiva vigente con las modificaciones introducidas por otra resolución posterior.** CONSULTA: “Para la convocatoria de una Adjudicación Simplificada, derivada de un Concurso Público declarado desierto, ¿corresponde aplicar las Bases Estándar del procedimiento de Adjudicación Simplificada que formaban parte de la Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)], aprobada por Resolución N.º 008-2016-OSCE/PRE, dado que se encontraba vigente a la fecha de su primera convocatoria, o debe considerarse las modificaciones introducidas por la Resolución N.º 304-2016-OSCE/PRE; dado que a la fecha se encuentran vigentes? 2.1.1. [...] [El] cuarto párrafo del artículo 44 del Reglamento [cfr. art. 65.3 del Nuevo Reglamento] dispone que “Cuando los procedimientos de selección se declaran desiertos, la siguiente convocatoria debe efectuarse siguiendo el mismo procedimiento de selección. En el caso de licitación pública sin modalidad o concurso público, la siguiente convocatoria debe efectuarse siguiendo el procedimiento de adjudicación simplificada”. 2.1.2. Ahora bien, se consulta sobre la versión de las Bases Estandarizadas aplicables a la siguiente convocatoria del procedimiento de selección; es decir, si debe aplicarse a la segunda convocatoria (a efectuarse mediante Adjudicación Simplificada) las Bases Estandarizadas, aprobadas mediante Resolución N.º 008-2016-OSCE/PRE, de fecha 9 de enero de 2016, o las Bases Estandarizadas, modificadas mediante Resolución N.º 304-2016-OSCE/PE, de fecha 19 de agosto de 2016. Sobre el particular, tal como lo señala la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley, “Las contrataciones del Estado se llevan a cabo conforme a la presente Ley, a su Reglamento así como a las directivas que el OSCE elabore para tal efecto; conjuntamente con los documentos estándar, manuales, y demás documentos de orientación que se ponen a disposición de los usuarios de la contratación pública”. [...] Del mismo modo, el artículo 26 del Reglamento [cfr. art. 47.3 del Nuevo Reglamento] establece que “El comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, elabora los documentos del procedimiento de selección a su cargo, utilizando obligatoriamente los documentos estándar que aprueba el OSCE y la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación aprobado” (el subrayado es agregado). De acuerdo a la Resolución N.º 304-2016-OSCE/PE, que modifica la Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD “Bases y Solicitud de Expresión de Interés Estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley N.º 30225” [Cabe indicar que las Bases Estándar modificadas mediante Resolución N.º 304-2016-OSCE/PE únicamente precisan las Bases Estándar aprobadas por Resolución N.º 008-2016-OSCE/PRE], cabe indicar que su finalidad es orientar a las Entidades sobre el contenido y obligatoriedad de su utilización para los procedimientos de selección que se convoquen en el marco de la Ley N.º 30225. Del mismo modo, de acuerdo al Acápite III de la citada Directiva, ésta es de cumplimiento obligatorio para todas las entidades que se encuentren bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme al artículo 3 de la Ley. Finalmente, el Acápite IX, referido a las disposiciones finales, señala que “La presente Directiva es aplicable a los procedimientos de selección que se convoquen a partir de su entrada en vigencia”. En ese sentido, al procedimiento de Adjudicación Simplificada -correspondiente a la segunda convocatoria de acuerdo a lo establecido por el artículo 44 del Reglamento- se le aplica la Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD vigente al momento de ser convocado dicho procedimiento, en consecuencia, le son aplicables las Bases modificadas mediante Resolución N.º 304-2016-OSCE/PE. (Opinión N.º 200-2016/DTN, de 20-12-2016, f. 3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2sH5iVP>).

§ 1455. **La declaración de desierto no da por culminado el procedimiento de selección. Puede declararse la nulidad de oficio de un procedimiento de selección declarado desierto, por cuanto esta declaración no supone la conclusión del referido proceso de selección.** Véase la jurisprudencia del artículo 44.2 de la Ley [§ 703]. (Opinión N.º 010-2016/DTN, de 22-01-2016, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2L91K7l>).

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 1456. Si un proceso de selección es declarado nulo y debe ser convocado nuevamente, bajo ningún concepto cabe que sea considerado como una segunda o tercera convocatoria. **Declaración de desierto.** [...] [Se] ha verificado que la Adjudicación Directa [...] fue declarada nula mediante Resoluciones de Alcaldía [...], disponiéndose que el proceso se retrotraiga a la etapa de convocatoria. En vista de ello, luego de la emisión de las referidas resoluciones correspondía realizar nuevamente la convocatoria del referido proceso, por lo que el registro de una “segunda convocatoria” resulta irregular, toda vez que ésta sólo se lleva a cabo en los casos en que el proceso ha sido declarado desierto por no haber quedado válida ninguna oferta, tal como lo señala el artículo 32º de la Ley [cfr. art. 65 del Nuevo Reglamento]. [...] (Pronunciamiento N.º 172-2008/DOP, de 21-05-2008, Observaciones N.º 01 y 05. Dirección de Operaciones. Texto completo: <bit.ly/2G9W1xK>).

Artículo 66: Publicidad de las actuaciones

La admisión, no admisión, evaluación, calificación, descalificación y el otorgamiento de la buena pro es evidenciada en actas debidamente motivadas, las mismas que constan en el SEACE desde la oportunidad del otorgamiento de la buena pro.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1457. **Necesidad de motivación por parte de las Entidades respecto a la no admisión o descalificación de una oferta, para que el administrado sepa los motivos de estas.** 127. En este punto, es importante traer a colación lo establecido en el artículo 45 del Reglamento [cfr. art. 66 del Nuevo Reglamento], el cual dispone que “La evaluación, calificación y el otorgamiento de la buena pro debe constar en actas debidamente motivadas, las mismas que deben ser publicadas en el SEACE en la oportunidad del otorgamiento de la buena pro”. 128. En efecto, resulta sumamente importante que las entidades motiven la no admisión o descalificación de una oferta con motivo de la evaluación o calificación efectuada a la misma, ya que ello permite que el administrado tome conocimiento claro y real de los motivos que conllevaron su no admisión o descalificación, de tal manera que al conocer las razones que fundamentaron la decisión adoptada pueda, de ser el caso, cuestionarla en virtud al ejercicio de su derecho de defensa. Sólo así, los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo que comprende, además del derecho a exponer argumentos y ofrecer y producir pruebas, así como al derecho de obtener una decisión motivada y fundada en derecho. 129. En el presente caso, se advierte que los cuestionamientos a la propuesta del Impugnante “C” han sido planteados por la Entidad recién en esta instancia, no habiendo sido conocidos por la citada empresa con motivo de lo expuesto en el Acta de Evaluación y Calificación de Ofertas, lo cual resulta contrario a Ley, más aún cuando el Impugnante, al no conocerlos no ha planteado en su recurso de apelación ningún cuestionamiento al respecto. En esa medida, dado que este Colegiado solo puede emitir pronunciamiento respecto a aquello que ha sido impugnado, no siendo lo indicado por la Entidad parte de ello, y ejerciendo este Tribunal su potestad resolutive en atención a los puntos controvertidos definidos según los hechos alegados por el Impugnante en su apelación, no resulta factible emitir pronunciamiento sobre lo indicado. [...]. (Resolución N.º 2517-2016-TCE-S3, de 25-10-2016, ff. 127 al 129. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2GdO4YY>).

§ 1458. **A pesar de la discrecionalidad de la que pueda gozar el comité de selección, esto no es motivo para que no se motive adecuadamente el por qué se ha tomado determinada decisión sobre la oferta de un postor, identificando de manera clara y precisa, los motivos de la misma.** 14. Sin perjuicio de la oportunidad de la motivación expuesta por la Entidad, esta Sala advierte que el comité de selección decidió no admitir la oferta del Impugnante debido a que el “Certificado de garantía del tiempo ofertado” solamente fue presentado una vez en la oferta, en el extremo referido a los docu-



mentos de presentación obligatoria, pero no una segunda vez para acreditar el requerimiento técnico mínimo, pues a criterio de dicho colegiado, el referido documento debió ser presentado dos veces en la oferta a fin que ésta sea admitida. Resulta necesario precisar que la decisión del comité de selección de no admitir la oferta del Impugnante al no haber presentado dos veces un mismo documento dentro de la oferta, amparada en la discrecionalidad y en los principios de eficiencia y eficacia, justamente constituye una afectación a dichos principios, pues aquellos tienen por objeto la toma de decisiones orientadas al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, debiendo recalarse que la presentación de un documento como parte de la oferta, resulta suficiente para acreditar las condiciones requeridas en uno o varios extremos de las bases, sea que se trate para la admisión de las ofertas, la evaluación de los factores de evaluación o los requisitos de calificación. Asimismo, debe tenerse presente que la discrecionalidad aludida por la Entidad se sustenta en el marco de la Ley y del Reglamento, mas no en decisiones ajenas a principios como los antes expresados, lo que permite evidenciar una actitud del comité de selección totalmente ajena a la consecución de los fines y objetivos de la Entidad. En adición a ello, debe tenerse presente que las ofertas deben ser evaluadas y calificadas de manera integral y no por secciones o partes, correspondiendo resaltar el hecho que los postores solamente se encuentran obligados a presentar aquellos documentos contemplados, de manera expresa, en el acápite del capítulo II de las bases denominado “Documentos de presentación obligatoria”. Al respecto, dicho acápite de las bases comprende los “Documentos para la admisión de la oferta” y los “Documentos para acreditar los requisitos de calificación”, cuyo listado tiene por objetivo precisar los documentos que los postores deben presentar para acreditar las especificaciones técnicas, así como los requisitos de calificación previstos en las bases, respectivamente. En tal sentido, el hecho que la garantía solo haya sido considerada dentro del listado correspondiente a la admisión de las ofertas, requería la acreditación de dicha condición con la presentación de la respectiva declaración jurada, por lo que, en ningún supuesto hubiese sido posible solicitar la acreditación de la referida garantía por una segunda vez. **15.** Por tanto, éste Colegiado es de la opinión que al momento de evaluar la oferta del Impugnante deba tenerse presente que, bajo ningún supuesto de análisis, resulta necesario que aquél presente el “Certificado de garantía del tiempo ofertado” dos veces a fin de cumplir con las exigencias de las bases. Conforme a lo expuesto, corresponde que el comité de selección tome en cuenta lo expuesto al momento de motivar o sustentar la evaluación de la oferta del Impugnante, a fin de evitar interpretaciones que pudieran resultar ajenas a las bases integradas y contrarias a lo establecido en la Ley y su Reglamento. **16.** En dicho contexto, resulta de singular importancia traer a colación la trascendencia de la motivación de los actos administrativos que emiten las entidades públicas, de manera que permitan al administrado tomar conocimiento real y expreso acerca de los alcances de los pronunciamientos o decisiones tomadas, y de dicho modo, pueda ejercer a cabalidad el derecho de defensa que le asiste, al amparo de lo establecido en el numeral 1.23 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG [Ley del Procedimiento Administrativo General], conforme al cual los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. **17.** En efecto, la motivación del acto administrativo constituye tanto un derecho para los administrados como un deber para la Administración, y en dicho sentido, el numeral 1 del artículo 6 de la LPAG, prescribe que el acto administrativo debe ser motivado mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes al caso específico y la exposición de las razones fácticas y jurídicas que justifican el acto adoptado. **18.** Cabe indicar que este derecho a la motivación de los administrados se garantiza siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos y las pretensiones formuladas por las partes; y c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión. **19.** Asimismo, no debe perderse de vista que la motivación de las decisiones administrativas constituye un principio constitucional implícito en la organización del Estado, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración dé cuenta tanto de los hechos

como de la interpretación de las normas y del razonamiento realizado por el funcionario o colegiado en cada una de sus decisiones. 20. Ahora bien, tal como se ha señalado en los fundamentos precedentes, se advierte que con motivo de la evaluación de ofertas, el comité de selección no expresó una motivación idónea para descalificar la oferta del Impugnante, al no identificar con claridad el o los requerimientos de las bases que no fueron cumplidos por la oferta del Impugnante, habiendo recién precisado, con ocasión del informe complementario el motivo correcto de la descalificación y que, por lo tanto, no ha podido ser plenamente cuestionado a través del presente recurso, siendo que ello, a su vez, ha producido que el Impugnante fundamente su recurso de apelación en aspectos diferentes a los considerados por la Entidad para descalificar su oferta. En tal sentido, puede apreciarse que, en el presente caso, no existe una motivación idónea por parte del comité de selección de las razones fácticas, técnicas y/o jurídicas que justifiquen la decisión adoptada. (Resolución N.º 2516-2016-TCE-S2, de 25-10-2016, ff. 14 al 20. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2DYTbtD>).

§ 1459. La motivación como derecho del postor en el rechazo de su oferta. La motivación se encuentra implícita en el principio de transparencia. Véase la jurisprudencia del artículo 68º del Nuevo Reglamento [§ 1460]. (Resolución N.º 2320-2016-TCE-S4, de 30-09-2016, ff. 10 al 12. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2RP8wAE>).

Artículo 67: Cancelación del procedimiento de selección

67.1. Cuando la Entidad decida cancelar total o parcialmente un procedimiento de selección, por causal debidamente motivada, de acuerdo a lo establecido en el artículo 30 de la Ley, comunica su decisión dentro del día siguiente y por escrito al comité de selección o al órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, debiendo registrarse en el SEACE la resolución o acuerdo cancelatorio al día siguiente de esta comunicación. Esta cancelación implica la imposibilidad de convocar el mismo objeto contractual durante el ejercicio presupuestal, salvo que la causal de la cancelación sea la falta de presupuesto.

67.2. La resolución o acuerdo que formaliza la cancelación está debidamente motivada y es emitida por el funcionario que aprobó el expediente de contratación u otro de igual o superior nivel.

67.3. El alcance del numeral 30.2 del artículo 30 la Ley se determina, cuando menos, en función del análisis de la motivación de la resolución o acuerdo que formaliza la cancelación.

Artículo 68: Rechazo de ofertas

68.1. En el caso de la contratación de bienes, servicios en general y consultorías en general, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, solicita al postor la descripción a detalle de todos los elementos constitutivos de su oferta cuando, entre otros, i) la oferta se encuentra sustancialmente por debajo del valor estimado; o ii) no se incorpore alguna de las prestaciones requeridas o estas no se encuentren suficientemente presupuestadas.

68.2. La Entidad puede proporcionar un formato de estructura de costos con los componentes mínimos materia de acreditación, así como solicitar al postor la información adicional que resulte pertinente, otorgándole para ello un plazo mínimo de dos (2) días hábiles de recibida dicha solicitud. Una vez cumplido con lo indicado en precedentemente, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, determina si rechaza la oferta, decisión que es fundamentada.

68.3. En el supuesto que la oferta supere el valor estimado, para efectos que el comité de selección considere válida la oferta económica, aquella cuenta con la certificación de crédito presupuestario correspondiente y la aprobación del Titular de la Entidad; ambas condiciones son cumplidas como máximo a los cinco (5) días hábiles, contados desde la fecha prevista en el calendario para el otorgamiento de la buena pro, bajo responsabilidad. Tratándose de compras corporativas el referido plazo como máximo es de diez (10) días hábiles.

68.4. Tratándose de consultoría de obras y ejecución de obras, se rechaza la oferta que supere el valor referencial en más del diez por ciento (10%) y que se encuentran por debajo del noventa por ciento (90%).

68.5. Para que el comité de selección considere válida la oferta económica que supere el valor referencial, hasta el límite máximo previsto en el numeral anterior, se cuenta con la certificación de crédito presupuestario suficiente y la aprobación del Titular de la Entidad, en el mismo plazo establecido en el numeral 68.3, salvo que el postor acepte reducir su oferta económica.

68.6. En caso no se cuente con la certificación de crédito presupuestario conforme se requiere en los numerales precedentes, se rechaza la oferta.

68.7. Lo dispuesto en los numerales precedentes no es aplicable para la Subasta Inversa Electrónica, salvo lo dispuesto en el numeral 68.3. ⁽¹⁾

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

(1) Rectificado por fe de erratas (EP, 12-01-2019)

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1460. La motivación como derecho del postor en el rechazo de su oferta. La motivación se encuentra implícita en el principio de transparencia. 10. [...] [La] administración pública debe ejercer el poder que le ha sido otorgado, respetando el derecho de los postores de tener pleno acceso a la información relativa al procedimiento de selección, para lo cual resulta imperativo que exponga las razones o justificaciones objetivas que la llevaron a adoptar una determinada decisión, de tal modo que los administrados se encuentren en la posibilidad de acceder y/o conocer directamente el sustento preciso y suficiente de la no admisión o descalificación de sus ofertas en el marco de un procedimiento de selección. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el principio en mención, se encuentra vinculado, entre otros, al requisito de validez del acto administrativo denominado motivación, previsto en el numeral 4 del artículo 3 de la Ley N.º 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante la LPAG, en virtud del cual el acto emitido por la autoridad pública, debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. 11. En relación a ello, resulta necesario indicar que el acto de admisión, evaluación y calificación de ofertas conlleva una declaración que la Entidad realiza en el marco de normas de derecho público -la normativa de contratación pública-, que produce efectos jurídicos sobre determinados administrados (los postores), ya sea de admitir, no admitir o descalificar sus ofertas y, de ser el caso, otorgar la buena pro a aquella que haya obtenido el mejor puntaje y cumpla con todos los requisitos de calificación, en el desarrollo de un procedimiento administrativo especial denominado "procedimiento de selección". Por tanto, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1 de la Ley del Procedimiento Administrativo - Ley N.º 27444, en adelante la LPAG, la admisión, evaluación, calificación y otorgamiento de la buena pro constituyen actos administrativos. Siendo esto así, la admisión de ofertas realizada por el Comité Selección, en su calidad de acto administrativo, debe cumplir con requisitos de validez tales como: i) ser emitido por el órgano competente, en este caso, el Comité Especial; ii) tener un objeto o contenido específico, referido a otorgar la opción de contratar a la propuesta que haya obtenido la mejor calificación; iii) adecuarse a una finalidad pública, a saber la contratación de bienes, obras y servicios en las mejores condiciones técnicas al más bajo costo posible; iv) haber sido emitido en el marco de un procedimiento regular, entiéndase el proceso de selección, cuyas reglas han sido previamente establecidas en las bases y; v) contener una motivación debida. 12. Así tenemos que, la motivación también se encuentra implícita en el principio de transparencia, cuya relevancia resulta innegable para la realización plena de un Estado Democrático, en el que el poder público se encuentra sometido al marco jurídico, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la administración da cuenta tanto de los hechos que sirven de base a su evaluación, así como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado en cada una de sus decisiones. (Resolución N.º 2320-2016-TCE-S4, de 30-09-2016, ff. 10 al 12. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2RP8wAE>).

§ 1461. Para rechazar una oferta, las Entidades previamente deben requerir a los postores la información sobre los elementos constitutivos de sus ofertas, y una vez remitida la información solicitada o vencidos el plazo otorgado sin haber remitido la información, determinar si existe riesgo de incumplimiento. 11. [Se] aprecia que en contravención con la normativa citada, el comité de selección no solicitó al Impugnante por escrito o por medios electrónicos la descripción a detalle todos los elementos consultivos de su oferta, ni mucho menos le otorgó el plazo de dos (2) días que se dispuso en las bases. El comité, contrariamente a lo antes señalado, en el mismo acto de presentación de ofertas y otorgamiento de buena pro (el 24 de octubre de 2016), solicitó, a quien representaba al Impugnante en dicho acto, el sustento de las diferencias del valor estimado con el precio ofertado, sin requerirle los elementos constitutivos de su oferta; sin perjuicio de ello, el comité señaló que realizó una revisión de los elementos constitutivos de la oferta, advirtiendo que “algunas” de las prestaciones no se encuentran previstas o suficientemente presupuestadas; sin embargo, estas no fueron detalladas en el acta señalada ni en el informe remitido por la Entidad. Finalmente el comité decidió rechazar la oferta al existir “riesgo” para garantizar la adquisición del bien. Asimismo, en su Informe Técnico Legal la Entidad, además de las razones antes expuestas, que conllevaron al comité de selección a rechazar la oferta del Impugnante, señaló otras razones que no fueron explicitadas en su oportunidad, evidenciándose por lo tanto una falta de motivación en la decisión. Lo antes señalado, evidencia deficiencias en la decisión adoptada por el comité de selección para rechazar la oferta del Impugnante, pues no cumplió con lo regulado en la Ley, el Reglamento de Contrataciones del Estado y las bases integradas. 12. Conforme al análisis expuesto, este Tribunal considera relevante señalar que para rechazar una oferta, las Entidades previamente deben requerir a los postores la información sobre los elementos constitutivos de sus ofertas, y entorno a ello, y una vez remitida la información solicitada o vencidos el plazo otorgado sin haber remitido la información, determinar si existe riesgo de incumplimiento. Sin embargo, en el caso particular, el comité de selección solicitó al representante del Impugnante en el mismo acto público de otorgamiento de buena pro la “diferencia del valor referencial” (información que la normativa precitada no contempla), y sin que éste último tenga oportunidad de presentar información alguna que sustente su oferta. (Resolución N.º 3059-2016-TCE-S2, de 28-12-2016, ff. 11 y 12. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2TqJD0x>).

§ 1462. El comité especial está obligado a exponer las razones que motivaron la descalificación del postor. 2. [...] [El] comité especial se encontraba obligado a exponer las razones que motivaron la descalificación del postor recurrente a fin que este, de ser el caso, pueda cuestionar dicha decisión a través de los recursos administrativos que la ley franquea, en la medida que solo se puede impugnar aquello que se conoce en forma oportuna y cabal. Por la razón anotada, corresponde poner en conocimiento del Órgano de Control Institucional de la entidad los hechos acontecidos a fin que deslinde las responsabilidades a las que haya lugar. (Resolución N.º 259-2006-TC-SU, de 27-04-2006, f. 2. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2RZ2z59>).

§ 1463. No puede denegarse una oferta en base a un requerimiento que no fue observado oportunamente, pues esto afectaría el derecho de contradicción del postor. El órgano encargado de las contrataciones debe justificar de manera razonable la denegatoria de una oferta por una incorrecta estipulación de la marca. Véase la jurisprudencia del artículo 60º del Nuevo Reglamento [§ 1423]. (Resolución N.º 2996-2016-TCE-S2, de 22-12-2016, f. 10. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2DGSExM>).

§ 1464. Necesidad de motivación por parte de las Entidades respecto a la no admisión o descalificación de una oferta, para que el administrado sepa los motivos de estas. Véase la jurisprudencia del artículo 66º del Nuevo Reglamento [§ 1457]. (Resolución N.º 2517-2016-TCE-S3, de 25-10-2016, ff. 127 al 129. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2GdO4YY>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1465. Un instrumento de gestión interna que regule la admisión de ofertas estableciendo topes máximos o mínimos para su validez, contraviene la Ley de Contrataciones con el Estado.



CONSULTA: 2.1. “Bajo los alcances de la Ley N.º 30225 y el D.S. N.º 350-2015-EF ¿Es posible que una Entidad Pública puede emitir y aprobar un instrumento de gestión interno (por ejemplo una Directiva) que establezca topes máximos o mínimos (como en el caso de obras) del valor estimado a fin de que los Comités de Selección rechacen las ofertas de los postores que superen dichos límites?”. [...] 2.1.3. Ahora bien, la consulta se encuentra relacionada con el supuesto en el cual la Entidad quiera establecer un instrumento de gestión interna destinado a regular la admisión de las ofertas estableciendo topes máximos o mínimos para los montos ofertados en el caso de bienes y servicios. Sobre el particular, como se ha mencionado en el numeral precedente, la normativa no ha previsto límites respecto a los montos que puedan ofertar los postores, existiendo la posibilidad de que estos oferten montos por debajo o por encima del valor estimado de la contratación. No obstante, sí ha regulado de forma expresa el procedimiento que la Entidad debe seguir en caso una oferta sea sustancialmente inferior al valor estimado o supere dicho valor. En dicho sentido, existe una regulación expresa sobre el procedimiento que debe seguir un Comité de Selección cuando una propuesta supere el monto del valor estimado o sea sustancialmente inferior a este, no pudiendo rechazarla de forma automática sin antes haber agotado los pasos establecidos en el artículo 54 del Reglamento [cfr. art. 68 del Nuevo Reglamento]. A ello debe agregarse que, si bien cada Entidad está facultada para establecer regulaciones de gestión interna, esta es una facultad que debe efectuarse respetando la discrecionalidad establecida en el artículo 9 de la Ley para ello, la misma que solo es aplicable cuando ni la Ley ni el Reglamento contengan disposiciones específicas sobre la materia a regular, debiendo siempre cumplirse con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado. 2.1.4. En dicha medida, un instrumento de gestión interna que regule la admisión de ofertas estableciendo topes máximos o mínimos para su validez, contraviene la Ley en tanto implica la ejecución de actuaciones contrarias a las previstas en la normativa de contrataciones del Estado. [...] (Opinión N.º 199-2016/DTN, de 20-12-2016, ff. 2.1, 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zvqlhW>).

§ 1466. **El límite inferior al valor referencial que habilita a una Entidad a rechazar una oferta aplica solo en determinados objetos contractuales.** CONSULTA: 2.1. “¿Cuál será el rango tomado como término promedio o el porcentaje, para considerar una oferta como sustancialmente inferior al valor referencial?”. 2.1.2. [...] En esa medida, respecto del **límite inferior** establecido para el rechazo de ofertas, el numeral 28.1 del citado artículo [cfr. art. 28 de la Ley y el art. 68 del Nuevo Reglamento] dispone que: “Para la contratación de **bienes y servicios**, la Entidad puede rechazar toda oferta por debajo del valor referencial si determina que, luego de haber solicitado por escrito o por medios electrónicos al proveedor la descripción a detalle de la composición de su oferta para asegurarse de que pueda cumplir satisfactoria y legalmente sus obligaciones del contrato, se acredita mediante razones objetivas un probable incumplimiento”. (El subrayado es agregado). Asimismo, el segundo párrafo del numeral 28.2 del mismo dispositivo establece que, “En los casos de **ejecución y consultoría de obras**, la entidad rechaza las ofertas que se encuentren por debajo en un 20% del promedio de todas las ofertas admitidas, incluido el Valor Referencial”. (El subrayado es agregado). De esta manera, se desprende que, el límite inferior al valor referencial que habilita a una Entidad a rechazar una oferta, aplica solo para determinados objetos contractuales; siendo que, para el caso de bienes, servicios en general y consultorías en general, la normativa no ha previsto un porcentaje uniforme como límite para el rechazo de ofertas; mientras que en el caso de ejecución y consultoría de obras, dicho límite corresponde al veinte por ciento (20%) del promedio resultante de todas las ofertas admitidas y el valor referencial. [...] (Opinión N.º 135-2017/DTN, de 15-06-2017, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T2PQ1U>).

§ 1467. **El comité de selección es competente para adoptar decisiones basadas en los criterios que estime pertinentes de acuerdo a la naturaleza y objeto de la contratación. El comité podrá requerir información adicional en los casos de ofertas por debajo del valor referencial, a fin de evaluar la factibilidad de estas.** CONSULTA: 2.2. “¿De no establecerse un rango mínimo, qué criterios deberán evaluar los Comités de Selección para considerar una oferta como sustancialmente por debajo del valor referencial?”. [...] Sin perjuicio de ello, corresponde señalar que, en el marco de un procedimiento de

selección para contratar bienes, servicios en general o consultorías en general, el comité de selección, o el órgano encargado de las contrataciones –según corresponda–, es competente para adoptar decisiones basadas en los criterios que estime pertinentes de acuerdo a la naturaleza y objeto de la contratación, a fin de determinar si una oferta se encuentra sustancialmente por debajo del valor referencial; para tal efecto, evalúa la descripción detallada de todos los elementos constitutivos de dicha oferta, así como la información adicional que resulte oportuna, entre los cuales se pueden encontrar los estudios de mercado realizados sobre la base de distintas fuentes de información, tales como: cotizaciones, presupuestos, portales o páginas web, catálogos, precios históricos, estructuras de costos, y otros que correspondan al objeto de la contratación. (Opinión N.º 135-2017/DTN, de 15-06-2017, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T2PQ1U>).

§ 1468. Cuando la oferta supere el valor estimado la entidad deberá seguir el procedimiento del artículo 68 del Reglamento, aún en el caso en que se presente una única oferta. CONSULTA: 2.2. “[...] ¿Resulta obligatorio que en todos los casos en los que la oferta supere el valor estimado la Entidad deba seguir el procedimiento establecido en el cuarto párrafo del artículo 54º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 68 del Nuevo Reglamento], sobre todo en el caso que se haya presentado y/o admitido una sola oferta a pesar que en la indagación del mercado se ha indicado que existe pluralidad de proveedores que cumplen a cabalidad con el requerimiento efectuado por el área usuaria?”. [...] [El] artículo 54 del Reglamento establece el procedimiento que debe seguirse cuando una oferta supera la disponibilidad presupuestal del procedimiento de selección, esto es, el valor estimado. La normativa no ha establecido excepciones en caso se trate de una única oferta, toda vez que el solo hecho de sobrepasar la disponibilidad presupuestal, obliga a la Entidad a requerir un mayor presupuesto y la aprobación respectiva, para que dicha propuesta pueda ser considerada como válida y de ser el caso otorgarle la buena pro. (Opinión N.º 199-2016/DTN, de 20-12-2016, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zvqlhW>).

§ 1469. Las ofertas por encima del valor estimado pueden constituir respuesta del mercado. En casos que se presenten ofertas por montos superiores al valor estimado debe aplicarse el procedimiento del artículo 68 del Reglamento. CONSULTA: 2.3. “Teniendo en cuenta que el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad es responsable de realizar las indagaciones de mercado a fin de determinar el valor estimado de la contratación y su actualización, de ser el caso, ¿de presentarse alguna oferta económica que supere dicho valor estimado, le recaería algún tipo de responsabilidad?”. [...] De esta forma, la presentación de ofertas que superen el valor estimado es una situación que puede generarse en cualquier procedimiento de contratación de bienes o servicios, situación ante la cual la Entidad debe aplicar el procedimiento previsto en el artículo 54 del Reglamento [cfr. art. 68 del Nuevo Reglamento]. Ahora bien, si dentro de un procedimiento de selección se presenten ofertas por montos superiores al valor estimado, esta situación podría constituir una respuesta del mercado. En estos casos, la Entidad, de considerarlo necesario puede verificar si de forma previa a la convocatoria, existieron variaciones a las condiciones del mercado, y si estas fueron de conocimiento del órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, de forma tal que haya correspondido una actualización del valor estimado. (Opinión N.º 199-2016/DTN, de 20-12-2016, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zvqlhW>).

§ 1470. La no aplicación de los límites mínimos y máximos para admitir la oferta prevista en los procedimientos de selección con valor referencial reservado se encuentra referida a los casos de contratación de consultoría de obras y ejecución de obras. Véase la jurisprudencia del artículo 34º del Nuevo Reglamento [§ 1061]. (Opinión N.º 135-2017/DTN, de 15-06-2017, ff. 2.4, 2.4.1 y 2.4.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T2PQ1U>).

§ 1471. La figura de rechazo de ofertas no es aplicable para los procedimientos de selección de Subasta Inversa Electrónica Corporativa. Véase la jurisprudencia del artículo 110º del Nuevo Reglamento [§ 1563]. (Opinión N.º 106-2017/DTN, de 26-04-2017, ff. 2.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ps6EBD>).



§ 1472. En las compras corporativas facultativas, en caso el monto de la oferte supere el valor referencial y alguna de las Entidades no aprobase la asignación de recursos suficientes, no procedería otorgar parcialmente la Buena Pro respecto de aquellas Entidades que si hayan aprobado dicho aumento presupuestal. Véase la jurisprudencia del artículo 108° del Nuevo Reglamento [§ 1551]. (Opinión N.º 005-2009/DTN, de 27-02-2009, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HaPgO8>).

REMISIÓN

§ 1472a. Sobre el rechazo de ofertas. Véase también la jurisprudencia del artículo 28° de la Ley [§ 536 ss.].

Artículo 69: Culminación de los procedimientos de selección

Los procedimientos de selección culminan cuando se produce alguno de los siguientes eventos:

- a) Se perfecciona el contrato.
- b) Se cancela el procedimiento.
- c) Se deja sin efecto el otorgamiento de la buena pro por causa imputable a la Entidad.
- d) No se suscriba el contrato por las causales establecidas en el artículo 136.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1473. La declaración de desierto no da por culminado el procedimiento de selección. Puede declararse la nulidad de oficio de un procedimiento de selección declarado desierto. CONSULTA: “¿Es posible declarar la nulidad de oficio de un proceso de selección en el cual se ha verificado el incumplimiento de la normativa de contrataciones [...] aun cuando dicho proceso de selección se encuentre declarado desierto-pero no consentido?”. [...] 2.3. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 22 del Reglamento [cfr. art. 69 del Nuevo Reglamento], los procesos de selección culminan cuando se produce alguno de los siguientes eventos: (i) Se suscribe el contrato respectivo o se perfecciona éste. (ii) Se cancela el proceso. (iii) Se deja sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro por causa imputable a la Entidad. (iv) No se suscriba el contrato por las causales establecidas en el artículo 137 [cfr. art. 136 del Nuevo Reglamento]. Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado regula los supuestos de conclusión del proceso de selección: suscripción del contrato, cancelación del proceso, dejar sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro; y por los causales establecidos en el artículo 137 del Reglamento [cfr. art. 136 del Nuevo Reglamento], supuestos que no comprenden la declaratoria de desierto de un proceso de selección. En esta medida, de acuerdo con lo señalado en los párrafos precedentes, la declaración de desierto no concluye el proceso de selección, el cual, se entiende, continúa en curso, correspondiendo efectuar una nueva convocatoria del mismo. 2.4. Por lo tanto, en la medida que el proceso de selección no ha concluido, el Titular de la Entidad podrá declarar la nulidad de oficio del mismo aun cuando dicho proceso haya sido declarado desierto, por advertir un incumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado que configure causal de nulidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56 de la Ley [cfr. art. 44 de la Ley vigente]. (Opinión N.º 010-2016/DTN, de 22-01-2016, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2L91K7l>).

CAPÍTULO II LICITACIÓN PÚBLICA

Artículo 70: Etapas

70.1. La Entidad utiliza la Licitación Pública para contratar bienes y obras. La Licitación Pública contempla las siguientes etapas:

- a) Convocatoria.
- b) Registro de participantes.
- c) Formulación de consultas y observaciones.
- d) Absolución de consultas, observaciones e integración de bases.
- e) Presentación de ofertas.
- f) Evaluación de ofertas.
- g) Calificación de ofertas.
- h) Otorgamiento de la buena pro.

70.2. El plazo para la presentación de ofertas no puede ser menor de veintidós (22) días hábiles, computado a partir del día siguiente de la convocatoria. Asimismo, entre la absolución de consultas, observaciones e integración de las bases y la presentación de ofertas no puede mediar menos de siete (7) días hábiles, computados a partir del día siguiente de su publicación en el SEACE.

70.3. Cuando se solicite la emisión de pronunciamiento, entre su publicación y la fecha de presentación de ofertas no puede mediar menos de siete (7) días hábiles.

Artículo 71: Convocatoria a Licitación Pública

La Entidad realiza una convocatoria pública a presentar ofertas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54, la que incluye la publicación de las bases.

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 1474. Si se convoca un concurso público cuando lo que correspondía era convocar a licitación pública, se incurre en vicio que acarrea la nulidad del proceso de selección. Si la ejecución contractual corresponde a una ejecución de obras, tal será el objeto del contrato a pesar de que involucre otro tipo de prestaciones. Véase la jurisprudencia del artículo 44° de la Ley [§ 714]. (Pronunciamiento N.º 046-2011/DSU, de 10-02-2011, f. 2. Dirección de Supervisión. Texto completo: <bit.ly/2VL75qk>).

Artículo 72: Consultas, observaciones e integración de bases

72.1. Todo participante puede formular consultas y observaciones, a través del SEACE, respecto de las bases. Las consultas son solicitudes de aclaración u otros pedidos de cualquier extremo de las bases. Se presentan en un plazo no menor a diez (10) días hábiles contados desde el día siguiente de la convocatoria.

72.2. En el mismo plazo, el participante puede formular observaciones a las bases, de manera fundamentada, por supuestas vulneraciones a la normativa de contrataciones u otra normativa que tenga relación con el objeto de contratación.

72.3. Si como resultado de una consulta u observación corresponde precisarse o ajustarse el requerimiento, se solicita la autorización del área usuaria y se pone en conocimiento de tal hecho a la dependencia que aprobó el expediente de contratación.

72.4. La absolución se realiza de manera motivada mediante pliego absolutorio de consultas y observaciones que se elabora conforme a lo que establece el OSCE; en el caso de las observaciones se indica si estas se acogen, se acogen parcialmente o no se acogen.

72.5. El plazo para que el comité de selección absuelva la totalidad de las consultas y observaciones presentadas por los participantes y registre las bases que integren todas las modificaciones previstas en el pliego absolutorio, así como su respectiva notificación a través del SEACE, no puede exceder de cinco (5) días hábiles contados desde el vencimiento del plazo para recibir consultas y observaciones señaladas en las bases.



72.6. Cuando exista divergencia entre lo indicado en el pliego de absolución de consultas y observaciones y la integración de bases, prevalece lo absuelto en el referido pliego; sin perjuicio, del deslinde de responsabilidades correspondiente.

72.7. En caso el pliego de absolución de consultas y observaciones e integración de bases incurra en alguno de los supuestos previstos en el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley, corresponde al Titular de la Entidad declarar la nulidad de este acto. Esta facultad es delegable.

72.8. Los cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y observaciones, así como, a las bases integradas por el Comité de Selección por supuestas vulneraciones a la normativa de contrataciones, a los principios que rigen la contratación pública, u otra normativa que tenga relación con el objeto de contratación pueden ser elevados al OSCE a través del SEACE, en el plazo de tres (3) días hábiles siguientes de su notificación, efectuándose de manera previa el pago correspondiente.

72.9. Dentro de los tres (3) días hábiles de vencido el plazo para solicitar la elevación indicada en el numeral anterior, y siempre que ésta se haya producido, la Entidad registra en el SEACE los documentos previstos en el TUPA del OSCE y en la Directiva correspondiente.

72.10. El pronunciamiento que emite el OSCE se encuentra motivado e incluye la revisión de oficio sobre cualquier aspecto trascendente de las bases y realiza la integración definitiva. El plazo para emitir y notificar el pronunciamiento e integración definitiva a través del SEACE es de doce (12) días hábiles, y se computa desde el día siguiente de que la Entidad registra en el SEACE los documentos previstos en el TUPA del OSCE y en la Directiva correspondiente.

72.11. Contra el pronunciamiento emitido por el OSCE no cabe interposición de recurso administrativo alguno, siendo de obligatorio cumplimiento para la Entidad y los proveedores que participan en el procedimiento de selección. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 023-2016-OSCE/CD, "Disposiciones sobre la formulación y absolución de consultas y observaciones" (EP, 25-07-2016) [D-020].

DEFINICIONES

BASES INTEGRADAS: Documento del procedimiento de Licitación Pública, Concurso Público y Adjudicación Simplificada cuyo texto incorpora las modificaciones que se hayan producido como consecuencia de las consultas, observaciones, la implementación del pronunciamiento emitido por el OSCE, según sea el caso; o, cuyo texto coincide con el de las bases originales en caso de no haberse presentado consultas y/u observaciones, ni se hayan realizado acciones de supervisión.

PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA DEL OSCE

§ 1475. Las especificaciones técnicas consignadas en las Bases de los procesos de selección no pueden ser modificadas con motivo de la absolución de consultas y/u observaciones formuladas por los participantes. 4. PRECEDENTE ADMINISTRATIVO DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA. Sobre el particular, cabe señalar que de conformidad con lo dispuesto en la tercera disposición complementaria final del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, los pronunciamientos emitidos por el OSCE en el marco de sus competencias, constituyen precedente administrativo cuando aquellos así lo establezcan. El criterio interpretativo establecido en el pronunciamiento conservará su vigencia mientras no sea modificado mediante otro pronunciamiento posterior, debidamente sustentado o por norma legal. Asimismo, de acuerdo a la Directiva N.º 006-2012-OSCE/CD [derogada], este Organismo Supervisor tiene la facultad de establecer que ciertos extremos de determinados pronunciamientos, en virtud de la relevancia o reiteración de la materia abordada, constituyan precedentes administrativos de observancia obligatoria. Al respecto, cabe señalar que en diversos procesos de selección convocados para la contratación de bienes, así como en el presente caso, se ha advertido que los Comités Especiales realizan modificaciones a las especificaciones técnicas mínimas, en mérito a las consultas y/u observaciones a las Bases presentadas por los participantes registrados en el proceso de selección, sobre la base de las coordinaciones realizadas con el área usuaria, desnaturalizando de esa forma la prestación prevista con

la decisión de compra materializada en la aprobación del Expediente de Contratación y que conllevó al inicio del proceso de selección. Dado lo expuesto, este Organismo Supervisor decide establecer que, la absolución del cuestionamiento único del acápite 2.1 del presente pronunciamiento constituya precedente administrativo de observancia obligatoria, estableciéndose como regla que: **1.** Las especificaciones técnicas consignadas en las Bases de los procesos de selección no pueden ser modificadas con motivo de la absolución de consultas y/u observaciones formuladas por los participantes, pudiéndose únicamente realizar precisiones sobre las mismas para aclarar su alcance o atender solicitudes que no impliquen el reemplazo de las características aprobadas. Finalmente, este precedente se aplica a partir de su publicación en el portal institucional del OSCE. (Pronunciamiento N.º 995-2015/DSU, de 07-09-2015, f. 4. Dirección de Supervisión. Texto completo: <bit.ly/2SVndnq>).

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1476. Las Bases Integradas son las directrices definitivas del procedimiento. 14. [La] normativa de contrataciones ha sido específica en determinar que las disposiciones contenidas en las Bases Integradas de un procedimiento de selección, y que se constituyen en las reglas definitivas del mismo, surgen como consecuencia de un procedimiento que tiene como origen el requerimiento sustentado del área usuaria, en su calidad de principal interesado de los bienes objeto de convocatoria, así como de las condiciones en que surge dicha necesidad, generándose así la posibilidad previa de efectuar las consultas y observaciones del caso respecto de cualquier extremo de las Bases, ello con la finalidad que una vez absueltas todas las dudas y cuestionamientos, o que estas sean modificadas de acuerdo a las disposiciones que el OSCE realice a través de pronunciamiento, aquellas queden establecidas como las directrices definitivas del procedimiento, en directa coordinación con los principios que rigen las contrataciones del Estado, tales como el de libertad de concurrencia, igualdad de trato y transparencia, solo por enunciar algunos. (Resolución N.º 0246-2017-TCE-S2, de 24-02-2017, f. 14. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2Fn9Zxv>).

§ 1477. La Entidad no puede desconocer o excluir las disposiciones que fueron precisadas a través del pliego de consultas absueltas. 31. [...] [A] través de las consultas, los participantes podrán solicitar la aclaración de cualquiera de los extremos de las Bases o plantear solicitudes respecto de ellas. Asimismo, establece que el Comité Especial publicará a través del SEACE la absolución de las consultas, mediante un pliego absolutorio, debidamente fundamentado. Finalmente, dispone que las respuestas a las consultas se consideran como parte integrante de las Bases y el contrato. **32.** De esta manera, queda claro que al constituir las respuestas a las consultas parte integrante de las Bases, estas últimas debieron quedar integradas [...] **33.** En tal sentido, la Entidad no puede desconocer o excluir las disposiciones que fueron precisadas a través del pliego de consultas absueltas por el Comité de Saneamiento que se encargó de la conducción y organización del proceso de selección materia de la presente controversia, toda vez que el [...] Reglamento señala que una vez absueltas todas las consultas y/u observaciones, o si las mismas no se han presentado, las Bases quedarán integradas como reglas definitivas y no podrán ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del Titular o de la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según sea el caso (el resaltado es nuestro). (Resolución N.º 1281-2008-TC-S4, de 06-05-2008, ff. 31 al 33. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2RW1633>).

§ 1478. Fundamento de las Bases Integradas. En todo procedimiento de selección, este debe regirse por reglas claras, transparentes y que puedan ser cumplidas por los postores 35. Al respecto, cabe precisar que el artículo 52 del Reglamento [cfr. art. 72 del Nuevo Reglamento] establece que las Bases Integradas deben incorporar, obligatoriamente, las modificaciones que se hayan producido como consecuencia de las consultas, observaciones, la implementación del pronunciamiento emitido por el OSCE, así como las modificaciones requeridas por el OSCE en el marco de sus acciones de supervisión. **36.** Cabe recordar que todo procedimiento de selección debe regirse por reglas claras, transparentes y que puedan ser cumplidas por los postores de manera que se garantice la libre competencia y la mayor participación de postores potenciales, debiendo garantizarse, sobre todo, que los requerimientos



técnicos mínimos establecidos en las Bases resulten congruentes y así coadyuven al debido y eficiente cumplimiento de la contratación convocada. En relación con ello, debe tenerse presente que los procedimientos de selección se rigen por una serie de principios, entre ellos, los Principios de Libertad de Concurrencia y Competencia, por el cual deben incluirse regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores. En ese contexto, la vulneración de los principios bajo comentario, al afectar los derechos fundamentales de los administrados, vician la actuación administrativa de la autoridad que actúa, decide o resuelve dentro de esta circunstancia. [...]. (Resolución N.º 2321-2016-TCE-S3, de 30-09-2016, ff. 35 y 36. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2DVmIo5>).

§ 1479. El acto de integración de Bases no implica la ulterior convalidación de cualquier vicio en que ellas hubiesen concurrido. La competencia del Tribunal no está limitada sólo a aquellas circunstancias ocurridas luego de integradas las Bases. 10. Por su parte, al resolver el recurso de apelación previo, la Entidad ha manifestado que los cuestionamientos que el postor hubiera podido tener contra las especificaciones técnicas y demás aspectos propiamente técnicos del proceso de selección, debieron ser formuladas antes de la etapa de la integración de las Bases. No obstante, debe tenerse en cuenta que dicho criterio no es el adecuado, pues trae implícito consigo dos (2) consecuencias que la normativa sobre contratación pública no permite y, en cambio, rechaza: la primera, que el acto de integración de las Bases pueda significar la ulterior convalidación de cualquier defecto o vicio de fondo o de forma en que ellas pudieran haber incurrido, sin que dicha anomalía pudiera ser corregida, aún con la interposición de los recursos administrativos; y la segunda, que la competencia del Tribunal se vea limitada a todas aquellas circunstancias que ocurran luego de integradas las Bases, lo cual atenta contra el texto y sentido expreso del artículo 52 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado [cfr. art. 72.11 del Nuevo Reglamento], que incluye la fórmula según la cual, una vez integradas las Bases, éstas serán las reglas definitivas del proceso y no podrán ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas por autoridad administrativa alguna, *sin perjuicio de lo que eventualmente resuelva el Tribunal a raíz de una impugnación*. (Resolución N.º 072-2003-TC-S1, de 22-01-2003, f. 10. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2WAdZyX>).

§ 1480. El Comité de Selección no puede realizar la admisión, evaluación y calificación, de las ofertas en función a documentación que no ha sido requerida expresamente en las bases Integradas. 13. [Es] importante tener presente que conforme a lo dispuesto en el artículo 52 del Reglamento [cfr. art. 72 del Reglamento], las bases integradas constituyen las reglas definitivas del procedimiento de selección y es en función de estas que debe efectuarse la admisión, evaluación y calificación de las ofertas, quedando tanto la Entidad como los postores obligados a cumplir con lo dispuesto en ellas; por consiguiente, la admisión de las ofertas que realizó el Órgano Encargado de las Contrataciones debió efectuarse en función a lo estrictamente solicitado en las bases. Dicha sujeción tiene una doble connotación: por un lado, los postores se encuentran en la obligación de presentar sus ofertas conforme a lo solicitado en las bases integradas; y, por otro, el Comité de Selección no puede efectuar la admisión, evaluación y calificación considerando disposiciones no previstas inicialmente en las referidas bases, dando así seguridad a los postores respecto a que no se les exigirá otros requisitos que no hayan sido contemplados en éstas. Bajo esa línea de razonamiento, resulta que el Comité de Selección no puede realizar la admisión, evaluación y calificación, de las ofertas en función a documentación que no ha sido requerida expresamente en las bases Integradas, pues ello vulnera las reglas establecidas en el procedimiento de selección. (Resolución N.º 079-2017-TCE-S3, de 19-01-2017, f. 13. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2ES7Rfk>).

§ 1481. Las bases deben incorporar obligatoriamente las modificaciones producidas como consecuencia de consultas u observaciones previstas en el pliego absolutorio. 10. Sobre la base de lo expuesto, este Colegiado advierte que el documento registrado por la Entidad como “bases integradas” [y denominado como tal según Carta LOG-CB-1133.2016 registrada en el SEACE] no ha recogido en su texto las modificaciones derivadas del pliego absolutorio de consultas, por lo que, no comprenden ni implementan las disposiciones definitivas del proceso, situación que no se ve superada por haber adjuntado a aquellas el

pliego absolutorio de consultas, registrado anteriormente en la ficha electrónica. [...] 12. Por tanto, en el caso objeto de análisis se advierte que el órgano a cargo del proceso de contratación no precisó, adecuó o modificó el texto de las bases originales [que expresamente contemplaban la posibilidad de acreditar experiencia referida al uso de productos químicos ofertados y/o productos químicos similares], incorporando en aquel la absolución de la consulta N.º 7 del Adjudicatario [que, sin que dicho aspecto haya sido objeto de la consulta, omitió la referencia a productos químicos similares, al señalar que sólo consideraría experiencia en los productos químicos ofertados], lo que ha generado que, contrariamente a lo requerido por la normativa citada, comprenda la regla original y, a su vez, de forma descontextualizada, la regla modificada. [...] (Resolución N.º 1991-2016-TCE-S2, de 24-08-2016, ff. 10 y 12. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2G3o5DK>).

§ 1482. El Órgano Encargado de las Contrataciones podrá evaluar y calificar una oferta en función de las bases integradas del procedimiento de selección. 12. En ese sentido, conforme a lo dispuesto en el artículo 52 del Reglamento [DS N.º 350-2015-EF] [cfr. art. 72 del Nuevo Reglamento], las bases integradas constituyen las reglas definitivas del procedimiento de selección, por lo que es en función de ellas que el Órgano Encargado de las Contrataciones debe verificar si las ofertas cumplen con la presentación de toda la documentación obligatoria requerida en las mismas y determinar si las ofertas responden a las características y/o requisitos funcionales y condiciones de las Especificaciones Técnicas y Términos de Referencia especificados en las bases para que las ofertas se consideren admitidas. Asimismo, es en función de estas (las bases integradas) que el Órgano Encargado de las Contrataciones podrá evaluar y calificar una oferta. (Resolución N.º 0039-2017-TCE-S1, de 06-01-2017, f. 12. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2QoCBqm>).

§ 1483. El hecho de que no se haya formulado consulta ni observaciones a un extremo de las bases, no significa que este sea claro y preciso. Si se solicita un requisito, debe especificarse las condiciones que este requisito debe reunir. Véase la jurisprudencia del artículo 16º de la Ley [§ 451]. (Resolución N.º 1089-2016-TCE-S4, de 25-05-2016, ff. 15 al 17. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2FnAoes>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1484. Las modificaciones que puedan efectuarse a las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, con ocasión de la absolución de consultas u observaciones a las bases, deben ser autorizadas por el área usuaria de la Entidad, luego de lo cual corresponderá que se efectúe una nueva aprobación del expediente de contratación. CONSULTA: 2.1. *“¿Toda modificación que tiene la finalidad de mejorar, actualizar o perfeccionar las especificaciones técnicas, los términos de referencia y el expediente técnico, así como los requisitos de calificación que cuenten con la autorización del área usuaria, deben contar con una aprobación del expediente de contratación?”*. 2.2. *“¿Cuál es el alcance de la aprobación que realiza la dependencia que aprobó el expediente de contratación, respecto a la autorización de las modificaciones realizadas por el área usuaria? ¿Cuál sería el documento mediante el cual se aprueba la autorización de las modificaciones del requerimiento, originadas con motivo de las consultas y observaciones en la etapa del procedimiento de selección? ¿Corresponde realizar una nueva aprobación del expediente de contratación con motivo de dar cumplimiento al numeral 51.3 del artículo 51 del Reglamento?”*. 2.3. *“Se debe entender que todas las modificaciones al requerimiento, realizadas durante el procedimiento de selección, tienen incidencia en el valor referencial, en vista que varían las condiciones que sirvieron para la determinación de dicho valor? ¿La modificación del valor referencial, durante el procedimiento de selección, requiere una nueva aprobación del expediente de contratación?”*. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Las modificaciones que puedan efectuarse a las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, con ocasión de la absolución de consultas u observaciones a las bases, deben ser autorizadas por el área usuaria de la Entidad, luego de lo cual corresponderá que se efectúe una nueva aprobación del expediente de contratación. 3.2. En caso se efectúen modificaciones al requerimiento autorizadas por el área usuaria, a efectos de determinar si las mismas influyen en el valor referencial del procedimiento, corresponde que el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad verifique dicha situación, como órgano competente para la elaboración del estudio de mercado y determinación del valor referencial. 3.3. La determi-



nación de un nuevo valor referencial en el procedimiento, origina una nueva aprobación del expediente de contratación. 3.4. Considerando que los requisitos de calificación forman parte del requerimiento y son determinados por el área usuaria, su modificación con ocasión de la absolución de consultas y/u observaciones debe ser autorizada por esta última. (Opinión N.º 180-2017/DTN, de 25-08-2017, ff. 2.1, 2.2, 2.3, 3.1, 3.2, 3.3 y 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EbymvP>).

§ 1485. No toda modificación a las Bases conlleva, necesariamente, la modificación del Expediente Técnico de Obra. CONSULTA: 1.1. *“¿La modificación del personal profesional propuesto exigido en las Bases originales de la licitación con motivo de las observaciones y/o consultas de los participantes, conlleva obligatoriamente a la modificación del personal profesional considerado en el Expediente Técnico y a una nueva aprobación de dicho expediente?”*. [...] 1.2. *“¿Es válido el acto administrativo que no cumple con la modificación del personal profesional considerado en el Expediente Técnico y con la nueva aprobación de dicho expediente?”*. [...] CONCLUSIÓN: 3. Si con ocasión de las consultas y/u observaciones formuladas en el proceso de selección para la contratación de una obra, se hubiera determinado la pertinencia de modificar el personal profesional previsto en las Bases, y ello hubiese implicado modificar el valor referencial de la obra, tal modificación habría implicado -a su vez- modificar la información relativa a dicho personal consignada en el presupuesto de obra del Expediente Técnico, requiriéndose, consecuentemente, una nueva aprobación del referido expediente; debiendo precisarse que no toda modificación a las Bases conllevaba, necesariamente, la modificación del Expediente Técnico de Obra. (Opinión N.º 087-2018/DTN, de 19-06-2018, ff. 1.1, 1.2 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2P9LLui>).

§ 1486. No es posible la modificación de las bases integradas ni por parte del participante del proceso, ni de autoridad administrativa, bajo responsabilidad del Titular de la entidad. CONSULTA: 2.2. *“¿Los postores tienen la capacidad o potestad de modificar las bases integradas en el aspecto que establece la entrega de los adelantos directos?”* Sobre el particular, corresponde mencionar que era requisito para convocar a un proceso de selección -entre otros- contar con el expediente de contratación aprobado, el cual debía contener como mínimo, entre otros elementos, las Bases aprobadas del proceso; cabe recalcar que las Bases eran elaboradas por el Comité Especial designado para llevar a cabo las actuaciones concernientes al proceso, sobre la base de los aspectos técnicos y las condiciones de la contratación que hubieran sido establecidas por el área usuaria al momento de formular el requerimiento. De esta forma, una vez que se contaba con todos los requisitos correspondientes, el Comité Especial procedía a convocar el proceso de selección; ahora bien, durante el desarrollo del proceso, los participantes tenían derecho a presentar consultas y observaciones a las Bases del proceso, conforme a lo previsto en el artículo 28 de la anterior Ley [Decreto Legislativo N.º 1017] -en concordancia con el artículo 54 del anterior Reglamento [Decreto Supremo N.º 184-2008-EF] [cfr. art. 72 del Nuevo Reglamento] -, en el momento que hubiera sido previsto en el calendario del proceso establecido en las Bases. Corresponde precisar que mediante las consultas, los participantes formulaban pedidos de aclaración a las disposiciones de las Bases; y mediante las observaciones, cuestionaban las mismas en lo relativo al incumplimiento de las condiciones mínimas o de cualquier disposición en materia de contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección. En relación con ello, corresponde señalar que de acuerdo al artículo 54 del anterior Reglamento, la Entidad se encontraba en la obligación de absolver todas y cada una de las consultas y observaciones formuladas por los participantes a través del pliego de absolución de consultas y observaciones, el mismo que era publicado a través del SEACE. Adicionalmente, sobre el pliego absolutorio, debe mencionarse que los participantes tenían derecho a elevarlo al OSCE, para que este emitiera su pronunciamiento al respecto, contra el cual no era procedente la interposición de recurso administrativo alguno, y resultaba de obligatorio cumplimiento para la Entidad y para los participantes del proceso, de conformidad con lo previsto en el artículo 58 del anterior Reglamento [cfr. art. 72 del Nuevo Reglamento]. De esta manera, una vez absueltas las consultas y observaciones -o si las mismas no se habían presentado- u obtenido e incorporando las disposiciones del pronunciamiento del OSCE, de conformidad con lo previsto en el artículo 59 del anterior Reglamento [cfr. art. 72 del Nuevo Reglamento], las Bases quedaban integradas como reglas

definitivas del proceso de selección y no podían ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad; asimismo, el segundo párrafo del artículo en mención establecía que las Bases integradas debían incorporar, obligatoriamente, las modificaciones que se hubieran producido como consecuencia de las consultas, observaciones, pronunciamientos, así como las modificaciones requeridas por el OSCE en el marco de sus acciones de supervisión. De lo expuesto, se desprende que los participantes del proceso tenían la posibilidad de formular consultas y observaciones a las Bases en la oportunidad que estas establecían, las cuales debían ser absueltas para luego incorporar las modificaciones que se hubiesen producido como consecuencia de dichas consultas y observaciones; posteriormente, una vez que las Bases quedaban integradas, ya no resultaba posible modificación alguna ni a solicitud de los participantes ni por parte de ninguna autoridad administrativa -bajo responsabilidad del Titular-, y se constituían en reglas definitivas del proceso de selección. En ese sentido, se advierte que una vez que las Bases quedaban integradas, no era posible su modificación en ninguno de sus extremos ni a solicitud de algún participante del proceso ni por parte de autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad, constituyéndose como reglas definitivas del proceso. (Opinión N.º 062-2018/DTN, de 11-05-2018, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2E2irkb>).

§ 1487. Si las bases integradas no establecían expresamente la obligación de ejecutar las prestaciones con equipos cuya antigüedad máxima debía mantenerse a lo largo del contrato, se entenderá que dicha antigüedad solo debería verificarse hasta antes de la suscripción del contrato.

CONSULTA: 2.1. *“¿El requisito de antigüedad máxima de los equipos, debería mantenerse durante toda la vigencia del contrato, o solo en la oportunidad en que se verifica dicho cumplimiento?”* [...] 2.2. *“¿En caso las Bases no señalen nada con relación a que la antigüedad de los equipos debe mantenerse durante toda la vigencia del contrato, podría la entidad exigir ello, o, por el contrario, solo puede exigir y verificar ello en un momento determinado como en la presentación de ofertas, en la firma del contrato o al cumplirse el período para la movilización y asignación de equipos y personas?”*. [...] [Si] el contrato establecía -expresamente- como parte de las obligaciones del contratista que este debía ejecutar sus prestaciones con equipos cuya antigüedad máxima debía mantenerse durante la vigencia del contrato, dicha condición no solo debía verificarse durante el procedimiento de selección -a efectos de ser admitida la oferta- sino también en la etapa de ejecución contractual; en caso contrario, bastaba con acreditar que dichos equipos cumplieran con la antigüedad máxima (exigida en los documentos del procedimiento de selección) al momento de la admisión de ofertas, o en la oportunidad que corresponda hacer ello, de acuerdo a las Bases. 2.3. *“¿El establecer una exigencia no prevista expresamente en los términos de referencia ni en las bases, ni en el contrato (como exigir que la antigüedad de los equipos se mantenga durante todo el contrato), significaría una vulneración a los términos del contrato?”* En concordancia con lo señalado al absolver la primera consulta, corresponde anotar que el contrato está conformado por las Bases integradas, la oferta ganadora y los demás documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes; razón por la cual, tanto la Entidad como el contratista, se obligan a ejecutar la totalidad de prestaciones a su cargo, de acuerdo a los términos y condiciones que se hayan establecido en los documentos que integran dicho contrato. En virtud de lo expuesto, no sería posible que una Entidad exija al contratista que ejecute prestaciones bajo condiciones que no fueron debidamente establecidas en el contrato, al no formar parte de los términos que constituyen las obligaciones del contratista; ello debido a que solo son exigibles aquellas condiciones contractuales derivadas del contenido del contrato, de conformidad con la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 177-2018/DTN, de 25-10-2018, ff. 2.1, 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2P847Yn>).

§ 1488. Luego de adjudicada la Buena pro, la Entidad no puede modificar unilateralmente las condiciones contempladas en las bases integradas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

CONSULTA: 2.1. *“Luego de adjudicada la Buena Pro, ¿es válido que la Entidad convocante modifique una de las Cláusulas de la ‘Proforma del Contrato’ que forma parte de las Bases del proceso de selección y, con ello, los propios ‘Términos de Referencia’ de la contratación; considerando que el postor adjudicatario formuló su oferta económica conforme las reglas previstas en dichos documentos (‘Términos de Referencia’ y ‘Proforma de*



Contrato)? [...] 2.1.3. Con relación a lo anterior, debe mencionarse que de acuerdo a lo establecido en el artículo 59 del anterior Reglamento [cfr. art. 72 del Nuevo Reglamento], una vez absueltas todas las consultas y/u observaciones, o si las mismas no habían sido presentadas por los participantes, las Bases quedaban integradas como reglas definitivas y no podían ser cuestionadas en ninguna otra vía, ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Por lo expuesto, se desprende que tanto los distintos órganos de la Entidad -en el marco de sus competencias- como los participantes del proceso de selección, al advertir la existencia de información imprecisa, incongruente o defectuosa en las Bases -como por ejemplo, en un extremo de la proforma de contrato que alcanzaba a las condiciones de la prestación-, podían poner a consideración del área usuaria de la Entidad la modificación de dicha información; situación que solo tenía lugar hasta antes de la integración de las Bases, pues una vez que éstas quedaban integradas constituían las reglas definitivas del proceso de contratación y no podían ser cuestionadas en ninguna otra vía, ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 59 del anterior Reglamento.

2.1.4. Efectuadas las precisiones precedentes, resulta oportuno señalar que en el marco de lo dispuesto por la anterior normativa de contrataciones del Estado, una vez que la Buena Pro quedaba consentida o administrativamente firme, tanto la Entidad como el postor ganador, estaban obligados a suscribir el contrato, el mismo que debía celebrarse por escrito y ajustarse a la proforma incluida en las Bases con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección, [...] Así, el contrato debía comprender los términos previstos en el conjunto de documentos que lo integraban; en esa medida, la Entidad -con ocasión de la suscripción- no podía modificar unilateralmente las condiciones contempladas en la proforma de contrato de las Bases Integradas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad, toda vez que estas últimas constituían las reglas definitivas del proceso de selección y no podían ser modificadas por autoridad administrativa alguna [...] (Opinión N.º 133-2018/DTN, de 27-08-2018, ff. 2.1, 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AramBq>).

§ 1489. Los “plazos máximos” determinados por la normativa en contrataciones del Estado deben ser observados por las Entidades al momento de elaborar el calendario del procedimiento de selección. El número máximo de días que deban tener las prórrogas o postergaciones deben tener un límite razonable, considerando la complejidad o magnitud de la situación que las origine. Véase la jurisprudencia del artículo 57º del Nuevo Reglamento [§ 1395]. (Opinión N.º 075-2018/DTN, de 31-05-2018, f. 2.1.3 Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DZhvqx>).

§ 1490. El límite de veces en que el comité de selección pueda prorrogar o postergar las etapas debe utilizarse cuando sea estrictamente necesario. Véase la jurisprudencia del artículo 57º del Nuevo Reglamento [§ 1396]. (Opinión N.º 075-2018/DTN, de 31-05-2018, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DZhvqx>).

§ 1491. En toda convocatoria a un proceso de selección deberá incluirse obligatoriamente el calendario del proceso de selección, el cual incluirá la fecha en la cual se producirá la integración de las bases. Véase la jurisprudencia del artículo 54º del Nuevo Reglamento [§ 1389]. (Opinión N.º 017-2009/DTN, de 15-04-2009, ff. 2.2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Cjtgeu>).

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 1492. Los plazos para la formulación de consultas y observaciones, así como la presentación de propuestas, deben ser razonables en favor de la libre competencia. [...] [C]onforme se desprende de las normas citadas, la determinación del horario para la presentación de las propuestas es facultad del Comité Especial; sin embargo, esta discrecionalidad debe ser ejercida de forma tal que sus decisiones sean acordes con los principios establecidos en el artículo 3º de la Ley [cfr. art. 2 de la Ley] [...]. (Pronunciamiento N.º 085-2008/DOP, de 28-02-2008, Observación N.º 01. Dirección de Operaciones. Texto completo: <bit.ly/2Uirr8S>).

REMISIÓN

§ 1492a. Sobre el Registro Nacional de Proveedores. Véase también la jurisprudencia de la Directiva N.º 023-2016-OSCE/CD [§ 2255 ss.].

Artículo 73: Presentación de ofertas

73.1. La presentación de ofertas se realiza de manera electrónica a través del SEACE durante el periodo establecido en la convocatoria, salvo que este se postergue de acuerdo a lo establecido en la Ley y el presente Reglamento.

73.2. Para la admisión de las ofertas, el comité de selección verifica la presentación de los documentos requeridos en los literales a), b), c), e) y f) del artículo 52 y determina si las ofertas responden a las características y/o requisitos funcionales y condiciones de las especificaciones técnicas especificadas en las bases. De no cumplir con lo requerido, la oferta se considera no admitida.

73.3. Adicionalmente, en el caso de obras, el comité de selección declara no admitidas las ofertas que no se encuentren dentro de los límites del valor referencial.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1493. La Entidad no puede descalificar a un postor por un motivo que no se encuentra incluido expresamente como causal de descalificación en las Bases. Es factible que un postor proponga un mismo grupo laboral para dos ítems distintos, siempre que de las Bases del procedimiento de selección se desprenda la posibilidad de reemplazar el personal ofertado en caso de ganar ambas ofertas. **16.** Un segundo punto controvertido ha sido planteado por la Entidad durante el trámite del recurso de apelación, el mismo que se refiere a la descalificación del Impugnante por haber presentado la misma lista de personal para el ítem N.º 1 y N.º 2, así en caso de haber resultado ganador de la buena pro de ambos ítems no hubiera podido cumplir con el contrato. **17.** A efectos de resolver el punto controvertido, debe tenerse presente como marco referencial que las Bases constituyen las reglas del proceso de selección y es en función a ellas que se debe efectuar la calificación y evaluación de las propuestas [...]. Asimismo, el artículo 59 del Reglamento [cfr. art. 72 del Nuevo Reglamento], dispone que una vez absueltas todas las consultas y/u observaciones, o si las mismas no se han presentado, las Bases quedarán integradas como reglas definitivas. De acuerdo con los mandatos legales referidos, tanto La Entidad como los postores están obligados a cumplir con lo establecido en las Bases. Aquella, por su parte, tiene la obligación de calificar las propuestas conforme a las especificaciones técnicas y a los criterios objetivos de evaluación detallados en las Bases. **18.** Por otro lado, el artículo 61 del Reglamento [cfr. art. 73 del Nuevo Reglamento] establece que para que una propuesta sea admitida deberá incluir, cumplir, y en su caso, acreditar la documentación de presentación obligatoria que se establezca en las Bases y los requerimientos técnicos mínimos que constituyen las características técnicas, normas reglamentarias y cualquier otro requisito establecido como tal en las Bases y en las disposiciones legales que regulan el objeto materia de la contratación. Asimismo, el artículo 70 del mismo cuerpo legal [cfr. art. 73 del Nuevo Reglamento] prescribe que el Comité Especial verificará que las ofertas cumplan con los requisitos de admisión de propuestas establecidos en las Bases a efecto de la admisión de las propuestas técnicas. **19.** En el caso que nos ocupa, el numeral 6 de los Términos de Referencia de las Bases integradas dispone que: "Se deberá respetar el personal propuesto en la oferta técnica presentada en el proceso de selección convocado por el Ministerio de Justicia, el mismo que podrá ser reemplazado, según el caso, siempre y cuando cumpla con el perfil requerido". **20.** En este sentido, las Bases no contienen ningún tipo de restricción al hecho de presentar la misma nómina de personal para los ítems en cuestión, además, los propios Términos de Referencia de las Bases integradas contemplan la posibilidad de cambiar al personal, siempre que tengan el mismo perfil del reemplazado. **21.** Esto fue ratificado por el Comité Especial al absolver la Consulta N.º 3 de la empresa Morgan Oriente S.A.C.,



corroborando que el personal de reemplazo debe tener igual o mayor experiencia y reunir los requisitos mínimos detallados en las Bases; siendo que, además, se ha previsto la aplicación de penalidades en caso contrario. 22. Esta posibilidad de sustitución guarda relación con la naturaleza del servicio, el cual requiere indispensablemente cubrir todos los puestos de vigilancia en forma permanente aún en casos de enfermedad, renuncia, permisos, caso fortuito, fuerza mayor u otras eventualidades justificadas del personal titular y se encuentra condicionada a la anuencia de la Entidad, quien deberá valorar que los reemplazantes reúnan similares o superiores aptitudes a fin de no afectar la prestación. 23. Ahora bien, en el caso de autos, se trata de resolver sobre la situación de todo el staff de vigilantes propuesto por el Impugnante, dado que ello implicaría -bajo el criterio de la Entidad- que dicho postor no podrá cumplir con la prestación en ambos casos. 24. En ese sentido, si bien es cierto que la posición adoptada por la Entidad no deja de tener sustento, también lo es que no puede restringirse el derecho de participación de los vigilantes propuestos, ni afectarse la libertad de los trabajadores a elegir el puesto (Cusco o Puno) en el que consideren conveniente prestar sus servicios, de acuerdo a sus intereses, máxime si se tiene en cuenta que el ser considerados en la nómina del Impugnante constituye stricto sensu sólo una expectativa de una probable contratación futura. 25. En todo caso, estamos frente a un grupo laboral que en la medida en que requiera ser sustituido total o parcialmente, le corresponderá al Impugnante, en caso sea beneficiado con la buena pro del ítem 2, acreditar que los reemplazantes reúnen o superan el perfil de los vigilantes propuestos primigeniamente y, por su parte, a la Entidad verificar que reúnan los requisitos establecidos en las Bases. 26. Similar postura ha sido adoptada en las Resoluciones N.º 430-2007-TC-S1, 1109-2003-TC-S1 y 062-2004-TC-SU. 27. Es así que la Entidad no puede descalificar a un postor por un motivo que no se encuentra incluido expresamente como causal de descalificación en las Bases y que, además, en este caso, se estaría basando en un evento futuro e incierto, del cual no es posible tener certeza, pues el Comité Especial no puede anticipar que el Impugnante vaya a ganar los dos ítems a los que postula. Asimismo, debemos tener en cuenta que el recurrente ha consentido su descalificación en el ítem N.º 1 y sólo ha impugnado el ítem N.º 2 del proceso de selección, con lo cual deja de tener sentido el argumento expuesto por la Entidad para la descalificación del mismo. (Resolución N.º 138-2010-TC-S2, de 26-01-2010, ff. 16 al 27. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2QwC1qy>).

§ 1494. Un documento cuyo periodo de validez, expresamente establecido por quien lo emite, ha concluido, no puede ser tomado en cuenta para acreditar el cumplimiento de especificaciones técnicas de un bien ofertado en el marco de un procedimiento de selección. 23. [...] [Este] Colegiado considera que un documento cuyo periodo de validez, expresamente establecido por quien lo emite, ha concluido, no puede ser tomado en cuenta para acreditar -mediante la información que contiene- el cumplimiento de especificaciones técnicas de un bien ofertado en el marco de un procedimiento de selección. Ello cobra vital importancia en casos como el que nos ocupa, debido a la naturaleza de los bienes que se pretenden adquirir mediante el procedimiento de selección, pues en el caso concreto, la Entidad tiene la necesidad de adquirir biodigestores, destinados al sistema de saneamiento básico integral de la comunidad campesina de Suyo, distrito de Sicuani en la provincia de Canchis - Cusco; es decir, bienes cuya idoneidad, a través del cumplimiento de ciertos estándares, garantizan su adecuado funcionamiento como parte del referido sistema de saneamiento, evitándose situaciones que pudieran afectar el medio ambiente. Aunado a ello, no resulta necesario que las bases estipulen que los postores deben presentar certificados válidos, para que estos entiendan que no pueden presentar documentos, en base a su propio texto, inválidos. (Resolución N.º 2715-2016-TCE-S4, de 16-11-2016, f. 23. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2Fqz3nj>).

§ 1495. Pese a haberse producido la motivación insuficiente de la no admisión de la propuesta del impugnante, no resulta trascendente, por el hecho que tanto el impugnante como la propia Entidad han reconocido tal motivo. Por lo que en ese caso procede la conservación de dicho acto administrativo (art. 44). 7. [...] [Al] margen que en el acta de evaluación técnica [...] y otorgamiento de buena pro y en el cuadro comparativo de estas no se haya indicado el motivo de la no admisión de la oferta del Impugnante; de los hechos descritos y [...] de los antecedentes administrativos, se verifica

que la razón que motivó al Comité Especial a dicha decisión fue que -supuestamente- el producto no era estéril (incumpliendo así con las bases) hecho que fue conocido oportunamente por el recurrente (lo cual le ha permitido interponer el presente recurso de apelación) y que ha sido reconocido y desarrollado por la Entidad en sus informes técnico y legal presentados en este procedimiento. En razón de ello, este Colegiado concluye que el vicio producido por la motivación insuficiente de la no admisión de la propuesta del Impugnante por parte del Comité Especial, no resulta en el presente caso trascendente, por el hecho que tanto el Impugnante como la propia Entidad han reconocido el motivo por el que no se admitió la propuesta del Impugnante, lo que incluso ha permitido que este formule su recurso cuestionando dicho motivo. En tal sentido, procede la conservación de dicho acto administrativo -especialmente considerando que en el presente caso, de disponerse que se retrotraiga el proceso de selección a dicha etapa de calificación, los resultados serían los mismos- y en consecuencia se debe analizar el fondo de la presente materia controvertida. (Resolución N.º 0182-2016-TCE-S4, de 08-02-2016, f. 7. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2zUYkji>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1496. **Corresponde al comité de selección determinar si las ofertas responden a las características y/o requisitos y condiciones establecidas en el requerimiento. Al efectuar dicha verificación el comité de selección puede requerir el apoyo de las dependencias o áreas pertinentes de la Entidad.** CONSULTA: 2. “¿Si el Presidente del Comité de Selección, una vez abierto el sobre oferta presentado, puede decidir en base a lo indicado por el numeral 25.4 del Reglamento de la Ley [cfr. art. 46.4 del Nuevo Reglamento] de Contrataciones del Estado, que este no sea revisado inicialmente por el Comité de Selección designado, sino que se remita la oferta completa sin realizar ningún actuado, al Jefe del área usuaria, para que revise e indique al Comité de Selección si la documentación presentada en el procedimiento de selección, cumple con lo solicitado en las especificaciones técnicas de su requerimiento?” [...]. 3. CONCLUSIONES. 3.1. La normativa de contrataciones del Estado establece que corresponde al comité de selección determinar si las ofertas responden a las características y/o requisitos y condiciones establecidas en el requerimiento. Al efectuar dicha verificación el comité de selección puede requerir el apoyo de las dependencias o áreas pertinentes de la Entidad. 3.2. El apoyo que brinden al comité de selección las dependencias o áreas pertinentes de la Entidad durante el desempeño de su encargo no implica que éstas puedan arrogarse las funciones que la norma ha dispuesto para el comité de selección. (Opinión N.º 016-2018/DTN, de 01-02-2018, ff. 2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RhUPuD>).

Artículo 74: Evaluación de las ofertas

74.1. La evaluación de ofertas consiste en la aplicación de los factores de evaluación a las ofertas que cumplen con lo señalado en el numeral 73.2 del artículo 73, con el objeto de determinar la oferta con el mejor puntaje y el orden de prelación de las ofertas.

74.2. Para determinar la oferta con el mejor puntaje, se toma en cuenta lo siguiente:

a) Cuando la evaluación del precio sea el único factor, se le otorga el máximo puntaje a la oferta de precio más bajo y se otorga a las demás ofertas puntajes inversamente proporcionales a sus respectivos precios, según la siguiente fórmula:

$$P_i = O_m \times \frac{PMP}{O_i}$$

Donde:

I = Oferta

P_i = Puntaje de la oferta a evaluar

O_i = Precio i

O_m = Precio de la oferta más baja

PMP = Puntaje máximo del precio

Quando existan otros factores de evaluación además del precio, el mejor puntaje se determina en función de los criterios y procedimientos de evaluación enunciados en las bases. La evaluación del precio se sujeta a lo dispuesto en el presente literal.

b) En el supuesto de que dos (2) o más ofertas empaten, la determinación del orden de prelación de las ofertas empatadas se realiza a través de sorteo.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1497. Factores de evaluación en los contratos de bienes. Las bases estándar para la contratación de bienes permiten incluir la garantía comercial del postor y las mejoras a las especificaciones técnicas como un factor de evaluación. 29. [...] [Si] bien las Bases Estándar para la contratación de bienes permiten incluir como de parte de los factores de evaluación la garantía comercial del postor y las mejoras a las especificaciones técnicas, cabe precisar que, en el caso de esta última, las citadas bases han señalado expresamente que el puntaje que se asignará por el cumplimiento de dicho factor no debe superar los diez (10) puntos, salvo que el objeto de la convocatoria sea la adquisición de insumos para el Programa del Vaso de Leche. En ese sentido, considerando que el objeto de la convocatoria del presente procedimiento no se encuentra referido al supuesto de excepción al que aluden las Bases Estándar, resulta claro que el puntaje de veinte (20) puntos consignado en las bases elaboradas por el comité de selección excede al máximo permitido por las bases estándar para dicho factor de evaluación, lo que implica un vicio que afecta el contenido de las bases, pues conforme ha sido señalado anteriormente, el puntaje por dicho factor de evaluación no debe superar los diez (10) puntos. [...] (Resolución N.º 1492-2017-TCE-S2, de 13-07-2017, f. 29. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2A7mg3c>).

§ 1498. El comité de selección debe determinar si el postor que obtuvo el primer lugar según el orden de prelación cumple con los requisitos de calificación especificados en las Bases, de lo contrario su oferta debe ser descalificada. En tal caso, el comité de selección debe verificar los requisitos de calificación respecto del postor cuya oferta quedó en segundo lugar, y así sucesivamente. 17. [...] [El] artículo 54 del Reglamento [art. 74 del Nuevo Reglamento] establece que, de manera previa a la evaluación, el Comité de Selección debe determinar si las ofertas responden a las características y/o requisitos funcionales y condiciones de las especificaciones técnicas y términos de referencia especificados en las Bases, toda vez que, de no cumplir con lo requerido, la oferta se considera no admitida. Solo se evalúan las ofertas que cumplen con lo señalado. La evaluación tiene por objeto determinar la oferta con el mejor puntaje y el orden de prelación de las ofertas, según los factores de evaluación enunciados en las bases. Adicionalmente, el artículo 55 del Reglamento [cfr. art. 75 del Nuevo Reglamento], antes de su modificatoria, señala que, luego de culminada la evaluación, el Comité de Selección debe determinar si el postor que obtuvo el primer lugar según el orden de prelación cumple con los requisitos de calificación especificados en las Bases. Si dicho postor no cumple con los requisitos de calificación, su oferta debe ser descalificada. En tal caso, el comité de selección debe verificar los requisitos de calificación respecto del postor cuya oferta quedó en segundo lugar, y así sucesivamente en el orden de prelación de ofertas. 18. De las deposiciones glosadas, se desprende que, previamente a la evaluación de las ofertas, deben considerarse las características y/o requisitos funcionales y condiciones de las especificaciones técnicas, cuya función es asegurar a la Entidad que la propuesta del postor cumple con las características mínimas de idoneidad para proveer o ejecutar adecuadamente el bien o servicio objeto de la contratación, habilitando con ello a las propuestas que ingresarán en competencia y que serán evaluadas posteriormente; y, luego aplicar los factores de evaluación, los cuales contienen los elementos a partir de los cuales se asignará puntaje con la finalidad de seleccionar la mejor oferta. De acuerdo con lo señalado, tanto la Entidad como los postores se encuentran obligados a cumplir con lo establecido en las Bases Integradas, es así que la Entidad tiene el deber de evaluar las propuestas conforme a las especificaciones técnicas y los criterios objetivos de evaluación detallados en aquellas y los postores a presentar sus ofertas conforme a lo requerido por aquellas. (Resolución N.º 1391-2017-TCE-S2, de 03-07-2017, ff. 17 y 18. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2qW7tnQ>).

§ 1499. Las bases integradas constituyen las reglas definitivas del procedimiento de selección, estas deben contar con el contenido mínimo de los documentos del procedimiento que establece la normativa de contrataciones, los requisitos de calificación y los factores de evaluación. 3. [...] [Las] bases integradas constituyen las reglas definitivas del procedimiento de selección y es en función de ellas que debe efectuarse la calificación y evaluación de las ofertas, quedando tanto las Entidades como los postores, sujetos a sus disposiciones. A partir de lo expuesto, tenemos que las bases de un procedimiento de selección deben contar con el contenido mínimo de los documentos del procedimiento que establece la normativa de contrataciones, los requisitos de calificación y los factores de evaluación, cuya finalidad se encuentra orientada a elegir la mejor oferta sobre la base de/criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores, que redunden en una oferta de calidad y al mejor costo para el Estado, constituyendo un parámetro objetivo, claro, fijo y predecible de actuación de la autoridad administrativa, que tiene como objetivo evitar conductas revestidas de subjetividad que puedan ulteriormente desembocar en situaciones arbitrarias, asegurando con ello un marco de seguridad jurídica. Bajo esta regla, las exigencias de orden formal y sustancial que la normativa prevea o cuya aplicación surja a partir de su interpretación, deben obedecer a la necesidad de asegurar el escenario más idóneo en el que, dentro de un contexto de libre competencia, se equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y se garantice el pleno ejercicio del derecho de las personas naturales y jurídicas para participar como proveedores del Estado. (Resolución N.º 1597-2017-TCE-S3, de 25-07-2017, f. 3. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2PWqqF2>).

§ 1500. El evaluador designado por la Entidad debe tener experiencia o conocimientos técnicos en el objeto de la convocatoria para asegurar que las ofertas de los postores cumplan con todas las características requeridas de acuerdo a lo estrictamente establecido en las bases integradas, en pos de resguardar la finalidad pública de la contratación. 12. [...] [Se] aprecia que la evaluación llevada a cabo por el evaluador designado por la Entidad, no ha tenido en cuenta el funcionamiento del sistema de reconocimiento OCR, toda vez que, de acuerdo a lo informado por el área usuaria en caso de dígitos ilegibles, lo que corresponde es que dichos dígitos sean corregidos ya sea en la misma máquina contadora o al ser exportada la información. Esto demuestra que, una vez más, la evaluación no se ha realizado correctamente, en la medida que no se ha verificado siquiera la posibilidad de efectuar dicha corrección de los dígitos o letras ilegibles en la propia máquina contadora. En este punto, cabe destacar que, de acuerdo a lo informado por el área usuaria, la corrección se puede efectuar tanto en la propia máquina como al exportarse la información; sin embargo, en este caso no se analizó siquiera dichas posibilidades, sino que de plano se consideró que la máquina ofertada por el Impugnante no cumplía con las especificaciones técnicas. Lo señalado, demuestra cierta inexperiencia o falta de conocimientos técnicos en el objeto de la convocatoria por parte del evaluador designado por la Entidad (el cual según señaló en la audiencia pública realizada el 12 de julio de 2017 cuenta con el grado de bachiller en administración); en ese sentido, resulta necesario que la Entidad designe a un nuevo evaluador, asegurando que cuente con los conocimientos técnicos necesarios en el funcionamiento del sistema OCR y en el manejo de las máquinas contadoras de billetes, de modo que se realice la evaluación considerando todos los aspectos técnicos que son inherentes al funcionamiento de este tipo de máquinas contadoras de billetes. [...] **14.** Por lo expuesto, este Colegiado advierte que se ha configurado una de las causales de nulidad previstas en el artículo 44 de la Ley, debido a que se ha contravenido las normas legales, específicamente el artículo 107 del Reglamento [cfr. art. 129 del Nuevo Reglamento] referida al cumplimiento de las resoluciones dictadas por el Tribunal. Asimismo, el vicio advertido no resulta conservable en los términos previstos en el artículo 14 del TUO de la LPAG, toda vez que la incorrecta evaluación de la muestra de la máquina contadora de billetes del Impugnante, ha tenido incidencia en la no admisión de su oferta que ha dado lugar justamente a la interposición del recurso de apelación, cuya resolución ahora nos avoca. En este punto, cabe destacar que es de vital importancia resguardar la finalidad pública de la contratación, considerando que los bienes a adquirir tienen por objeto ser utilizados en la prestación de servicios públicos en beneficio de toda la ciudadanía; por ello, es sumamente necesario, por un lado, que la Entidad, a través de su área usuaria, se asegure en formular adecuadamente el requerimiento de modo que las características establecidas en las bases integradas aseguren las condiciones de idoneidad

y calidad del bien a adquirir; y, por otro, que a través del comité de selección y de los órganos técnicos que participen en la evaluación (como puede ser el caso de evaluadores técnicos), se asegure que las ofertas de los postores cumplen con todas las características establecidas de acuerdo a lo estrictamente establecido en las bases integradas. No debe perderse de vista que, de conformidad con el principio de eficacia y eficiencia, el proceso de contratación debe orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos. En ese sentido, precisamente con la finalidad de cautelar el correcto uso de los recursos públicos, es sumamente necesario que el objeto de la contratación sea idóneo para la satisfacción de las necesidades del área usuaria; de lo contrario, además de causarse perjuicio económico al Estado, al agotar inútilmente recursos públicos, tanto para la realización del proceso de contratación como para la adquisición de un bien no idóneo para la satisfacción de las necesidades públicas, también se afecta a toda la colectividad en general, la que finalmente es la destinataria de la calidad y la utilidad de los bienes con los cuales el Estado prestará servicios públicos. (Resolución N.º 1597-2017-TCE-S3, de 25-07-2017, ff. 12 y 14. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2PWqqF2>).

§ 1501. Procedimiento de evaluación de ofertas. 2. Como marco referencial, es preciso tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el [...] Reglamento, las bases integradas constituyen las reglas definitivas del procedimiento de selección. Asimismo, el artículo 54 del Reglamento [cfr. art. 73.2 del Nuevo Reglamento] establece que, de manera previa a la evaluación, el Comité de Selección debe determinar si las ofertas responden a las características y/o requisitos funcionales y condiciones de las Especificaciones Técnicas y Términos de Referencia especificados en las bases, toda vez que, de no cumplir con lo requerido, la oferta se considera no admitida. Solo se evalúan las ofertas que cumplen con lo señalado. La evaluación tiene por objeto determinar la oferta con el mejor puntaje y el orden de prelación de las ofertas, según los factores de evaluación enunciados en las bases. Adicionalmente, el artículo 55 del Reglamento [cfr. art. 75 del Nuevo Reglamento], señala que, luego de culminada la evaluación, el comité de selección debe determinar si el postor que obtuvo el primer lugar, según orden de prelación, cumple con los requisitos de calificación especificados en las bases. Si dicho postor no cumple con los requisitos de calificación, su oferta debe ser descalificada. En tal caso, el Comité de Selección debe verificar los requisitos de calificación respecto del postor cuya oferta quedó en segundo lugar, y así sucesivamente en el orden de prelación de ofertas. Por último, conforme señala el artículo 56 del Reglamento [cfr. art. 76 del Nuevo Reglamento], luego de la calificación de las ofertas, el Comité de Selección debe otorgar la buena pro, mediante su publicación en el SEACE. (Resolución N.º 2920-2016-TCE-S1, de 09-12-2016, f. 2. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2Q0qsvA>).

§ 1502. Si se declara la nulidad de la licitación, debido a que se detectó la existencia de deficiencias tanto en la evaluación de las muestras como en el análisis realizado por el evaluador designado por la Entidad, el proceso se retrotrae hasta la etapa de evaluación del protocolo de pruebas lo que implica que debe realizarse nuevamente todas las pruebas. 8. [...] [C]orresponde señalar que el procedimiento de selección materia del presente recurso de apelación, fue declarado parcialmente nulo por el Tribunal a través de la Resolución N.º 795-2017-TCE-S1, habiéndose determinado en aquella oportunidad la existencia de deficiencias en la evaluación de las muestras [...]. Como se aprecia, en aquella oportunidad se detectó la existencia de deficiencias no sólo en la evaluación de las muestras de las máquinas contadoras de billetes, sino también en el análisis realizado por el evaluador designado por la Entidad. Ello, dio lugar a que el Tribunal disponga lo siguiente: “1. Declarar la NULIDAD de la Licitación Pública N.º 25-2016-BN [...], para la -Adquisición de máquinas contadoras electrónicas de billetes- MCEB de tres (3) bolsillos-, debiendo retrotraerse hasta la etapa de evaluación del protocolo de pruebas, con el fin que se sometan a prueba los equipos ofertados por la empresa [...], con énfasis en determinar si sus máquinas capturan y muestran en la pantalla las series de los billetes, específicamente, de la antigua familia, en atención a los alcances expuestos en los fundamentos de la presente Resolución”. A partir de lo expuesto, se advierte que el Tribunal resolvió que las muestras de las máquinas contadoras de billetes ofertadas sean nuevamente sometidas a evaluación, lo que implica que éstas debían ser

evaluadas de acuerdo al Protocolo de Prueba establecido en las bases, con énfasis en determinar si las máquinas capturan y muestran en la pantalla las series de los billetes; entre estos, específicamente, de la “antigua familia”. Nótese que el disponerse que se ponga mayor atención en determinar si las máquinas capturan y muestran en la pantalla las series de los billetes, no significa que esta sea la única prueba que debió realizarse nuevamente (tal como sostiene el Impugnante); toda vez que, de acuerdo a lo dispuesto en la comentada resolución, las muestras de las máquinas debían ser sometidas nuevamente a prueba, ello determina que haya tenido que realizarse nuevamente todas las pruebas, como en efecto sucedió, sólo que poniendo mayor énfasis en una prueba en particular (determinar si las máquinas capturan y muestran en la pantalla las series de los billetes). En ese sentido, no cabe amparar este argumento del Impugnante referido a que la Entidad habría practicado pruebas distintas a las dispuestas por el Tribunal, mediante la Resolución N.º 795-2017-TCE-S1. (Resolución N.º 3059-2016-TCE-S2, de 28-12-2016, f. 8. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2TqJD0x>).

§ 1503. La antigüedad del equipo no es un factor de evaluación debido a que no está establecido en el Reglamento ni en las Bases Estandarizadas aprobadas por el OSCE. 17. Sin perjuicio del vicio de nulidad relacionado con la controversia del presente procedimiento impugnatorio, este Colegiado no puede soslayar que se ha advertido, además, que en las Bases Integradas se ha requerido como factor de evaluación “antigüedad del equipo”. Ello, no obstante, que conforme con el artículo 30 del Reglamento [cfr. art. 51 del Nuevo Reglamento], se ha establecido expresamente aquellos factores que las entidades pueden establecer para el caso de bienes, como son: i) El plazo de entrega de los bienes, ii) las características particulares que se ofrecen para el objeto de contratación, como pueden ser las relacionadas a la sostenibilidad ambiental o social, mejoras para bienes; iii) Garantía comercial y/o de fábrica; y iv) Otros factores que se prevean en los documentos estándar que aprueba el OSCE. Ahora bien, respecto a este último, las Bases Estándar aprobadas mediante la Resolución N.º 304-2016-OSCE/PRE [Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)] de fecha 19 de agosto de 2016, para las Adjudicaciones Simplificadas de bienes, no contempla entre los factores de evaluación, alguno referido a la “antigüedad del equipo”; evidenciándose, por tanto, contravención a la normativa de contratación pública al momento que el Comité de Selección elaboró dicho factor de evaluación. Y no solo ello, de acuerdo a lo informado por la representante de la Entidad en la audiencia pública del 21 de febrero de 2017, han advertido que el factor de evaluación “mejoras a las especificaciones técnicas” resulta una condición “desproporcionada”, debido a que de acuerdo a la empleabilidad y/o uso de dicho equipo, es difícil que se llegue a las 800 pruebas por hora; por lo que, se evidencia que el Comité de Selección no ha sido objetivo al establecer las mejoras a las especificaciones técnicas del bien convocado. 18. Por lo expuesto, se advierte que las Bases del procedimiento de selección, no solo se encuentran incorrectamente integradas, sino que, además, tienen deficiencias en su elaboración al establecer un factor de evaluación no establecido en el Reglamento ni en las Bases Estandarizadas aprobadas por el OSCE, y al establecer un factor que la propia Entidad ha calificado de “desproporcionado” en clara alusión a la falta de objetividad del mismo, deficiencias que la vician de nulidad, correspondiendo la reformulación de las Bases. (Resolución N.º 0260-2017-TCE-S2, de 01-03-2017, ff. 17 y 18. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2TkzL9>).

§ 1504. El comité de selección, previamente a la evaluación, debe determinar si las ofertas responden a las características y/o requisitos funcionales y condiciones especificados en las bases. El objeto de la evaluación es determinar la oferta con el mejor puntaje y el orden de prelación de las ofertas, según los factores de evaluación enunciados en las bases. 6. [...] [C]onforme a lo dispuesto en el artículo 52 del Reglamento [cfr. art. 72 del Nuevo Reglamento], las bases integradas constituyen las reglas definitivas del procedimiento de selección. Asimismo, el artículo 54 del Reglamento [cfr. art. 74 del Nuevo Reglamento] establece que, de manera previa a la evaluación, el Comité de Selección debe determinar si las ofertas responden a las características y/o requisitos funcionales y condiciones de las Especificaciones Técnicas y Términos de Referencia especificados en las bases, toda vez que, de no cumplir con lo requerido, la oferta se considera no admitida. Solo se evalúan las ofertas que cumplen con lo señalado. La evaluación tiene por objeto determinar la oferta con el mejor puntaje y el orden

de prelación de las ofertas, según los factores de evaluación enunciados en las bases. Adicionalmente, el artículo 55 del Reglamento [cfr. art. 75 del Nuevo Reglamento], señala que, luego de culminada la evaluación, el comité de selección debe determinar si el postor que obtuvo el primer lugar, según el orden de prelación, cumple con los requisitos de calificación especificados en las bases. Si dicho postor no cumple con los requisitos de calificación, su oferta debe ser descalificada. En tal caso, el comité de selección debe verificar los requisitos de calificación respecto del postor cuya oferta quedó en segundo lugar, y así sucesivamente en el orden de prelación de ofertas. (Resolución N.º 2951-2016-TCE-S1, de 14-12-2016, f. 6. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2A11B0m>).

§ 1505. Si el postor consigna la cantidad del bien a ofertar en un anexo donde correspondía indicar el precio y no la cantidad, no invalida su propuesta; pues se deben evaluar las ofertas considerando lo establecido en las bases y no en función a exigencias que no estén contempladas en ellas. 37. [...] [Es] necesario señalar que, en principio, los criterios para evaluar y determinar si una oferta es válida y responde a lo requerido por la Entidad convocante, se encuentran establecidos en las bases integradas del procedimiento de selección, en la normativa vigente en materia de contratación pública y en aquellas normas aplicables al objeto de la convocatoria y no en el criterio particular que un Comité haya decidido emplear para evaluar las ofertas, el hecho que otros postores hayan consignado la cantidad de grilletes no solo en el Anexo N.º 3 (que es donde las bases exigían consignar la cantidad de grilletes) y también en el Anexo N.º 5, no legitiman al Comité a no admitir la oferta del Consorcio Impugnante, a pesar que, está consignada expresamente en dicha oferta (en el anexo correspondiente) la cantidad de grilletes que ofertaba. Ello no implica infringir el principio de igualdad de trato, sino que se evaluó todas las ofertas considerando lo establecido en las bases y no en función a exigencias que no estén contempladas en ellas. De otro lado, si bien se aprecia que la cantidad de bienes solicitados forma parte de la descripción del presente procedimiento de selección, las bases establecieron que sería en el Anexo N.º 3 donde los postores detallarían esa información, y no en el Anexo N.º 5 que corresponde al precio de la oferta, lo que implica que si era posible determinar -de la lectura integral de la oferta- cuántos grilletes de seguridad entregarían los postores en caso de verse favorecidos con la buena pro; por lo que la consignación o no de la cantidad de grilletes en el Anexo N.º 5, no determinaba su invalidez. (Resolución N.º 3101-2016-TCE-S4, de 30-12-2016, f. 37. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2S1VBMr>).

§ 1506. Según la normativa en contrataciones del Estado, la evaluación, la calificación y el otorgamiento de la buena pro deben constar en actas debidamente motivadas, las cuales deben publicarse con el otorgamiento de la buena pro. La falta de motivación produce la nulidad del acto de descalificación. 24. [...] [El] comité de selección no ha efectuado la evaluación de las ofertas conforme a lo establecido en los artículos 54 y 55 del Reglamento [cfr. arts. 74 y 75 del Nuevo Reglamento], pues [...] queda claro que ambas ofertas-la del Impugnante y la del Adjudicatario- han cumplido con los requisitos de admisión, lo que se verifica en razón que no hay anotación alguna en el acta en mención del Incumplimiento de algún requisito de admisión y que ninguna de las partes ha efectuado cuestionamiento alguno al respecto, por lo que estas debieron ser admitidas, y, en tal sentido, correspondía que el comité de selección, primero, procediera a la evaluación de las ofertas y determinara en base a ello el orden de prelación, y luego de culminada la evaluación, el comité de selección debió determinar si el postor que obtuvo el primer lugar según el orden de prelación cumplía con los requisitos de calificación especificados en las bases y solo en el caso que dicho postor no cumpliera con los requisitos de calificación su oferta debía ser descalificada y, en tal caso, debía procederse a la verificación de los requisitos de calificación del postor cuya oferta quedó en segundo lugar. Luego de la calificación de las ofertas, el comité de selección debió otorgar la buena pro. 26. [...] [Se] aprecia que el comité de selección efectuó la descalificación de la oferta del Impugnante (denominación correcta para la declaración respecto del Impugnante realizada por el comité de selección) sin indicar, de manera expresa y clara, los motivos o las razones que justificaban ello, pues como se ha indicado, por un lado, señala que no habría cumplido con dos requisitos de calificación, para posteriormente señalar que la "no admisión"

se habría producido por el incumplimiento en la presentación de los documentos del residente de obra; es decir, el incumplimiento de solo uno de los requisitos de calificación. Además, respecto a los motivos que sustentan tal incumplimiento, el comité de selección se ha limitado a consignar el contenido de la forma de acreditación de la experiencia del postor (forma que no corresponde, por tratarse del residente de obra) y señalar que los plazos consignados en el Anexo, N.º 11-Carta de compromiso de personal clave no corresponden al plazo de ejecución de obra y que existen diferencias de periodos de trabajo, sin indicar, de manera expresa, los motivos o las razones que justificaban que no se tomaran en cuenta la experiencia presentada, sin que en el presente caso, se puedan desprender, de manera clara; los motivos o circunstancias que no permitan considerar dicha experiencia como válida, tal como sí lo ha realizado en esta instancia, en donde ha remitido un cuadro detallando qué documentos no fueron tomados en cuenta para el cumplimiento de la experiencia como residente de obra, así como las razones que lo justifican. La aludida falta de motivación no solo ocasionaría la afectación respecto al derecho del Impugnante a cuestionar su descalificación de manera informada, sino que también vulneraría lo establecido en el artículo 45 del Reglamento [cfr. art. 66 del Nuevo Reglamento], el cual señala que la evaluación, la calificación y el otorgamiento de la buena pro deben constar en actas debidamente motivadas, las cuales deben publicarse en el SEACE con el otorgamiento de la buena pro. (Resolución N.º 3080-2016-TCE-S3, de 29-12-2016, ff. 24 y 26. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2Tt1jZf>).

§ 1507. No es correcto que el comité de selección utilice “interpretaciones extensivas” de las bases al realizar la evaluación de las ofertas. Véase la jurisprudencia del artículo 47º del Nuevo Reglamento [§ 1194]. (Resolución N.º 732-2017-TCE-S3, de 17-04-2017, f. 14. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2sbSZkj>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1508. Un instrumento de gestión interna que regule la admisión de ofertas estableciendo tope máximos o mínimos para su validez, contraviene la Ley de Contrataciones con el Estado. Véase la jurisprudencia del artículo 68º del Nuevo Reglamento [§ 1465]. (Opinión N.º 199-2016/DTN, de 20-12-2016, ff. 2.1, 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zvqlhW>).

§ 1509. El límite inferior al valor referencial que habilita a una Entidad a rechazar una oferta aplica solo en determinados objetos contractuales. Véase la jurisprudencia del artículo 68º del Nuevo Reglamento [§ 1466]. (Opinión N.º 135-2017/DTN, de 15-06-2017, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T2PQ1U>).

§ 1510. El comité de selección es competente para adoptar decisiones basadas en los criterios que estime pertinentes de acuerdo a la naturaleza y objeto de la contratación. El comité podrá requerir información adicional en los casos de ofertas por debajo del valor referencial, a fin de evaluar la factibilidad de estas. Véase la jurisprudencia del artículo 68º del Nuevo Reglamento [§ 1467]. (Opinión N.º 135-2017/DTN, de 15-06-2017, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T2PQ1U>).

§ 1511. Cuando la oferta supere el valor estimado la entidad deberá seguir el procedimiento del artículo 68 del Reglamento, aún en el caso en que se presente una única oferta. Véase la jurisprudencia del artículo 68º del Nuevo Reglamento [§ 1468]. (Opinión N.º 199-2016/DTN, de 20-12-2016, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zvqlhW>).

§ 1512. Las ofertas por encima del valor estimado pueden constituir respuesta del mercado. En casos que se presenten ofertas por montos superiores al valor estimado debe aplicarse el procedimiento del artículo 68 del Reglamento. Véase la jurisprudencia del artículo 68º del Nuevo Reglamento [§ 1469]. (Opinión N.º 199-2016/DTN, de 20-12-2016, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zvqlhW>).

Artículo 75: Calificación

75.1. Luego de culminada la evaluación, el comité de selección califica a los postores que obtuvieron el primer y segundo lugar, según el orden de prelación, verificando que cumplan con los requisitos de calificación especificados en las bases. La oferta del postor que no cumpla con los requisitos de calificación es descalificada.

75.2. Si alguno de los dos (2) postores no cumple con los requisitos de calificación, el comité de selección verifica los requisitos de calificación de los postores admitidos, según el orden de prelación obtenido en la evaluación, hasta identificar dos (2) postores que cumplan con los requisitos de calificación; salvo que, de la revisión de las ofertas, solo se pueda identificar una (1) que cumpla con tales requisitos.

75.3. Tratándose de obras, se aplica lo dispuesto en el numeral 75.2, debiendo el comité de selección identificar cuatro (4) postores que cumplan con los requisitos de calificación.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1513. Si se ha descalificado la oferta del adjudicatario, revocándole la buena pro originariamente adjudicada a su favor, corresponde que el comité de selección califique la oferta del postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación. 24. [Si] bien se ha descalificado la oferta del Adjudicatario, revocándose la buena pro originalmente adjudicada a su favor, este Colegiado no puede otorgar la buena pro al Impugnante, pues es deber del comité de selección verificar el cumplimiento de los requisitos de calificación previstos en las bases integradas conforme a lo establecido en el artículo 55 del Reglamento [cfr. art. 75 del Nuevo Reglamento] [...]. 25. [En] el presente caso, de la revisión del “Acta de evaluación de ofertas” [...] se tiene que el comité de selección sólo calificó la oferta del Adjudicatario dado que obtuvo el primer lugar en el orden de prelación, pero no corroboró (por no corresponder en ese momento) el cumplimiento de los requisitos de calificación contemplados en las bases por parte del Impugnante, al haber ocupado el tercer lugar en el orden de prelación; por lo que, considerando lo resuelto por este Colegiado en el anterior punto controvertido, corresponde que el comité de selección califique la oferta del postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación [...] y, de ser el caso, le otorgue la buena pro. En razón de ello, el presente punto controvertido debe ser declarado infundado. (Resolución N.º 3066-2016-TCE-S2, de 28-12-2016, ff. 24 y 25. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2qYeTGU>).

§ 1514. La evaluación del postor que quedó en segundo lugar, debe realizarse solo después de la descalificación del postor que ocupa el primer lugar por no cumplir los requisitos de calificación previstos en las bases. 15. [...] [En] el caso de las licitaciones públicas, de forma previa a la evaluación de ofertas, el comité de selección debe determinar si aquellas responden, según corresponda, a las características y/o condiciones, o especificaciones técnicas establecidas en las bases, siendo que, en caso contrario, deben declararse como no admitidas. Así, solo deben ser evaluadas aquellas ofertas que cumplan con dichas características, aplicándoles los factores de evaluación establecidos en las bases, a efectos de determinar aquella que cuenta con el mayor puntaje para así determinar su orden de prelación. De conformidad con el artículo 66 del Reglamento [cfr. art. 88 del Nuevo Reglamento], concordado con el artículo 55 [cfr. art. 75 del Nuevo Reglamento] del mismo cuerpo legal, culminada la evaluación, debe determinarse si el postor que quedó en el primer lugar en el orden de prelación cumple con los requisitos de calificación previstos en las bases, precisándose que sólo cuando aquél no cumpla con tal(es) requerimiento(s), además de que su oferta deberá ser descalificada, recién se verifica la oferta del postor que quedó en segundo lugar en la evaluación. De ser el caso, se procederá de forma similar con el postor que ocupó el tercer lugar, y así sucesivamente. (Resolución N.º 2839-2016-TCE-S2, de 02-12-2016, f. 15. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2OTa8bp>).

Artículo 76: Otorgamiento de la buena pro

76.1. Previo al otorgamiento de la buena pro, el comité de selección revisa las ofertas económicas que cumplen con los requisitos de calificación, de conformidad con lo establecido para el rechazo de ofertas, previsto en el artículo 68 de ser el caso.

76.2. De rechazarse alguna de las ofertas de acuerdo a lo previsto en el numeral anterior, el comité de selección revisa el cumplimiento de los requisitos de calificación de los postores que siguen en el orden de prelación.

76.3. Definida la oferta ganadora, el comité de selección otorga la buena pro, mediante su publicación en el SEACE.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1515. En caso el comité de selección, debido a un error de tipeo, adjudique la Buena Pro al postor equivocado, corresponde revocar tal otorgamiento y dársele al postor ganador. [...] 14. Al respecto, y tal como ya se ha señalado en el punto controvertido anterior, la oferta del [adjudicatario] no debió ser materia de admisión, evaluación y calificación, y menos aún del otorgamiento de la buena pro; pues, según lo informado por la Entidad, el Comité de Selección por un error de tipeo adjudicó erróneamente la buena pro a dicho postor, cuando en realidad le correspondía otorgarla al Impugnante. [...] 16. Al respecto, en la audiencia pública realizada el 23 de setiembre de 2016, la Entidad reiteró su posición respecto a que la oferta del [adjudicatario] fue admitida por un error de tipeo en el Acta de otorgamiento de buena pro, pues su producto ofertado no cumple con las especificaciones técnicas requeridas en las bases para el ítem N.º 4, toda vez que oferta el producto “AH Extradelado” con dimensiones de 20.3 x 20.3 cm, cuando lo solicitado por la Entidad es un “AH Grueso” con dimensiones de 20 x 20 cm y que contenga dentro de su composición los materiales: “gelatina” y “espuma de poliuretano”. 17. En tal sentido, estando a lo informado por la Entidad, se concluye que la oferta presentada por el Adjudicatario respecto del ítem N.º 4, no cumple con las exigencias establecidas por las bases, por lo tanto, este Colegiado considera que la propuesta del Adjudicatario debe ser descalificada. 18. Siendo ello así, el cuestionamiento realizado por el Impugnante en este extremo, respecto a la oferta del Adjudicatario deviene en amparable. 19. Estando a lo precedentemente expuesto y en la medida que el Comité de Selección, como conductor del procedimiento de selección, ha determinado que la oferta presentada por el Adjudicatario no debió haber sido materia de evaluación, ni del otorgamiento de la buena pro, pues no cumple con lo requerido en las bases del procedimiento de selección para el ítem N.º 4, determinando que corresponde su descalificación, este Colegiado dispone que debe revocarse la buena pro adjudicada a su favor. 20. Asimismo, estando a lo señalado por el Comité de Selección, respecto a que la oferta del Impugnante fue desestimada incorrectamente, dado que por un error de tipeo se le adjudicó la buena pro al Adjudicatario, cuando la oferta del Impugnante fue calificada, cumpliendo los requisitos exigidos en las bases del procedimiento de selección para el ítem N.º 4, y erróneamente fue descalificado, correspondiéndole otorgarle la buena pro del referido ítem; en la medida que la causa de la descalificación del Impugnante no estuvo arreglada a derecho, en aplicación al Principio de Eficacia y Eficiencia, corresponde amparar el pedido de otorgamiento de la buena pro planteado por el Impugnante en su recurso impugnativo y, por dicho efecto, corresponde declarar fundado este extremo del recurso impugnativo. 21. Consecuentemente [...] esta Sala concluye que el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante deviene en fundado, correspondiendo no admitir la oferta técnica del [adjudicatario], revocar el otorgamiento de la buena pro otorgada a su favor respecto del ítem N.º 4 del procedimiento de selección y, dado que la oferta del Impugnante fue calificada por el Comité de Selección, tal como ha sido expuesto, en consecuencia otorgar la buena pro del referido ítem a la empresa [impugnante]. (Resolución N.º 2411-2016-TCE-S3, de 11-10-2016, ff. 14, 16, 17, 18, 19, 20 y 21. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2Sg8tmC>).

CAPÍTULO III CONCURSO PÚBLICO

Artículo 77: Condiciones para el uso del Concurso Público

La Entidad utiliza el Concurso Público para contratar servicios en general, consultorías en general y consultoría de obras.

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 1516. Si se convoca un concurso público cuando lo que correspondía era convocar a licitación pública, se incurre en vicio que acarrea la nulidad del proceso de selección. Si la ejecución contractual corresponde a una ejecución de obras, tal será el objeto del contrato a pesar de que involucre otro tipo de prestaciones. Véase la jurisprudencia del artículo 44° de la Ley [§ 714]. (Pronunciamento N.º 046-2011/DSU, de 10-02-2011, f. 2. Dirección de Supervisión. Texto completo: <bit.ly/2VL75qk>).

SUBCAPÍTULO I CONTRATACIÓN DE SERVICIOS EN GENERAL

Artículo 78: Concurso Público para contratar servicios en general

El Concurso Público para contratar servicios en general se rige por las disposiciones aplicables a la Licitación Pública contempladas en los artículos 70 al 76.

SUBCAPÍTULO II CONTRATACIÓN DE CONSULTORÍA EN GENERAL Y CONSULTORÍA DE OBRAS

Artículo 79: Etapas

El Concurso Público para contratar consultoría en general y consultoría de obra contempla las siguientes etapas:

- a) Convocatoria.
- b) Registro de participantes.
- c) Formulación de consultas y observaciones.
- d) Absolución de consultas, observaciones e integración de bases.
- e) Presentación de ofertas.
- f) Calificación de ofertas.
- g) Evaluación de ofertas.
- h) Otorgamiento de la buena pro.

Artículo 80: Convocatoria y demás etapas

La tramitación de las etapas de convocatoria, registro de participantes, formulación de consultas y observaciones, absolución de consultas y observaciones e integración de las bases se realizan conforme a lo establecido en los artículos 71 y 72.

Artículo 81: Presentación de ofertas

81.1. La presentación de ofertas se realiza de manera electrónica a través del SEACE durante el periodo establecido en la convocatoria, salvo que este se postergue de acuerdo a lo establecido en la Ley y el presente Reglamento.

81.2. Para la admisión de las ofertas, el comité de selección verifica la presentación de los documentos requeridos en los literales a), b), c), d) y e) del artículo 52 y determina si las ofertas responden a las características y/o requisitos y condiciones de los Términos de Referencia. De no cumplir con lo requerido, la oferta se considera no admitida.

Artículo 82: Calificación y evaluación de las ofertas técnicas

82.1. El comité de selección determina si las ofertas técnicas cumplen los requisitos de calificación previstos en las bases. La oferta que no cumpla con dichos requisitos es descalificada.

82.2. Solo pasan a la etapa de evaluación las ofertas técnicas que cumplen con lo señalado en el numeral anterior. La evaluación se realiza conforme a los factores de evaluación enunciados en las bases.

82.3. Las reglas de la evaluación técnica son las siguientes:

- a) El comité de selección evalúa las ofertas de acuerdo con los factores de evaluación previstos en las bases.
- b) Las ofertas técnicas que contengan algún tipo de información que forme parte de la oferta económica son descalificadas.
- c) Las ofertas técnicas que no alcancen el puntaje mínimo especificado en las bases son descalificadas.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1517. Aspectos a considerar en la evaluación de propuestas. 3. [...] [Para] la evaluación de las propuestas, deben considerarse dos aspectos claramente diferenciados: por un lado, los requerimientos técnicos mínimos, cuya función es asegurar a la Entidad que la propuesta del postor cumple con las características mínimas de idoneidad para proveer o ejecutar adecuadamente el bien o servicio objeto de la contratación, habilitando con ello a las propuestas que ingresarán en competencia y que serán evaluadas posteriormente; y, por el otro, los factores de evaluación, que contienen los elementos a partir de los cuales se asignará puntaje con la finalidad de seleccionar la mejor oferta. Desacuerdo con lo señalado, tanto la Entidad como los postores se encuentran obligados a Cumplir con lo establecido en las Bases, es así que la Entidad tiene el deber de calificar las propuestas conforme a las especificaciones técnicas y los criterios objetivos de evaluación detallados en las Bases, los que deben ser congruentes con el objeto de la convocatoria y sujetarse a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. (Resolución N.º 1871-2015-TCE-S3, de 10-09-2015, f. 3. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2BciBCo>).

Artículo 83: Evaluación de ofertas económicas

83.1. El comité de selección solo evalúa las ofertas económicas de los postores que alcanzaron el puntaje técnico mínimo y en el caso de consultoría de obras, rechaza las ofertas que exceden los límites previstos en el artículo 28 de la Ley.

83.2. El comité de selección evalúa las ofertas económicas, asignando un puntaje de cien (100) a la oferta de precio más bajo y otorga a las demás ofertas puntajes inversamente proporcionales a sus respectivos precios, según la siguiente fórmula:

$$P_i = \frac{O_m \times PMP}{O_i}$$

Donde:

I = Oferta

P_i = Puntaje de la oferta a evaluar

O_i = Precio i

O_m = Precio de la oferta más baja

PMP = Puntaje máximo del precio

83.3. Para determinar el puntaje total de las ofertas, que es el promedio ponderado de ambas evaluaciones, se aplica la siguiente fórmula:

$$PTP_i = C1P_{Ti} + C2P_{Ei}$$

Donde:

PTP_i = Puntaje total del postor i

P_{Ti} = Puntaje por evaluación técnica del postor i

P_{Ei} = Puntaje por evaluación económica del postor i

C1 = Coeficiente de ponderación para la evaluación técnica

c2 = Coeficiente de ponderación para la evaluación económica

83.4. Los coeficientes de ponderación cumplen las siguientes condiciones:

0.80 < c1 < 0.90; y

0.10 < c2 < 0.20

La suma de ambos coeficientes es igual a la unidad (1.00).

La oferta evaluada como la mejor es la que obtiene el mayor puntaje total.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1518. **Concepto de evaluación de ofertas.** 7. La evaluación de las ofertas es un proceso lógico formal que consiste en atribuir a ciertas situaciones u objetos ofertados el valor que les es intrínseco, comparándolo con los requerimientos de las entidades plasmados en las bases. En el caso de las mejoras es necesario conocer si las que han sido catalogadas como tales por los postores representan, en verdad, ventajas adicionales a las características mínimas consideradas por la Entidad en las bases. Ello requiere una constatación de su realidad, lo que debe causar el convencimiento técnico de la Entidad de que está frente a una mejora, operación que requiere un juicio de valor en cada caso. [...]. (Resolución N.º 252-2006-TC-SU, de 24-04-2006, f. 7. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2St6kmY>).

§ 1519. **Confidencialidad de las ofertas.** 31. En tal sentido, el deber de confidencialidad debe ser entendido como aplicable únicamente hasta antes de la apertura de los sobres que contienen las ofertas de los postores, de manera que pueda asegurarse a cabalidad la reserva que ellas deben gozar. Pero dicha reserva cesa cuando los sobres son abiertos por el Comité Especial, pues son sometidos a la evaluación y calificación de ese órgano, así como al escrutinio que también puedan ejercer los demás competidores como un mecanismo de autocontrol. (Resolución N.º 741-2004-TC-SU, de 16-11-2004, f. 31. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2DI7NIG>).

Artículo 84: Otorgamiento de la buena pro

84.1. Previo al otorgamiento de la buena pro, el comité de selección revisa las ofertas económicas, de conformidad con lo establecido para el rechazo de ofertas, previsto en el artículo 68, de ser el caso.

84.2. En el supuesto de que dos (2) o más ofertas empaten, el otorgamiento de la buena pro se efectúa siguiendo estrictamente el siguiente orden:

- a) Al postor que haya obtenido el mejor puntaje técnico; o
- b) A través de sorteo.

84.3 Definida la oferta ganadora, el comité de selección otorga la buena pro, mediante su publicación en el SEACE.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1520. En caso de descalificar la oferta del adjudicatario y revocar la buena pro, esta no puede adjudicársele al postor que ocupó el segundo lugar en el procedimiento de selección, si su oferta excede el valor estimado y el comité de selección aún no cuenta con la certificación de crédito presupuestario correspondiente y la aprobación del Titular de la Entidad. 21. En el presente caso, debe tenerse en cuenta que el Impugnante ocupó el segundo lugar en el orden de prelación en el procedimiento de selección, con una oferta económica ascendente a S/ 363,560.00, monto que excede el valor estimado del procedimiento de selección que es de S/ 341,773.55. 22. Conforme a lo establecido en el artículo 67 del Reglamento, en concordancia con el artículo 65 del mismo dispositivo legal [cfr. arts. 84 del Nuevo Reglamento y 28 de La Ley], a fin de otorgar la buena pro, en el supuesto de que la oferta supere el monto del valor estimado del procedimiento de selección, el comité de selección debe contar con la certificación de crédito presupuestario correspondiente y la aprobación del Titular de la Entidad, en un plazo máximo de 5 días hábiles. 23. En tal sentido, aun cuando la oferta del Adjudicatario ha sido descalificada y la buena pro revocada, este Colegiado no puede proceder con adjudicar la buena pro, al no apreciarse del expediente que la oferta del Impugnante cuente con la disponibilidad presupuestal y aprobación del Titular. Por lo expuesto, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación. (Resolución N.º 2886-2016-TCE-S2, de 07-12-2016, ff. 21, 22 y 23. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2qYm81J>).

SUBCAPÍTULO III CONCURSO DE PROYECTOS ARQUITECTÓNICOS

Artículo 85: Definición

El Concurso de Proyectos Arquitectónicos se utiliza para la contratación de consultorías de obra para la elaboración de expediente técnico de obras urbanas, edificaciones y afines, mediante el cual se evalúa la propuesta arquitectónica.

Artículo 86: Órgano a cargo del procedimiento de selección

86.1. Para el Concurso de Proyectos Arquitectónicos, la Entidad designa un comité de selección.

86.2. Para la evaluación de la propuesta arquitectónica se designa o contrata a un jurado independiente compuesto por tres (3) arquitectos de reconocida trayectoria y experiencia profesional.

Artículo 87: Desarrollo del procedimiento

Para el Concurso de Proyectos Arquitectónicos rige lo dispuesto en los artículos 79 al 84, debiendo observarse además lo siguiente:

- a) La evaluación técnica comprende la asignación de puntaje por el factor "Propuesta arquitectónica".
- b) El comité de selección asigna puntaje a dicho factor con base a la decisión vinculante del jurado independiente, la cual consta en el respectivo informe que se publica en el SEACE conjuntamente con las actas de evaluación de ofertas.
- c) La asignación de puntaje del factor "Propuesta arquitectónica" no es apelable.

CAPÍTULO IV ADJUDICACIÓN SIMPLIFICADA

Artículo 88: Etapas

88.1. La Adjudicación Simplificada para contratar bienes, servicios, consultoría en general, consultorías de obras y ejecución de obras contempla las siguientes etapas:

- a) Convocatoria.
- b) Registro de participantes.
- c) Formulación de consultas y observaciones.
- d) Absolución de consultas, observaciones e integración de bases.
- e) Presentación de ofertas.
- f) Evaluación y calificación.
- g) Otorgamiento de la buena pro.

88.2. Mediante la Adjudicación Simplificada no es posible convocar un concurso de proyectos arquitectónicos. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

- (a) Véase la Directiva N.º 001-2018-OSCE/CD, "Requisito de solvencia económica en adjudicaciones simplificadas cuyo uso se autoriza mediante normas de excepción" (EP, 16-03-2018) [D-016].

Artículo 89: Procedimiento de la Adjudicación Simplificada

La Adjudicación Simplificada para la contratación de bienes, servicios en general y obras se realiza conforme a las reglas previstas en los artículos 71 al 76; en la contratación de consultoría en general y consultoría de obra, se aplican las disposiciones previstas en los artículos 80 al 84; en ambos casos se observa lo siguiente:

- a) El plazo mínimo para formular consultas y observaciones es de dos (2) días hábiles y el plazo máximo para su absolución e integración de bases es de dos (2) días hábiles. Para el caso de ejecución de obras, el plazo mínimo para formularlas es de tres (3) días hábiles y el plazo máximo para su absolución e integración de bases es de tres (3) días.
- b) No puede solicitarse la elevación de los cuestionamientos al pliego de absolución de consultas, observaciones e integración de bases.
- c) La presentación de ofertas se efectúa en un plazo mínimo de tres (3) días hábiles, contados desde la publicación del pliego de absolución de consultas y observaciones e integración de las bases.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1521. **La imposibilidad de la modificación de la parte general de las bases (art. 67.5). 24.** En este punto, cabe realizar una precisión, de conformidad con lo establecido en el inciso 5 del artículo 67 del Reglamento, en el caso de consultorías de obras o consultorías en general, la presentación de ofertas, apertura de sobres económicos y el otorgamiento de la buena pro puede realizarse en acto privado o en acto público. Sin embargo, la adopción del acto privado o acto público debe ser realizada en la parte específica de las bases y no en la parte general de las mismas, toda vez que éstas (parte general de las bases) deberán permanecer tal y como se consigna en las bases estándar, pues, de conformidad con lo establecido en el numeral 7.3 de la Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)], se encuentra prohibido modificar la sección general de las bases, bajo sanción de nulidad. (Resolución N.º 2306-2016-TCE-S1, de 28-09-2016, f. 24. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2UcLSo3>).

Artículo 90: Presentación de ofertas

La presentación de las ofertas se realiza de manera electrónica a través del SEACE durante el periodo establecido en la convocatoria, salvo que este se postergue de acuerdo a lo establecido en la Ley y el presente Reglamento.

Artículo 91: Solución en caso de empate

91.1. Tratándose de bienes, servicios en general y obras en el supuesto de que dos (2) o más ofertas empaten, la determinación del orden de prelación de las ofertas empatadas se efectúa siguiendo estrictamente el siguiente orden:

- a) Las microempresas y pequeñas empresas integradas por personas con discapacidad o a los consorcios conformados en su totalidad por estas empresas, siempre que acrediten tener tales condiciones de acuerdo con la normativa de la materia; o
- b) Las microempresas y pequeñas empresas o a los consorcios conformados en su totalidad por estas, siempre que acrediten tener tal condición de acuerdo con la normativa de la materia; o
- c) A través de sorteo.

91.2. En el caso de consultorías en general y consultoría de obras en el supuesto que dos (2) o más ofertas empaten, el otorgamiento de la buena pro se efectúa observando estrictamente el siguiente orden:

- a) Las microempresas y pequeñas empresas integradas por personas con discapacidad o a los consorcios conformados en su totalidad por estas empresas, siempre que acrediten tener tales condiciones de acuerdo con la normativa de la materia; o
- b) Las microempresas y pequeñas empresas o a los consorcios conformados en su totalidad por estas, siempre que acrediten tener tal condición de acuerdo con la normativa de la materia; o
- c) Al postor que haya obtenido el mejor puntaje técnico; o
- d) A través de sorteo.

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 1522. **Ante un empate en las adjudicaciones de menor cuantía y en las directas el primer criterio de desempate será otorgar la buena pro a favor de las MYPES. 3.4.** [...] (i) De acuerdo con el artículo 133º del Reglamento [cfr. art. 91 del Nuevo Reglamento], ante un empate, en las adjudicaciones de menor cuantía y en las adjudicaciones directas, el primer criterio de desempate consiste en otorgar la buena pro a favor de las micro y pequeñas empresas (MYPES). Sin embargo, tal criterio no es aplicado ni en las licitaciones públicas ni en los concursos públicos, como es el caso del presente

proceso; en esa medida, resulta innecesaria la presentación de la declaración jurada de MYPES como parte de la propuesta técnica, prevista en el literal a) del citado numeral, debiéndose, por tanto, suprimir tal obligación. Consecuentemente, deberá suprimirse también el formato relacionado con la declaración jurada aludida. (Pronunciamiento N.º 057-2009/DTN, de 20-03-2009, f. 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2sVi2Iy>).

§ 1523. **Prescendencia de la declaración jurada de ser pequeña o micro empresa. 3.2.** Deberá prescindirse de la presentación de la declaración jurada de ser pequeña y micro empresa establecida en el literal a) del acápite referido a la documentación facultativa, debido a que, conforme lo establece el artículo 133º del Reglamento [cfr. art. 91 del Nuevo Reglamento], la preferencia otorgada en caso de empate en el puntaje total a empresas que acrediten dicha condición, no se aplica para el caso de Concursos Públicos. (Pronunciamiento N.º 164-2008/DOP, de 19-05-2008, f. 3.2. Dirección de Operaciones. Texto completo: <bit.ly/2TmFb2q>).

CAPÍTULO V SELECCIÓN DE CONSULTORES INDIVIDUALES

Artículo 92: Condiciones para el uso de la Selección de Consultores Individuales

La Entidad puede optar por convocar un procedimiento de Selección de Consultores Individuales cuando se cumplan los requisitos previstos en el artículo 24 de la Ley. No se puede convocar un procedimiento de Selección de Consultores Individuales para la consultoría de obras.

Artículo 93: Etapas de la Selección de Consultores Individuales

La Selección de Consultores Individuales contempla las siguientes etapas:

- a) Convocatoria.
- b) Registro de participantes.
- c) Recepción de expresiones de interés.
- d) Calificación y evaluación.
- e) Otorgamiento de la buena pro.

Artículo 94: Convocatoria

El comité de selección realiza una convocatoria pública a través del SEACE solicitando la presentación de expresiones de interés, para lo cual establece un plazo máximo de presentación. Dicha convocatoria contiene los términos de referencia del servicio requerido, que incluye el perfil del consultor.

Artículo 95: Recepción de expresiones de interés

Los participantes presentan a través del SEACE sus expresiones de interés, dentro del plazo previsto en la solicitud de expresión de interés, el cual no puede ser menor de cinco (5) días hábiles contados desde el día siguiente de la convocatoria, mediante los formatos requeridos en la solicitud de expresión de interés, junto con la documentación que sustente los requisitos de calificación y los factores de evaluación. La presentación de expresiones de interés implica la aceptación del precio fijado en los documentos del procedimiento.

Artículo 96: Calificación y evaluación

96.1. El comité de selección califica las expresiones de interés, en un plazo no mayor a tres (3) días hábiles de vencido el plazo para su recepción, consignando el resultado en acta debidamente motivada, la que se publica en el SEACE, conjuntamente con el cronograma de entrevistas personales para la evaluación.

96.2. El comité evalúa a los postores calificados asignando puntajes conforme a los siguientes factores:

- a) Experiencia en la especialidad: sesenta (60) puntos.
- b) Calificaciones: treinta (30) puntos.
- c) Entrevista: diez (10) puntos.

96.3. Los criterios de la entrevista son considerados en los documentos estándar que elabore el OSCE

Artículo 97: Otorgamiento de la buena pro

97.1. La buena pro se otorga mediante su publicación en el SEACE, al postor que obtuvo el mejor puntaje, a más tardar al día hábil siguiente de realizadas las entrevistas. En el supuesto que dos o más ofertas empaten el otorgamiento de la buena pro se efectúa a través de sorteo.

97.2. Una vez otorgada la conformidad de la prestación, el producto de la consultoría es publicado en el portal institucional de la Entidad contratante, salvo la información calificada como secreta, confidencial o reservada por la normativa de la materia.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1524. Si la publicación en el SEACE del otorgamiento de la buena pro en acto público fue hecha de forma extemporánea, al momento de interponer la apelación se debe considerar que dicho acto fue notificado el mismo día de su realización. 2. [El] artículo 75 del Reglamento [cfr. art. 63 del Nuevo Reglamento] establece que el otorgamiento de la buena pro en acto público se presume notificado a todos los postores en la misma fecha. Asimismo, se establece que dicha presunción no admite prueba en contrario, sin perjuicio que dicha información sea publicada en el SEACE el mismo día. 3. En el caso de autos, de las actas registradas en el SEACE y que obran en autos, se aprecia que el acto público de otorgamiento de la buena pro del proceso de selección materia de análisis se realizó el 26 de noviembre de 2015, con la participación del Notario Público [...], advirtiéndose que el acta correspondiente fue registrada en el SEACE el 30 de noviembre de 2015. En relación con ello, si bien, conforme se ha indicado, se aprecia que el “Acta de Otorgamiento de la buena pro” fue publicada en el SEACE de forma extemporánea el 30 de noviembre de 2015, dicha situación no enerva la presunción contenida en el artículo 75 del Reglamento. Por lo tanto, dado que, conforme a lo establecido en las bases del proceso de selección, [...] el otorgamiento de la buena pro se efectuó en acto público, este Colegiado debe considerar que dicho acto fue notificado el mismo día de su realización, es decir, el 26 de noviembre de 2015. Cabe indicar que, de acuerdo a los documentos de evaluación técnica y económica como del “Acta de Otorgamiento de la buena pro”, en acto público se leyeron los resultados obtenidos por los postores en la etapa técnica y económica, otorgándose buena pro de los respectivos ítems. El acto público concluyó el 26 de noviembre a las 12:45 horas. 4. En torno a lo expuesto, habiéndose adjudicado la buena pro en acto público el día 26 de noviembre de 2015, el término de los ocho (8) días para interponer el recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro vencía el 9 de diciembre de 2015. [...] (Resolución N.º 0162-2016-TCE-S2, de 03-02-216, ff. 2 al 4. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2PDWwWO>).

§ 1525. Para el cómputo del plazo para la suscripción del contrato, el otorgamiento de la buena pro realizado en acto público se presume notificado a los postores en la misma fecha, debiendo

considerarse que dicha presunción no admite prueba en contrario. 12. Cabe destacar que la no suscripción del contrato no sólo se concreta con la omisión de firmar el documento que lo contiene, sino que se configura también con la falta de realización de los actos que preceden a la formalización y/o perfeccionamiento del mismo, como es la presentación de los documentos exigidos en las bases, toda vez que esto último constituye un requisito indispensable o de vital importancia para concretar y viabilizar la suscripción del contrato. Por tanto, una vez consentida la buena pro del proceso de selección, por disposición de la Ley y el Reglamento, todo adjudicatario tiene la obligación de cumplir con presentar la documentación exigida para la suscripción del contrato, y de apersonarse a la Entidad dentro del plazo legal establecido para dicho efecto, pues lo contrario, al materializar el incumplimiento de su obligación, puede generarse la aplicación de sanciones correspondientes, salvo situaciones de excepción debidamente justificadas. En ese orden de ideas, para el cómputo del plazo para la suscripción del contrato, cabe traer a colación lo que disponía el artículo 75 del Reglamento, en virtud del cual el otorgamiento de la buena pro realizado en acto público se presume notificado a los postores en la misma fecha, debiendo considerarse que dicha presunción no admite prueba en contrario. De otro lado, el otorgamiento de la buena pro en acto privado se publicará y se entenderá notificado a través del SEACE, el mismo día de su realización. (Resolución N.º 135-2017-TCE-S4, de 06-02-2017, f. 12. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2Q6h5pU>).

CAPÍTULO VI COMPARACIÓN DE PRECIOS

Artículo 98: Condiciones para el empleo de la Comparación de Precios

98.1. Para aplicar el procedimiento de selección de Comparación de Precios, la Entidad verifica que los bienes y/o servicios en general objeto de la contratación sean de disponibilidad inmediata, fáciles de obtener en el mercado, se comercialicen bajo una oferta estándar establecida por el mercado y que no se fabrican, producen, suministran o prestan siguiendo la descripción particular o instrucciones dadas por la Entidad contratante.

98.2. Una vez definido el requerimiento de la Entidad, el órgano encargado de las contrataciones elabora un informe en el que consta el cumplimiento de las condiciones para el empleo del procedimiento de selección de Comparación de Precios.

98.3. El valor referencial de las contrataciones que se realicen aplicando este procedimiento de selección es igual o menor a quince (15) UIT. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 022-2016-OSCE/CD, "Disposiciones aplicables a la comparación de precios" (EP, 29-06-2016) [D-021].

Artículo 99: Procedimiento

99.1. Emitido el informe favorable al que se refiere el numeral 98.2 del artículo 98, el órgano encargado de las contrataciones solicita y obtiene, de forma física o electrónica, un mínimo de tres (3) cotizaciones que cumplan con lo previsto en la solicitud de cotización, las que son acompañadas con declaraciones juradas de los proveedores de no encontrarse impedidos para contratar con el Estado. La Entidad otorga la buena pro a la cotización de menor precio, debiendo verificar previamente que el proveedor cuente con inscripción vigente en el RNP.

99.2. El otorgamiento de la buena pro lo realiza el órgano encargado de las contrataciones mediante su publicación en el SEACE, debiendo registrar la solicitud de cotización cuando corresponda, las cotizaciones obtenidas y el acta respectiva de buena pro.

99.3. En el supuesto que dos o más ofertas empaten, el otorgamiento de la buena pro se efectúa a través de sorteo.

CAPÍTULO VII CONTRATACIÓN DIRECTA

Artículo 100: Condiciones para el empleo de la Contratación Directa

La Entidad puede contratar directamente con un proveedor solo cuando se configure alguno de los supuestos del artículo 27 de la Ley bajo las condiciones que a continuación se indican:

a) Contratación entre Entidades

La Entidad que actúe como proveedor no debe ser empresa del Estado o realizar actividad empresarial de manera habitual. Se considera por habitual la suscripción de más de dos (2) contratos en el objeto de la contratación en los últimos doce (12) meses.

b) Situación de Emergencia

La situación de emergencia se configura por alguno de los siguientes supuestos:

b.1.) Acontecimientos catastróficos, que son aquellos de carácter extraordinario ocasionados por la naturaleza o por la acción u omisión del obrar humano que generan daños afectando a una determinada comunidad.

b.2.) Situaciones que afectan la defensa o seguridad nacional dirigidas a enfrentar agresiones de orden interno o externo que menoscaban la consecución de los fines del Estado.

b.3) Situaciones que supongan grave peligro, que son aquellas en las que exista la posibilidad debidamente comprobada de que cualquiera de los acontecimientos o situaciones anteriores ocurra de manera inminente.

b.4) Emergencias sanitarias, que son aquellas declaradas por el ente rector del sistema nacional de salud conforme a la ley de la materia.

En dichas situaciones, la Entidad contrata de manera inmediata los bienes, servicios en general, consultorías u obras estrictamente necesarios, tanto para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, como para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, sin sujetarse a los requisitos formales de la presente norma. Como máximo, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros o del inicio de la prestación del servicio, o del inicio de la ejecución de la obra, la Entidad regulariza aquella documentación referida a las actuaciones preparatorias, el informe o los informes que contienen el sustento técnico legal de la Contratación Directa, la resolución o acuerdo que la aprueba, así como el contrato y sus requisitos, que a la fecha de la contratación no haya sido elaborada, aprobada o suscrita, según corresponda; debiendo en el mismo plazo registrar y publicar en el SEACE los informes y la resolución o acuerdos antes mencionados. Para la regularización de la garantía, el plazo puede ampliarse por diez (10) días adicionales.

Realizada la Contratación Directa, la Entidad contrata lo demás que requiera para la realización de las actividades de prevención y atención derivadas de la situación de emergencia y que no calificaron como estrictamente necesarias de acuerdo al numeral precedente. Cuando no corresponda realizar un procedimiento de selección posterior, se incluye tal justificación en el informe o informes que contienen el sustento técnico legal de la Contratación Directa.

c) Situación de desabastecimiento

La situación de desabastecimiento se configura ante la ausencia inminente de determinado bien, servicio en general o consultoría, debido a la ocurrencia de una situación extraordinaria e imprevisible, que compromete la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que la Entidad tiene a su cargo.

Dicha situación faculta a la Entidad a contratar bienes, servicios en general o consultorías solo por el tiempo y/o cantidad necesario para resolver la situación y llevar a cabo el procedimiento de selección que corresponda. Cuando no corresponda realizar un procedimiento de selección posterior, se justifica en el informe o informes que contienen el sustento técnico legal de la Contratación Directa.

No puede invocarse la existencia de una situación de desabastecimiento en las siguientes contrataciones:

c.1) Contrataciones cuyo monto de contratación se encuentre bajo la cobertura de un tratado o compromiso internacional que incluya disposiciones sobre contrataciones públicas, cuando el desabastecimiento se hubiese originado por negligencia, dolo o culpa inexcusable del funcionario o servidor de la Entidad.

c.2) Por períodos consecutivos que excedan el lapso del tiempo requerido para superar la situación, salvo que ocurra una situación diferente a la que motivó la Contratación Directa.

c.3) Para satisfacer necesidades anteriores a la fecha de aprobación de la Contratación Directa.

c.4) Por prestaciones cuyo alcance exceda lo necesario para atender el desabastecimiento.

c.5) En vía de regularización.

Cuando del sustento del desabastecimiento se desprenda que la conducta de los servidores de la Entidad hubiese originado la presencia o la configuración de la causal, la autoridad competente para autorizar la Contratación Directa ordena, en el acto aprobatorio de la misma, el inicio del análisis para determinar las responsabilidades que correspondan.

d) Contrataciones con carácter secreto, secreto militar o por razones de orden interno

Son aquellas cuyo objeto contractual se encuentra incluido en la lista que, mediante decreto supremo, haya aprobado el Consejo de Ministros, debidamente refrendado por el sector correspondiente. La presente causal no es aplicable a la contratación de bienes, servicios en general, consultorías u obras de carácter administrativo u operativo necesarios para el normal funcionamiento de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los organismos que conforman el Sistema de Inteligencia Nacional. La opinión favorable de la Contraloría General de la República se sustenta en la comprobación de la inclusión del objeto de la contratación en la lista a que se refiere el numeral anterior y se emite dentro del plazo de siete (7) días hábiles a partir de presentada la solicitud.

e) Proveedor único

En este supuesto, la verificación de que los bienes, servicios en general y consultorías solo pueden obtenerse de un determinado proveedor se realiza en el mercado peruano.

f) Servicios personalísimos

En este supuesto pueden contratarse servicios especializados profesionales, artísticos, científicos o tecnológicos brindado por personas naturales, siempre que se sustente objetivamente lo siguiente:

f.1) Especialidad del proveedor, relacionada con sus conocimientos profesionales, artísticos, científicos o tecnológicos que permitan sustentar de modo razonable e indiscutible su adecuación para satisfacer la complejidad del objeto contractual.

f.2.) Experiencia reconocida en la prestación objeto de la contratación.

Las prestaciones que se deriven de los contratos celebrados al amparo del presente literal no son materia de subcontratación.

g) Servicios de publicidad para el Estado

En este supuesto la contratación de los mencionados servicios corresponde a aquellos que prestan directamente los medios de comunicación para difundir un contenido determinado al público objetivo al que se quiere llegar.

h) Servicios de consultoría distintos a las consultorías de obra que son continuación y/o actualización de un trabajo previo ejecutado por un consultor individual

En este supuesto se sustenta que la contratación resulta necesaria a efectos de mantener el enfoque técnico de la consultoría original, y el monto de la contratación no excede los márgenes señalados en el artículo 24 de la Ley. Esta contratación se puede efectuar por única vez.

i) Contratación de bienes o servicios con fines de investigación, experimentación o desarrollo de carácter científico o tecnológico

Pueden contratarse directamente bienes, servicios en general o consultorías en general con fines de investigación, experimentación o desarrollo de carácter científico o tecnológico vinculadas con las funciones u objeto propios, que por Ley le corresponde a la Entidad, siempre que los resultados pertenezcan exclusivamente a esta.

j) Adquisición y arrendamiento

Para efectos de la contratación directa prevista en el literal j) del artículo 27 de la Ley, se entiende por acondicionamiento la prestación destinada a habilitar un espacio físico, adecuando las dimensiones y disposición de sus espacios, así como la dotación de las instalaciones y equipamiento que posibiliten a la Entidad la adecuada realización de las funciones para las que requiere el inmueble. El contratista es el responsable de la ejecución de la totalidad de las prestaciones involucradas en el contrato.

k) Contrataciones derivadas de un contrato resuelto o declarado nulo cuya continuidad de ejecución resulta urgente

Este supuesto se aplica siempre que se haya agotado lo dispuesto en el artículo 167, de corresponder.

l) Contrataciones de servicios de capacitación de interés institucional

La contratación de los servicios de capacitación se realiza con instituciones acreditadas: i) conforme a las normas del Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa, o ii) por organismos internacionales especializados, conforme a los lineamientos establecidos por el Sector Educación.

En el supuesto que la capacitación sea prestada por un organismo internacional, este tiene entre su finalidad u objeto, la prestación de servicios de formación, capacitación o asistencia técnica.

DEFINICIONES

SUMINISTRO: La entrega periódica de bienes requeridos por una Entidad para el desarrollo de sus actividades y el cumplimiento de funciones y fines.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

§ 1526. En una contratación de emergencia la comisión de defectos administrativos que pueden ser subsanados vía regularización administrativa no tiene, por sí sola, relevancia para el derecho penal (art. 100.b). *Décimo tercero.* En los casos de contratación en situación de emergencia, existe un control *ex post* de las compras realizadas, el cual tiene como presupuesto que sea realizada la regularización. En ese sentido, el artículo 128° del derogado Reglamento de la Ley de Contrataciones (D.S. N.º 184-008-EF) [cfr. art. 100 del Nuevo Reglamento], vigente en la fecha de los hechos señala: "Artículo 128.- Situación de Emergencia. En virtud de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro, o que afecten la defensa y seguridad nacional, la Entidad deberá contratar en forma inmediata lo estrictamente necesario para prevenir y atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, así como para satisfacer las necesidades sobrevinientes. Posteriormente, deberá convocar los respectivos procesos de selección. Cuando no corresponda realizar un proceso de selección posterior, en el informe técnico legal respectivo se debe fundamentar las razones que motivan la contratación definitiva. Toda contratación realizada para enfrentar una situación de emergencia deberá regularizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien o la primera entrega en el caso de suministros, o del inicio de la prestación del servicio o del inicio de la ejecución de la obra, incluyendo el proceso en el Plan Anual de Contrataciones de la Entidad, publicando la resolución o acuerdo correspondientes y los informes técnico y legal sustentatorios en el SEACE, debiendo remitir dicha información a la Contraloría General de la República, así

como emitiendo los demás documentos contractuales que correspondan según el estado de ejecución de las prestaciones.” [...]. **Vigésimo.** En este orden de ideas, los defectos administrativos que pueden ser subsanados vía regularización administrativa, carecen -por sí solos- de relevancia para el Derecho penal. Ello, porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, el cual a su vez es materia de análisis de la Contraloría General de la República, entonces se trata de defectos que son posibles de ser subsanados. La razón detrás de esta interpretación, que no se presenta en el resto de casos de contrataciones del Estado, es que -en el marco de una contratación en una situación de emergencia- sea posible la comisión de defectos administrativos. En una contratación en situación emergencia no se privilegia el cumplimiento de la formalidad administrativa, sino el cumplimiento de las necesidades de prevención de un riesgo o de atención de una determinada situación. Por ello, es que la norma prevé a este tipo de contratación como la única que admite la regularización administrativa. Estos defectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal. Es el caso, por ejemplo, del delito de colusión de funcionarios en donde un elemento externo al proceso de contratación (el acuerdo colusorio), hace que dichos defectos administrativos adquieran otra interpretación, incluso para el caso de la contratación en situaciones de emergencia. **Vigésimo primero.** Esta premisa sustantiva trae a su vez consecuencias de índole procesal. Si nos encontramos frente a un proceso normal de contrataciones con el Estado y se presentaran los defectos administrativos, los cuales no pueden ser regularizados, podría ser entendible como una prueba del quebrantamiento de un deber penal. Distinta es la situación en el caso de que se trate de una contratación en una contratación de emergencia, dentro de la cual la comisión de defectos administrativos es posible. En este supuesto, debido a la justificación legal y material de los mismos, es posible que el realizar estos defectos carezca -por sí sola- de relevancia para el Derecho Penal. No será el supuesto si, anexo a Dichos defectos administrativos, se presenta un elemento que da un sentido delictivo a los mismos, como es el acuerdo colusorio o el pago de una dádiva. (Casación N.º 841-2015-Ayacucho, de 24-05-2016, ff. jj. 13, 20 y 21. Sala Penal Permanente [EP, 28-06-2016]. Texto completo: <bit.ly/2F45vL1>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1527. **Elementos para que proceda la contratación directa entre Entidades. Las empresas del Estado operan en el mercado como un agente económico y sin tener privilegio alguno por su condición de empresa estatal, motivo por el cual no les es aplicable la exoneración del proceso de selección (art. 100.a).** 2.4. Entre los supuestos previstos en el artículo 20 de la Ley [cfr. art. 27 de la Ley vigente], se encuentra la causal de exoneración por contratación entre Entidades. Así, el literal a) del mencionado artículo establece que pueden exonerarse las contrataciones que se realicen “*Entre Entidades, siempre que en razón de costos de oportunidad resulten más eficientes y técnicamente viables para satisfacer la necesidad y no se contravenga lo señalado en el artículo 60º de la Constitución Política del Perú.*” En concordancia con ello, el artículo 127 del Reglamento [cfr. art. 100.a del Nuevo Reglamento] precisa que “*Esta exoneración no resultará aplicable a las contrataciones en las que actúe como proveedor una empresa del Estado organizada bajo la forma que establezca la legislación vigente, ya sea de propiedad del Gobierno Central, Regional o Local, o Entidades del Estado que realizan actividades empresariales de manera habitual en el rubro de la contratación.*” De las normas citadas, puede distinguirse tres elementos que necesariamente deben concurrir para que se configure la causal de exoneración por contratación entre Entidades: (i) que la Entidad proveedora no sea una empresa del Estado, ni una Entidad que realice actividad empresarial de manera habitual; (ii) que la contratación resulte técnicamente viable para satisfacer la necesidad de la Entidad; y (iii) que en razón de costos de oportunidad la contratación resulte más eficiente. Respecto al primer elemento, debe indicarse que este presupone que la contratación se realice entre Entidades -donde una de ellas desempeñará la función de contratista- entendiéndose por “Entidades” a aquellas mencionadas en el [...] artículo 3 de la Ley. Asimismo, según lo dispuesto por el [...] Reglamento, la Entidad que actúa como proveedor no puede ser una empresa del Estado, tal restricción se fundamenta en que las empresas del Estado operan en el mercado como un agente económico, brindando determinado bien, servicio u obra, a cambio de una retribución; es decir, su actividad

habitual es justamente la empresarial. Considerando ello, la participación de tales empresas debe darse en iguales condiciones que cualquier otra empresa del sector privado, sin tener privilegio alguno por su condición de empresa estatal, participando junto a otros proveedores privados en un proceso de selección, lo contrario implicaría contravenir el Principio de Subsidiariedad del Estado contemplado en el artículo 60 de la Constitución Política, y los Principios de Libre Concurrencia y Competencia, y de Trato Justo e Igualitario que inspiran la contratación pública. Asimismo, aquella Entidad que, pese a no ser una empresa del Estado, realiza actividad empresarial de manera habitual, tampoco podría ser contratada a través de la causal de exoneración por contratación entre Entidades, por las razones indicadas en el párrafo precedente. El segundo elemento que debe concurrir para que se configure la mencionada causal, está referido a que el bien, servicio u obra que prestará la Entidad que actúa como proveedor sea técnicamente viable para satisfacer la necesidad de la Entidad; esto es, que cumpla con las características exigidas y resulte técnicamente idóneo para satisfacer el requerimiento que origina la contratación. En caso esta condición no se cumpla, la Entidad debe recurrir a un proceso de selección para contratar a un proveedor que esté en capacidad de satisfacer de forma integral su requerimiento. Finalmente, el tercer elemento implica que la Entidad evalúe y determine que resulta más eficiente contratar la prestación del bien, servicio u obra directamente con otra Entidad, que contratando a cualquier otro proveedor, previo proceso de selección. Tales condiciones deben ser evaluadas de manera objetiva y deben incidir en aspectos como el precio, calidad, plazos, entre otros, según la naturaleza y características del objeto de la contratación. (Opinión N.º 097-2012/DTN, de 10-09-2012, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MayQnV>).

§ 1528. Las exoneraciones de los procedimientos administrativos eximen la realización de un procedimiento de selección ordinario, por lo que, los actos preparatorios y ejecución de estos deben respetar lo prescrito en la Ley de Contrataciones del Estado. CONSULTA: “¿Se puede concluir que cuando la norma hace referencia a un proceso de selección, no está precisando dentro de este concepto a un proceso de contratación, el cual comprende todos los actos preparatorios, el proceso de selección propiamente dicho, la suscripción del contrato y su ejecución; siendo por el contrario, el proceso de selección aquella etapa dentro del proceso de contratación que permite la selección de la persona natural o jurídica con la cual la Entidad va a contratar?”. **2.1.** En primer lugar, cabe señalar que el artículo 7º de la Ley dispone que la Entidad llevará un Expediente de Contratación que contendrá las actuaciones del proceso de contratación, desde el requerimiento del área usuaria hasta la culminación del contrato. Al respecto, debe indicarse que las contrataciones que regulan la Ley y su Reglamento se desarrollan observando ciertas etapas que, para efectos explicativos, podemos agrupar en tres grandes fases: 1) Fase de Programación y actos preparatorios, que comprende: i) la definición de necesidades y la aprobación del respectivo Plan Anual de Contrataciones, ii) la realización de un estudio de posibilidades que ofrece el mercado y la determinación del tipo de proceso de selección a convocarse; iii) la designación del Comité Especial encargado de llevar a cabo la contratación; y, iv) la elaboración y aprobación de las Bases del proceso de selección; 2) Fase de Selección, que se desarrolla en ocho etapas: i) convocatoria; ii) registro de participantes; iii) formulación y absolución de consultas; iv) formulación y absolución de observaciones; v) integración de Bases; vi) presentación de propuestas; vii) calificación y evaluación de propuestas; y, viii) otorgamiento de la buena pro; y, 3) Fase de Ejecución contractual, que comprende desde la celebración del contrato respectivo hasta la conformidad y pago de las prestaciones ejecutadas, en el caso de los contratos de bienes y servicios, y con la liquidación y pago correspondiente, tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras. (Opinión N.º 128-2009/DTN, de 30-12-2009, ff. 2 al 2.1. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UoWZK7>).

§ 1529. Diferencia entre estado de emergencia y situación de emergencia (art. 100.b). [...] Los supuestos de estado de emergencia y situación de emergencia, si bien gozan de características similares, tienen diferencias sustanciales, las mismas que no solo están relacionadas con el órgano, forma y procedimiento para su aprobación sino fundamentalmente con su alcance, pues mientras la declaración del estado de emergencia es una decisión de Estado de carácter general que busca salvaguardar la vida de la nación, la declaración de la situación de emergencia es una decisión de una Entidad de carácter

particular que, basada eventualmente en un estado de emergencia, intenta proteger la continuidad de sus operaciones y/o servicios. Aun cuando se trata de supuestos distintos eventualmente la declaración de un estado de emergencia, por su carácter general, por suponer básicamente los mismos supuestos de hechos y por haber establecida las Entidades que se encuentran involucradas en dicho estado, puede conllevar la posterior declaración de una situación de emergencia en una determinada Entidad [...]. (Opinión N.º 37-2004/GTN. Gerencia Técnico Normativa. Referencia: *Contrataciones*, p. 437).

§ 1530. En los casos que la contratación directa prevista en los casos de desabastecimiento agota la necesidad de la Entidad, no resultará necesario que se lleve a cabo un procedimiento de selección (art. 100.c). CONSULTA: 2.1. “De acuerdo al numeral 3 del artículo 85 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 100.c del Nuevo Reglamento], ¿Para la aplicación de una contratación directa por causal de desabastecimiento, debe necesariamente llevarse a cabo un procedimiento de selección? ¿Debe entenderse este último, un mandato imperativo?”. [...] 2.1.2. Ahora bien el mismo artículo 85 precisa que “Dicha situación [de desabastecimiento] faculta a la Entidad a contratar bienes y servicios solo por el tiempo y/o cantidad necesario para resolver la situación y llevar a cabo el procedimiento de selección que corresponda.” (El resaltado es agregado). Según lo indicado en dicha disposición, cuando una Entidad apruebe una contratación directa bajo la causal de situación de desabastecimiento, debe limitarse a contratar lo estrictamente necesario para superar la circunstancia coyuntural que atraviesa. En ese sentido, puede evidenciarse que la normativa de contrataciones del Estado contempla dicha contratación directa como una medida de carácter provisional que debe ser complementada a través de la convocatoria del procedimiento de selección respectivo que cubra por completo la necesidad que se haya generado. No obstante, pueden presentarse situaciones donde tal necesidad se agote con la realización de la contratación directa, ante lo cual sería innecesario convocar un procedimiento de selección. Por tanto, en aquellos casos donde la realización de la contratación directa prevista en el literal c) del artículo 27 de la Ley agota la necesidad de la Entidad, no resultará necesario que se lleve a cabo un procedimiento de selección; dicha circunstancia deberá encontrarse debidamente sustentada a través de los informes técnico y legal correspondientes. De esta manera, corresponde a cada Entidad evaluar si ante una situación o hecho en particular se configura la causal de contratación directa por situación de desabastecimiento y cuáles serán los alcances de dicha contratación, según lo dispuesto en el artículo 85 del Reglamento. [...] (Opinión N.º 175-2018/DTN, de 19-10-2018, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DT9SaB>).

§ 1531. En caso la Entidad advierta necesidades anteriores a la fecha de aprobación de una contratación directa, de las cuales debieron ser objeto, no podrá efectuar su contratación mediante el mecanismo de la contratación directa (art. 100.c). CONSULTA: 2.2. “Conforme a lo señalado por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, por “inminente” se entiende a aquello que amenaza o está por suceder prontamente, es decir aquello que está por sobrevenir, esto es un hecho futuro cercano. En ese contexto, (:) sería procedente contratar directamente bajo la causal de situación de desabastecimiento, en caso que una Entidad del Estado presente un desabastecimiento ya acaecido, respecto del cual no se ha satisfecho la necesidad (?)” (Sic). [...] Sin perjuicio de lo anterior, corresponde señalar que, en virtud del numeral 3 del artículo 85 del Reglamento [cfr. art. 100.c del Nuevo Reglamento], “No puede invocarse la existencia de una situación de desabastecimiento en las siguientes contrataciones: (...) c) Para satisfacer necesidades anteriores a la fecha de aprobación de la contratación directa”. (El resaltado es agregado). Al respecto, es oportuno precisar que, dado que la necesidad respecto de los bienes o servicios debe ser imprescindible a efectos de atender los requerimientos inmediatos, la situación de desabastecimiento implica que cada Entidad efectúe una contratación directa - como medida de carácter temporal- dirigida a superar oportunamente la circunstancia coyuntural que atraviesa y no circunstancias diferentes. Por tanto, en caso la Entidad advierta necesidades anteriores a la fecha de aprobación de una contratación directa -que debieron ser objeto de esta-, las mismas no podrán ser atendidas mediante otra contratación directa. (Opinión N.º 209-2017/DTN, de 26-09-2017, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QOpGCi>).

§ 1532. **Causal de contratación directa por situación de desabastecimiento (art. 100.c).** CONSULTA: 2.1. [...] Por su parte, el numeral 3 del artículo 85 del Reglamento [cfr. art. 100.c del Nuevo Reglamento] establece que a efectos de contratar directamente con un proveedor en virtud de la causal de situación de desabastecimiento, *“La situación de desabastecimiento se configura ante la ausencia inminente de determinado bien, servicio en general o consultoría, debido a la ocurrencia de una situación extraordinaria e imprevisible, que compromete la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que la Entidad tiene a su cargo.”* De conformidad con las disposiciones citadas, para que se configure la causal de contratación directa denominada *“situación de desabastecimiento”* deben distinguirse dos elementos que necesariamente deben concurrir: (i) un hecho o situación extraordinario e imprevisible que determina la ausencia inminente de un bien o servicio; y (ii) que dicha ausencia comprometa en forma directa e inminente la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que la Entidad tiene a su cargo. Respecto al primer elemento, debe indicarse que por *“extraordinario”* se entiende a algún hecho o situación fuera del orden o regla natural o común y por *“imprevisible”* se entiende al hecho o situación que no puede ser previsto. En esa medida, esta causal se configuraría ante hechos o situaciones fuera del orden natural o común de un contexto, que no pudieron ser previstos. El segundo elemento, se refiere a que la ausencia de un bien o servicio comprometa la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que se encuentran relacionadas con el ejercicio de las facultades que, por ley expresa, han sido atribuidas a la Entidad. (Opinión N.º 209-2017/DTN, de 26-09-2017, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QOpGCi>).

§ 1533. **Solo después de realizadas las indagaciones en el mercado se podrá comprobar objetivamente que existe un único proveedor que puede satisfacer el requerimiento de la entidad y contratar directamente con él (art. 100.e).** 2.1. El literal e) del artículo 20º de la Ley [cfr. art. 27.e de la Ley vigente] establece que están exoneradas de la obligación de realizar un proceso de selección aquellas contrataciones en las que *“(…) exista proveedor único de bienes o servicios que no admiten sustitutos, o cuando por razones técnicas o relacionadas con la protección de derechos, se haya establecido la exclusividad del proveedor.”* (El subrayado es agregado). Asimismo, el artículo 131º del Reglamento [cfr. art. 100.e del Nuevo Reglamento] precisa que *“En los casos en que no existan bienes o servicios sustitutos a los requeridos por el área usuaria, y siempre que exista un solo proveedor en el mercado nacional, la Entidad podrá contratar directamente. También se considerará que existe proveedor único en los casos que por razones técnicas o relacionadas con la protección de derechos de propiedad intelectual se haya establecido la exclusividad del proveedor.”* (El subrayado es nuestro). Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado permite que *en aquellos casos en los que en el mercado nacional exista un único proveedor del bien o servicio requerido por el área usuaria, y este no admita sustitutos, la Entidad pueda exonerarse de la obligación de realizar el proceso de selección respectivo, bajo la causal de “proveedor único de bienes o servicios”.* [...] 2.5. En relación con lo anterior, es necesario precisar que, de conformidad con los artículos 13º de la Ley y 11º del Reglamento [cfr. arts. 16 de la Ley y 29 del Nuevo Reglamento], es competencia del área usuaria definir las características, condiciones, cantidad y calidad de los bienes, servicios u obras a ser contratados, las que deben encontrarse descritas en las especificaciones técnicas o términos de referencia, según se trate de bienes o servicios. Una vez definidas las especificaciones técnicas o términos de referencia, el órgano encargado de las contrataciones debe determinar el valor referencial de las contrataciones, mediante un *estudio de las posibilidades que ofrece el mercado*, el cual *adquiere especial relevancia en la causal de exoneración por “proveedor único de bienes o servicios” pues solo después de realizado dicho estudio se podrá comprobar objetivamente que en el mercado existe un único proveedor que puede satisfacer el requerimiento de la Entidad*, así como la existencia de posibles sustitutos que satisfagan la necesidad de la Entidad. (Opinión N.º 046-2010/DTN, de 02-08-2010, ff. 2.1 y 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2WQ2hQQ>).

§ 1534. **No es posible la contratación directa por causal de proveedor único en la ejecución de obras. En el caso de las contrataciones bajo la modalidad de concurso oferta, es posible que la compra del terreno donde se ejecutará la obra pueda ser contratada directamente mediante la causal de proveedor único (art. 100.e).** CONSULTA: *¿La Entidad podría realizar un proceso de exoneración*



por proveedor único para la ejecución de obra bajo la modalidad de concurso oferta? ¿La Entidad podría realizar un proceso de exoneración por proveedor único para la ejecución de obra bajo la modalidad de concurso oferta? [...] 2.1. Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 76° de la Constitución Política del Perú, “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”. A su vez, “la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público”. En este contexto, la Ley y su Reglamento desarrollan el citado precepto constitucional, pues establece las reglas y procedimientos obligatorios que las Entidades del Estado deben observar cuando requieran contratar bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, con aquellos proveedores del mercado interesados en brindarlos. 2.2. Ahora bien, dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública se ha previsto la posibilidad de que, en determinados supuestos taxativamente establecidos, las Entidades puedan exonerarse de realizar un proceso de selección para determinar al proveedor con el que llevarán a cabo la contratación de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, contratándolo directamente. Sin embargo, cabe señalar que la exoneración está referida únicamente a la obligación de realizar el proceso de selección, no así a los actos preparatorios, ni a los requisitos y formalidades para la celebración del contrato. [...] 2.3. Entre estas causales de exoneración del proceso de selección se encuentra la de “proveedor único de bienes o servicios que no admiten sustitutos”. Al respecto, el literal e) del artículo 20° de la Ley [cfr. art. 27.e de la Ley vigente] señala que se encuentran exoneradas de los procesos de selección las contrataciones que se realicen “Cuando exista proveedor único de bienes o servicios que no admiten sustitutos, o cuando por razones técnicas o relacionadas con la protección de derechos, se haya establecido la exclusividad del proveedor (...)”. (El resaltado es agregado). Asimismo, el artículo 131° del Reglamento [cfr. art. 100.e del Nuevo Reglamento] indica que “En los casos en que no existan bienes o servicios sustitutos a los requeridos por el área usuaria, y siempre que exista un solo proveedor en el mercado nacional, la Entidad podrá contratar directamente.” (El resaltado es agregado). De los artículos citados se advierte que la normativa sobre contratación pública ha previsto esta causal de exoneración en los casos en que la Entidad, por razones coyunturales, económicas o de mercado, sólo puede o debe satisfacer sus requerimientos de bienes o servicios a través de una propuesta ofrecida por un proveedor único; por lo que, no resulta posible realizar una exoneración de proceso de selección bajo esta causal para la ejecución de una obra. A mayor abundamiento, cabe señalar que los artículos [...] del Reglamento, que definen las causales de exoneración por situación de emergencia, por situación de desabastecimiento inminente y por carácter de secreto, secreto militar o de orden interno, respectivamente, establecen que dichas causales serán de aplicación para las contrataciones de bienes, servicios y obras. De otro lado, los artículos [...] que definen las causales de exoneración por proveedor único de bienes o servicios que no admiten sustitutos y por servicios personalísimos, establecen que son aplicables para la contratación de bienes o servicios, en el primer caso, y para la contratación de servicios especializados profesionales, artísticos, científicos o tecnológicos, en el segundo caso. En consecuencia, puede advertirse que la normativa de contratación pública solo habilita la aplicación de la causal de exoneración del proceso de selección por proveedor único para el caso de bienes o servicios. 2.4. Ahora bien, en relación con la ejecución de obra bajo la modalidad de concurso oferta, cabe precisar que el artículo 41° del Reglamento [cfr. art. 36 del Nuevo Reglamento] dispone que dicha modalidad será aplicable cuando el postor deba ofertar la elaboración del expediente técnico, la ejecución de la obra y, de ser el caso, el terreno. Sobre el particular, la Entidad manifiesta en su informe técnico que, a efectos de contar con un conjunto residencial para su personal aportante, requiere el desarrollo de un proyecto que incluya la venta del terreno y la construcción de la obra en forma integral. Así, el referido informe señala que el predio de ubicación del condominio tendría que estar ubicado en una zona aledaña a sus diversos centros de operaciones así como a centros comerciales, parques y zonas recreativas. Al respecto, debe indicarse que, si bien la causal de exoneración del proceso de selección por proveedor único no resulta aplicable para la ejecución de obras, si sería factible para el caso, por ejemplo, de la compra del predio donde se ejecutará la obra, siempre que concurren las siguientes condiciones: i) Que solo exista en el mercado un bien que reúna las características solicitadas por la Entidad, no siendo posible que otros bienes satisfagan sus necesidades; y, ii) Que

exista un proveedor único que ofrezca dichos bienes, es decir, que esté en condiciones de transferir la propiedad del bien requerido. (Opinión N.º 045-2010/DTN, del 22-07-2010, ff. 2.1 al 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SMvNEN>).

§ 1535. Luego de resuelto un contrato y ante la necesidad de ejecutar el saldo de obra, la Entidad puede optar por una contratación directa, siempre y cuando se haya agotado el procedimiento establecido en el Reglamento (art. 100.k). CONSULTA: 2.1. “En un contrato de obra de ejecución de un expediente técnico de obra y equipamiento (Suma alzada y llave en mano) que fue resuelto, ¿es factible convocar el saldo en dos procesos: primero por Obra y otro posterior por Equipamiento?” [...] **2.1.5.** [...] Al respecto, por un lado, el artículo 138 del Reglamento [...] [cfr. art. 167 del Nuevo Reglamento] prevé lo referido a las prestaciones pendientes en caso de resolución de contrato. Para tal efecto, establece que “Cuando se resuelva un contrato y exista la necesidad urgente de culminar con la ejecución de las prestaciones derivadas de este, sin perjuicio de que dicha resolución se encuentre sometida a alguno de los medios de solución de controversias, la entidad puede contratar a alguno de los postores que participaron en el procedimiento de selección. Para estos efectos, la Entidad debe determinar el precio de dichas prestaciones, incluyendo todos los costos necesarios para su ejecución, debidamente sustentados” (Resaltado y subrayado agregado). Por otro lado, únicamente en el caso que se haya agotado el mecanismo previsto en el artículo 138, las entidades pueden aplicar la contratación directa para este supuesto. Efectivamente, el artículo 85 del Reglamento establece que la Entidad puede contratar directamente con un proveedor solo cuando se configure alguno de los supuestos del artículo 27 de la Ley, bajo las condiciones establecidas para cada causal. Sobre el particular, el literal l) del artículo 27 de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. literal l) del numeral 27.1 de la Ley vigente], aprobada mediante Ley N.º 30225, en concordancia con el inciso 10 del artículo 85 del Reglamento [cfr. art. 100.k del Nuevo Reglamento], dispone que la Entidad podrá contratar directamente con un determinado proveedor cuando exista la necesidad urgente de la Entidad de continuar con la ejecución de las prestaciones no ejecutadas derivadas de un contrato resuelto o de un contrato declarado nulo por las causales previstas en los literales a) y b) del artículo 44 [cfr. literales a) y b) del numeral 44.2 de la Ley vigente], siempre que se haya invitado a los demás postores que participaron en el procedimiento de selección y no se hubiese obtenido aceptación a dicha invitación. (Opinión N.º 029-2017/DTN, de 03-02-2017, ff. 2.1 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Dssr4O>).

§ 1536. Proceden las contrataciones directas cuando exista una situación de desabastecimiento no atribuida a los funcionarios de la Entidad. 2.1.3. [...] En tal sentido, la causal de exoneración por situación de desabastecimiento implica que la Entidad adopte una medida inmediata de carácter temporal -una contratación directa- destinada a superar de manera oportuna la circunstancia coyuntural por la que atraviesa 2.1.4. De conformidad con lo expuesto, debe indicarse que la exoneración por situación de desabastecimiento se configura ante la ausencia o privación de un bien o servicio debido a una causa irresistible que no pudo ser conocida ni evitada en el orden natural o común de un contexto, y siempre que dicha ausencia evite que la Entidad cumpla con la función o actividad que le ha sido encomendada. (Opinión N.º 002-2013/DTN, de 11-01-2013, ff. 2.1.3 al 2.1.4. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MCjkBt>).

§ 1537. No se considerará como una situación de desabastecimiento, los periodos consecutivos que sobrepasen el tiempo requerido para superar dicha situación, excepto que ocurra una nueva situación diferente a la que originó la contratación directa. 3. CONCLUSIÓN: La prohibición de contratar por periodos consecutivos mediante la causal de desabastecimiento inminente sólo se configura cuando se pretenda realizar exoneraciones consecutivas por el mismo hecho o situación que motivó la exoneración original. Ahora bien, se podrá aprobar una nueva exoneración por esta causal, si concurren hechos o situaciones diferentes a los que originaron la exoneración original, que configuren los elementos del desabastecimiento inminente. (Opinión N.º 006-2012/DTN, de 12-01-2012, f. 3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2sRjPDo>).

§ 1538. En las situaciones de desabastecimiento, la Entidad está facultada para contratar bienes y servicios que le permitan cumplir con sus obligaciones por el plazo estrictamente necesario para atender sus necesidades; sin embargo, si no es posible conocer la duración de la situación, se establecerá un plazo estimado. 3. CONCLUSIÓN: 3.1. Si bien la exoneración por situación de desabastecimiento obliga a que una Entidad contrate el servicio requerido para garantizar la continuidad de sus funciones, servicios, actividades u operaciones, por el plazo estrictamente necesario para atender su necesidad, cuando sea imposible determinar con exactitud la duración de dicho plazo, debido a que la Entidad no conoce ni puede conocer la duración de la situación o hecho que determina la configuración de la causal, ésta podrá establecer en los términos de referencia del servicio un plazo estimado para la prestación, observando para ello los Principios de Razonabilidad y Moralidad previstos en el artículo 4 de la Ley [cfr. art. 2 de la Ley vigente]. Asimismo, en los términos de referencia deberá señalar expresamente que dicho plazo se encontrará condicionado al cese de la situación o hecho que determina la configuración de la causal, con la finalidad que, durante la ejecución contractual, el contratista le preste el servicio por el tiempo estrictamente necesario. (Opinión N.º 099-2012/DTN, de 28-09-2012, f. 3.1. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Sf6nTl>).

§ 1539. Proceden las contrataciones directas cuando exista una situación de emergencia que cumplan con los requisitos y procedimientos propuestos para dicha contratación. 2.1.1. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que la aprobación de la exoneración faculta a una Entidad a omitir la realización del proceso de selección que la normativa le impone, siempre que se acredite la configuración de alguna de las causales establecidas en el artículo 20º de la Ley [cfr. art. 27º de la Ley vigente]; sin embargo, aquello no exime a las entidades públicas del cumplimiento de las exigencias, requisitos y formalidades propios de las etapas de programación y ejecución contractual, según lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 135º del Reglamento [cfr. art. 100º del Nuevo Reglamento]. (Opinión N.º 049-2009/DTN, de 26-06-2009, f. 2.1.1. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DGCenV>).

§ 1540. Elementos para que se configure la causal de exoneración por contratación entre Entidades (art. 100.a). Véase la jurisprudencia del artículo 27º de la Ley [§ 491]. (Opinión N.º 027-2009/DTN, de 30-04-2009, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2WgpATG>).

§ 1541. Ante la configuración de alguno de los supuestos de situación de emergencia se puede contratar inmediatamente aquello que resulte estrictamente necesario para garantizar la acción oportuna y ajustada a la Ley por parte de la Entidad, sin que para ello deba cumplirse previamente con determinadas formalidades (art. 100.b). Véase la jurisprudencia del artículo 27º de la Ley [§ 493]. (Opinión N.º 110-2017/DTN, de 04-05-2017, ff. 2.1, 2.2, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PkBYNO>).

§ 1542. Aun cuando una Entidad tenga como funciones u objetivos la investigación científica y/o tecnología en determinada materia, no todas las contrataciones que ésta realice pueden ser consideradas dentro de los alcances de la causal de contratación directa (art. 100.i). Véase la jurisprudencia del artículo 27º de la Ley [§ 517]. (Opinión N.º 054-2018/DTN, de 23-04-2018, ff. 2 y 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zFRhM9>).

§ 1543. Alcances de las contrataciones directas para los bienes y servicios con fines de investigación (art. 100.i). Véase la jurisprudencia del artículo 27º de la Ley [§ 516]. (Opinión N.º 099-2017/DTN, de 06-04-2017, ff. 2.1, 2.2, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BRHvrf>).

§ 1544. Alcance del concepto de servicios personalísimos. El sólo hecho de considerar que determinado servicio es “especializado” no nos conduce a calificarlo como “personalísimo” (art. 100.f). Véase la jurisprudencia del artículo 27º de la Ley [§ 514]. (Opinión N.º 081-2009/DTN, del 24-08-2009, f. 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Rnmui7>).

§ 1545. Si uno de los cónyuges se presenta a un concurso público como persona natural ofreciendo en su propuesta técnica el arrendamiento de un bien perteneciente a la sociedad conyugal, deberá acreditar poder suficiente bajo la formalidad exigida en las bases administrativas del procedimiento. Véase la jurisprudencia del artículo 10° del Nuevo Reglamento [§ 992.]. (Opinión N.º 049-2015/DTN, de 06-04-2015, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MqsS2c>).

REMISIÓN

§ 1546. Sobre las contrataciones directas. Véase también la jurisprudencia del artículo 27° de la Ley [§ 484 ss.] y del artículo 100° del Nuevo Reglamento [§ 1526].

Artículo 101: Aprobación de contrataciones directas

101.1. La potestad de aprobar contrataciones directas es indelegable, salvo en los supuestos indicados en los literales e), g), j), k), l) y m) del numeral 27.1 del artículo 27 de la Ley.

101.2. La resolución del Titular de la Entidad, acuerdo de Consejo Regional, acuerdo de Concejo Municipal o Acuerdo de Directorio en caso de empresas del Estado, según corresponda, que apruebe la Contratación Directa requiere obligatoriamente del respectivo sustento técnico y legal, en el informe o informes previos, que contengan la justificación de la necesidad y procedencia de la Contratación Directa.

101.3. Las resoluciones o acuerdos mencionados en el numeral precedente y los informes que los sustentan, salvo la causal prevista en el literal d) del numeral 27.1 del artículo 27 de la Ley, se publican a través del SEACE dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su emisión o adopción, según corresponda.

101.4. Se encuentra prohibida la aprobación de contrataciones directas en vía de regularización, a excepción de la causal de situación de emergencia. En las contrataciones directas no se aplican las contrataciones complementarias.

101.5. En las contrataciones directas por desabastecimiento y emergencia, de ser necesario prestaciones adicionales, se requiere previamente la emisión de un nuevo acuerdo o resolución que las apruebe.

Artículo 102: Procedimiento para las contrataciones directas

102.1. Una vez aprobada la Contratación Directa, la Entidad la efectúa mediante acciones inmediatas, requiriéndose invitar a un solo proveedor, cuya oferta cumpla con las características y condiciones establecidas en las bases, las cuales contienen como mínimo lo indicado en los literales a), b), e), f), l) y o) del numeral 48.1 del artículo 48. La oferta puede ser obtenida por cualquier medio de comunicación.

102.2. Las actuaciones preparatorias y contratos que se celebren como consecuencia de las contrataciones directas cumplen con los requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías establecidos en la Ley y el Reglamento, salvo con lo previsto en el artículo 141, donde la entidad, en atención a su necesidad, define el plazo que le permita suscribir el contrato.

102.3. Tratándose de la Contratación Directa para la defensa de funcionarios, ex funcionarios, servidores, ex servidores y miembros o ex miembros de las fuerzas armadas y la Policía Nacional del Perú, no corresponde realizar una indagación del mercado.

102.4. El cumplimiento de los requisitos previstos para las contrataciones directas, en la Ley y el Reglamento, es responsabilidad del Titular de la Entidad y de los funcionarios que intervengan en la decisión y ejecución.

102.5. Cuando no llegue a concretarse la elección al proveedor o suscripción del contrato, se deja sin efecto automáticamente la adjudicación efectuada, debiendo la Entidad continuar con las acciones que correspondan.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1547. Aun cuando la Entidad no prevea en las Bases de una contratación directa el empleo del requisito de calificación referido a la “experiencia del postor”, ésta debe procurar seleccionar a un proveedor que cuente con la capacidad, solvencia y experiencia suficiente para ejecutar las prestaciones requeridas de manera oportuna y eficiente. CONSULTA: 2.1. “En un procedimiento para la contratación directa de un servicio, debe la empresa prestadora del servicio contar con EXPERIENCIA en el rubro o no es necesario” 2.2. “Es requisito que la Empresa prestadora del servicio debe contar con un número determinado de trabajadores registrados en planillas o estables”. [...] CONCLUSIONES. 3.1. Cuando en las Bases de una contratación directa se incluya el requisito de calificación referido a la “experiencia del postor”, el proveedor a quien la Entidad haya invitado a contratar deberá acreditar documentalmente el cumplimiento del mismo. 3.2. Aun cuando la Entidad no prevea en las Bases de una contratación directa el empleo del requisito de calificación referido a la “experiencia del postor”, ésta debe procurar seleccionar a un proveedor que cuente con la capacidad, solvencia y experiencia suficiente para ejecutar las prestaciones requeridas de manera oportuna y eficiente. 3.3. El requerimiento formulado por el área usuaria no debe incluir requisitos y/o exigencias irracionales, innecesarias o que no sean congruentes con el objeto de la contratación; asimismo, debe permitir, en principio, la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de proveedores. (Opinión N.º 249-2017/DTN, de 30-11-2017, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UQ5gIe>).

§ 1548. La contratación directa faculta únicamente a omitir la realización de la fase de procedimiento de selección, mas no la de actos preparatorios y ejecución contractual. El expediente de contratación debe ser aprobado de manera previa a la aprobación de la contratación directa. CONSULTA: 2.1. “Si de conformidad con el artículo 87 del RLCE y en concordancia con la normativa aplicable: ¿Debe aprobarse un expediente de contratación de servicios de publicidad estatal de manera previa a la aprobación de su contratación directa?; o, por el contrario, ¿Debe el Titular aprobar la contratación directa de servicios de publicidad estatal de manera previa a la aprobación de su expediente de contratación?”. [...] 2.1.3. [Cabe] precisar que, conforme a lo indicado en el numeral 2.1.1 del presente informe, la contratación directa faculta únicamente a omitir la realización de la fase de procedimiento de selección, mas no la realización de las fases de actos preparatorios y ejecución contractual. Al respecto, el procedimiento de contratación se encuentra conformado por la fase de actos preparatorios, fase de procedimiento de selección y fase de ejecución contractual. En ese sentido, considerando que el expediente de contratación es aprobado en la fase de actos preparatorios- previa a la aprobación de la contratación directa- se desprende que dicho expediente debe aprobarse con anterioridad a la aprobación de la contratación directa. Bajo la misma línea, el numeral 86.2 del artículo 86 del Reglamento dispone que la aprobación de la contratación directa requiere previamente de informes que contengan la justificación de la necesidad y procedencia de la contratación directa; sobre el particular, cabe mencionar que es en el expediente de contratación donde se encuentra el requerimiento de la misma, por lo que su aprobación tendría que darse con anterioridad a la aprobación de la contratación directa. (Opinión N.º 127-2017/DTN, de 06-06-2017, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ro5TuS>).

§ 1549. El único supuesto de contratación directa que no requiere autorización previa del expediente de contratación es el de contratación en situación de emergencia. [...] 2.2. “Si de acuerdo a la actual normativa de contrataciones existe algún supuesto de contratación directa en la que resulta necesario aprobar previamente su expediente de contratación”. [...] 2.2.2. [De] conformidad con el numeral 2 del artículo 85 del Reglamento, el único supuesto de contratación directa donde las actuaciones preparatorias, el informe o los informes que contienen el sustento técnico legal de la contratación directa, la resolución o acuerdo que la aprueba, así como el contrato y sus requisitos, que a la fecha de la contratación no haya sido elaborada, aprobada o suscrita, según corresponda, pueden ser objeto de regularización es en la situación de emergencia en el plazo señalado en la referida disposición. (Opinión N.º 127-2017/DTN, de 06-06-2017, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ro5TuS>).

CAPÍTULO VIII COMPRAS CORPORATIVAS

Artículo 103: Características del proceso de Compra Corporativa

103.1. Las Compras Corporativas pueden ser facultativas, para lo cual las Entidades celebran un convenio interinstitucional, u obligatorias, cuando se establezca mediante decreto supremo emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Las Compras Corporativas Obligatorias están a cargo de PERÚ COMPRAS.

103.2. Los bienes y servicios en general que pueden ser objeto de Compras Corporativas son susceptibles de ser homogeneizados.

103.3. Para la agregación de la demanda de las Entidades se puede utilizar criterios tales como el geográfico, el sectorial, el temporal o la combinación de estos, entre otros.

103.4. Pueden incorporarse en las compras corporativas los requerimientos de las Entidades cuyos valores estimados no superen las ocho (8) UIT.

103.5. Las Compras Corporativas no requieren de la modificación del Plan Anual de Contrataciones de las Entidades participantes, aunque corresponde indicar que se procede a contratar mediante Compra Corporativa, con expresa mención de la Entidad encargada de la Compra Corporativa.

103.6. Son entidades participantes aquellas que contratan bienes y servicios en general a través de Compras Corporativas.

103.7. Es posible adjudicar parcialmente la buena pro cuando la oferta ganadora supere el valor estimado y alguna de las Entidades participantes no haya obtenido la certificación presupuestal suficiente. Para tal efecto, el postor mantiene las mismas condiciones ofertadas para las demás Entidades participantes.

103.8. Las Entidades participantes se encuentran obligadas a contratar directa y exclusivamente con los proveedores seleccionados los bienes y/o servicios en general cuyo requerimiento haya sido materia de la Compra Corporativa. Asimismo, se encuentran obligadas a perfeccionar los contratos, pagar al contratista o contratistas, previa conformidad de la prestación ejecutada, así como a los demás actos relacionados con la ejecución del contrato.

103.9. Los contratos derivados de la Compra Corporativa, así como la información referida a su ejecución es registrada en el SEACE, por cada una de las Entidades participantes, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles siguientes a su perfeccionamiento, ocurrencia o aprobación, según corresponda.

103.10. El proceso de contratación se realiza conforme a las reglas establecidas en la Ley, el presente Reglamento y demás disposiciones complementarias.

DEFINICIONES

HOMOGENEIZACIÓN: Es el proceso mediante el cual, al interior de las entidades, se definen las características o prestaciones de los requerimientos a contratar, sobre la base del análisis de sus propias necesidades y, los bienes y servicios ofertados en el mercado.

REMISIÓN

§ 1550. Sobre contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a 8 UIT. Véase la jurisprudencia del artículo 5.1.a de la Ley [§ 267 ss.].

Artículo 104: De la Entidad encargada

La Entidad encargada de la Compra Corporativa tiene a su cargo las siguientes tareas, según corresponda:



- a) Recibir los requerimientos de las Entidades participantes.
- b) Consolidar y homogeneizar las características de los bienes y servicios en general, así como determinar el valor estimado.
- c) Efectuar todas las actuaciones preparatorias necesarias para elaborar y aprobar el expediente de contratación.
- d) Designar al o a los comités de selección que tienen a su cargo los procedimientos de selección para las compras corporativas.
- e) Aprobar los documentos del procedimiento de selección que correspondan.
- f) Resolver los recursos de apelación, cuando corresponda.
- g) Designar un comité técnico especializado para determinar las características homogeneizadas de los bienes y servicios en general requeridos por las Entidades participantes.

DEFINICIONES

COMITÉ TÉCNICO ESPECIALIZADO: Órgano Colegiado con alto conocimiento técnico en el objeto del proceso de la compra corporativa, cuya función principal es realizar la homogeneización de las especificaciones técnicas o términos de referencia de los bienes y/o servicios en general.

Artículo 105: Comité de selección

El funcionamiento, competencia, obligaciones y demás atribuciones del comité de selección son los previstos en la Ley y el Reglamento, siendo además responsable de:

- a) Elaborar las bases, conforme al contenido del expediente de contratación. En las bases se distingue claramente el requerimiento de cada Entidad participante del convenio, para los efectos de la suscripción y ejecución del contrato respectivo.
- b) Una vez que quede consentido el otorgamiento de la buena pro, elevar el expediente al Titular de la Entidad encargada de la Compra Corporativa para su remisión a las Entidades participantes.

Artículo 106: Alcances del encargo en el caso de Compras Corporativas

106.1. El encargo que se efectúe en las Compras Corporativas solo alcanza las acciones necesarias que permitan a la Entidad encargada realizar el procedimiento de selección para obtener, de parte de los proveedores del Estado, una oferta por el conjunto de los requerimientos similares de las Entidades participantes, y solo hasta el momento en que se determine al proveedor seleccionado y la buena pro quede consentida, luego de lo cual, cada una de las Entidades suscribe los contratos correspondientes con el proveedor o proveedores seleccionados por el o los requerimientos encargados.

106.2. Una vez registrado en el SEACE el consentimiento de la buena pro, la Entidad encargada comunica a las Entidades participantes los resultados del procedimiento, dentro de un plazo no mayor a tres (3) días hábiles. Vencido dicho plazo, se inicia el procedimiento para el perfeccionamiento del contrato, conforme a los plazos y procedimiento previsto en el artículo 141.

106.3. Del mismo modo, el encargo efectuado no puede, en ningún caso, ser interpretado como extensivo a la ejecución de las obligaciones que se generan en la fase de ejecución contractual propiamente dicha, tales como el pago del precio, la supervisión de la ejecución de las prestaciones, conformidad de la prestación y demás obligaciones inherentes a las Entidades participantes.

Artículo 107: Compras Corporativas Obligatorias y entidad a cargo

107.1 Mediante decreto supremo del Ministerio de Economía y Finanzas, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, se establecen los bienes y servicios en general que se contratan mediante Compras

Corporativas Obligatorias, así como las Entidades participantes y las entidades que conforman el Comité Técnico Especializado.

107.2 PERU COMPRAS es la Entidad encargada de realizar las Compras Corporativas Obligatorias, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo N.º 1008, el Decreto Supremo que se emita para tal efecto, así como en los dispositivos y documentos de orientación que emita dicha Entidad.

107.3. PERU COMPRAS se encarga de homogeneizar y consolidar los requerimientos de las Entidades participantes, para cuyo efecto determina el contenido, cantidad y oportunidad de remisión de la información que es proporcionada por las mismas, así como todas las demás actuaciones preparatorias necesarias.

107.4. Designadas las Entidades participantes, estas tienen la obligación de remitir los requerimientos respectivos, con la certificación y/o previsión presupuestal, y la información complementaria a PERU COMPRAS, conforme a los lineamientos, plazos y procedimiento establecidos, bajo responsabilidad. El Titular de la Entidad dispone la gestión del presupuesto necesario para participar en la Compra Corporativa Obligatoria.

Artículo 108: Compras Corporativas Facultativas

108.1. Para las Compras Corporativas que se realicen de manera facultativa, se elabora uno o varios convenios que son suscritos por los funcionarios competentes de las Entidades participantes. Mediante directiva el OSCE aprueba el formato estándar de convenio, el cual es de uso obligatorio para las mismas. El Titular de la Entidad dispone la gestión del presupuesto necesario para participar en la Compra Corporativa Facultativa.

108.2. La Entidad encargada de la Compra Corporativa tiene a su cargo las tareas señaladas en los literales a), b), c), d), e) y f) del artículo 104.

108.3. El funcionamiento, competencia, obligaciones y demás atribuciones del comité de selección son los previstos en la Ley y el Reglamento, siendo además responsable de:

a) Elaborar las bases, conforme al contenido del expediente de contratación. En las bases se distingue claramente el requerimiento de cada Entidad participante del convenio, para los efectos de la suscripción y ejecución del contrato respectivo.

b) Una vez que quede consentido el otorgamiento de la buena pro, elevar el expediente al Titular de la Entidad encargada de la Compra Corporativa para su remisión a las Entidades participantes.

c) En caso que se desee complementar o incorporar requerimientos adicionales a los previstos en el convenio, las Entidades participantes pueden hacerlo mediante la suscripción de cláusulas adicionales.

108.4. El convenio permite la adhesión de cualquier otra Entidad siempre y cuando ésta se efectúe antes de la aprobación del Expediente de Contratación.

108.5. Suscrito el convenio de cooperación interinstitucional, la Entidad no puede desistirse de participar en la compra corporativa, bajo responsabilidad, salvo que se configure alguno de los siguientes supuestos:

- a) Recorte presupuestal correspondiente al objeto materia de contratación;
- b) Desaparezca la necesidad, debidamente acreditada;
- c) Cuando persistiendo la necesidad, el presupuesto inicialmente asignado tenga que destinarse a otros propósitos de emergencia declarados expresamente;
- d) Caso fortuito o fuerza mayor.

108.6. Las Entidades del Gobierno Nacional que formulen las políticas nacionales y/o sectoriales del Estado están facultadas a establecer, mediante Resolución del Titular de la Entidad, la relación de bienes y servicios en general que se contratan a través de compra corporativa, debiendo señalar la Entidad encargada de la misma, las Entidades participantes, así como las obligaciones y responsabilidades de estas últimas.



108.7. La Entidad encargada de una compra corporativa puede encargar a su vez dicha compra a PERÚ COMPRAS.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1551. En las compras corporativas facultativas, en caso el monto de la oferte supere el valor referencial y alguna de las Entidades no aprobare la asignación de recursos suficientes, no procedería otorgar parcialmente la Buena Pro respecto de aquellas Entidades que si hayan aprobado dicho aumento presupuestal. CONSULTA: 2.1. *¿Procede otorgar parcialmente la Buena Pro del ítem respecto del requerimiento de las otras Entidades que sí cuentan con la aprobación de asignación suficiente de recursos?* A efectos de absolver la presente consulta se ha efectuado una revisión de las disposiciones concernientes a las compras corporativas facultativas, advirtiéndose que en estas no se ha previsto el otorgamiento parcial de la buena pro debido a que el Titular de alguna de las Entidades participantes haya decidido no autorizar la asignación de recursos suficientes, por razones de carácter técnico y/o de oportunidad económica. En tal sentido, es necesario recurrir al régimen general, es decir, a las normas aplicables al procedimiento clásico. El artículo 33° de la Ley [cfr. numerales 68.4 y 68.5 del art. 68 del Nuevo Reglamento] establece que *“Para otorgar la Buena pro a propuestas que superen el valor referencial, hasta el límite antes establecido, se deberá contar con asignación suficiente de recursos aprobada por el Titular del Pliego.”* (El subrayado es agregado). Conforme a lo dispuesto por el artículo citado, a efectos de otorgar la buena pro a propuestas que superen el valor referencial, dentro del límite [...], el Titular de la Entidad deberá aprobar la asignación de fondos suficientes. En el caso particular de las compras corporativas, si la oferta económica del postor ganador de la buena pro supera el valor referencial, es necesario solicitar al Titular de cada una de las Entidades participantes en la compra corporativa la asignación de los recursos suficientes para el otorgamiento de la buena pro. Por el contrario, la normativa de contratación pública no ha previsto la posibilidad de efectuar el otorgamiento parcial de la buena pro, salvo como criterio de desempate (prorrata) o como remedio ante insuficiencia del mercado para cubrir el requerimiento de la Entidad (distribución de la buena pro), supuestos distintos al planteado por la Entidad, y que han sido debidamente previstos [...] En tal orden de ideas, no procede dividir la contratación a efectos de otorgar la buena pro respecto del requerimiento de aquellas Entidades participantes en la compra corporativa facultativa cuyos Titulares hayan aprobado la asignación de recursos necesarios para cubrir la diferencia entre el valor referencial y la oferta económica del postor ganador. (Opinión N.º 005-2009/DTN, de 27-02-2009, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HaPgO8>).

CAPÍTULO IX DEL ENCARGO

Artículo 109: Condiciones para el encargo

109.1. Encargo a otra Entidad

a) Una Entidad puede encargar a otra Entidad pública, mediante convenio interinstitucional, la realización de las actuaciones preparatorias y/o el procedimiento de selección que aquella requiera para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías y obras, previo informe técnico legal que sustente la necesidad y viabilidad del encargo, el mismo que es aprobado por el Titular de la Entidad.

b) La competencia para la aprobación del expediente de contratación y de los documentos del procedimiento de selección es precisada en el convenio respectivo. Una vez consentido o administrativamente firme el otorgamiento de la buena pro, se remite el expediente a la Entidad encargante para el perfeccionamiento y ejecución del contrato respectivo.

109.2. Encargo a Organismos Internacionales

a) De conformidad con lo dispuesto en el numeral 6.3 del artículo 6 de la Ley, las Entidades pueden encargar las actuaciones preparatorias y el procedimiento de selección a organismos internacionales debidamente acreditados cuando se trate de objetos cuya contratación implica capacidad técnica con la que la Entidad no cuenta, tiene de manera insuficiente o cuando, dada la envergadura o complejidad del objeto, requiere de apoyo técnico de mayor especialización, debiendo considerar además lo siguiente:

a.1) En el caso de bienes, estos responden a tecnología de última generación y/o encontrarse vinculados a innovación y/o uso científico.

a.2) Tratándose de servicios: i) aquellos de carácter científico o vinculado a innovación o ii) actividades de investigación para diseñar u obtener soluciones técnicas.

a.3) Para el caso de obras, a aquellas cuyos montos superen los veinte millones de Soles (S/ 20 000 000,00).

b) El encargo es aprobado: i) para el Poder Ejecutivo mediante Resolución del Titular de la Entidad, ii) para los Poderes Legislativo y Judicial y los Organismos Constitucionalmente Autónomos, por el Titular de dichas Entidades, iii) para los Gobiernos Regionales y Locales por acuerdo de Consejo Regional o Concejo Municipal, según corresponda y iv) para las empresas del Estado por Acuerdo de Directorio. Esta facultad es indelegable.

c) El expediente que sustenta la necesidad de efectuar este encargo contiene la justificación de la imposibilidad de que las actuaciones preparatorias y el procedimiento de selección sean efectuados por la Entidad, por las razones señaladas en el literal a) del presente numeral, precisando la conveniencia y ventajas de efectuarlo. Asimismo, cuenta con el informe favorable de la Oficina de Presupuesto, o la que haga sus veces, sobre la disponibilidad de los recursos para el financiamiento de la contratación del organismo encargado.

d) Constituye requisito indispensable que el organismo internacional tenga dentro de sus fines el desarrollo de actividades objeto del encargo, conforme a los instrumentos que lo rigen y cuente con procedimientos formales de carácter general, previamente establecidos, para ejecutar dicho objeto.

e) El encargo consta en un convenio específico y concreto para cada procedimiento de selección, detallando las obligaciones y responsabilidades de cada una de las partes. La existencia de un convenio marco entre la Entidad y el Organismo Internacional no implica la aprobación de un encargo.

f) La competencia para la aprobación de los documentos del procedimiento de selección es de la Entidad. Una vez consentido o administrativamente firme el otorgamiento de la buena pro, se remite el expediente a la Entidad para el perfeccionamiento y ejecución del contrato respectivo.

109.3. La Entidad es responsable de registrar en el SEACE toda la información referida al encargo y al procedimiento encargado según lo dispuesto por el OSCE.

109.4. En caso de presentarse recurso de apelación, el mismo es resuelto por el Titular de la Entidad encargada o por el Tribunal, según corresponda. Tratándose de los encargos a Organismos Internacionales se aplican las reglas de sus respectivos procedimientos.

DEFINICIONES

BUENA PRO ADMINISTRATIVAMENTE FIRME: Se produce cuando habiéndose presentado recurso de apelación, ocurre alguno de los siguientes supuestos: i) Se publica en el SEACE que el recurso de apelación ha sido declarado como no presentado o improcedente; ii) Se publica en el SEACE la resolución que otorga y/o confirma la buena pro; y iii) Opera la denegatoria ficta del recurso de apelación.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1552. Razones que sustentan el encargo de proceso de selección. Las razones de tipo económico que pueden sustentar el encargo de proceso de selección son las que garanticen el uso eficiente de los recursos públicos. 2.1.1. [D]ebe indicarse que el artículo 6 de la Ley, concordado con el artículo 86 del Reglamento [cfr. art. 109 del Nuevo Reglamento], autoriza a las Entidades a encargar el desarrollo de la segunda etapa de sus contrataciones, esto es, el proceso de selección, a otras entidades



públicas o privadas u organismos internacionales. Así, dependiendo del tipo de entidad encargada, podemos tener: encargo a una entidad pública, encargo a una entidad privada nacional o internacional, y encargo a un organismo internacional. Cabe precisar que, en la medida que el encargo se restringe al proceso de selección, las etapas de actos preparatorios y ejecución contractual se mantienen en la esfera interna de la Entidad, siendo su responsabilidad llevarlas a cabo. 2.1.2. Ahora bien, el artículo 86 del Reglamento establece los requisitos y formalidades generales que las Entidades deben observar para encargar sus procesos de selección, ello sin perjuicio de los requisitos y formalidades específicos que el Reglamento establece para cada tipo de encargo. Así, el referido artículo establece que el encargo de proceso de selección puede realizarse por “razones económicas o de especialidad en el objeto de la convocatoria”, precisando que para realizar el encargo las Entidades deben contar con un “informe técnico legal que sustente la necesidad y viabilidad del encargo”. Luego, las Entidades deben celebrar un convenio interinstitucional con la entidad u organismo internacional que llevará a cabo el proceso de selección. Adicionalmente, del artículo 86 del Reglamento se desprende que corresponde al Titular de la Entidad aprobar la celebración de convenios que tengan por objeto el encargo de procesos de selección. 2.1.3. Dicho lo anterior, debe precisarse que las razones de tipo económico que pueden sustentar el encargo de proceso de selección, son aquellas que se encuentran relacionadas con el ahorro de fondos públicos, el ahorro de horas hombre, la oportuna satisfacción de la necesidad, entre otras razones que, objetivamente, garanticen el uso eficiente de los recursos públicos. (Opinión N.º 034-2011/DTN, de 21-03-2011, ff. 2.1.1 al 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RG0Qko>).

§ 1553. El encargo de un proceso de selección a otra Entidad pública se mantiene hasta que el otorgamiento de la Buena Pro quede consentido o administrativamente firme. Si durante la ejecución de un contrato de obra, cuyo procedimiento de selección fue objeto de encargo, surge la necesidad de aprobar prestaciones adicionales, estas deben ser aprobadas por el Titular de la Entidad encargante. 2.2. [El] Reglamento, en el primer párrafo de su artículo 94 [cfr. art. 109 del Nuevo Reglamento], dispone que “Una Entidad puede encargar a otra Entidad pública, mediante convenio interinstitucional, la realización de las actuaciones preparatorias y/o el procedimiento de selección que aquella requiera para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías y obras, previo informe técnico legal que sustente la necesidad y viabilidad del encargo, el mismo que es aprobado por el Titular de la Entidad”. (El subrayado es agregado). Asimismo, el segundo párrafo del mencionado artículo señala que “(...) Una vez que ha quedado consentido o administrativamente firme el otorgamiento de la buena pro, debe remitirse el expediente a la Entidad encargante para el perfeccionamiento y ejecución del contrato respectivo”. (El subrayado es agregado). Como se advierte, la normativa de contrataciones del Estado faculta a las Entidades a encargar a otra Entidad pública la realización de las actuaciones preparatorias y/o el procedimiento de selección, manteniendo en la esfera interna de las Entidades encargantes la realización de la fase de ejecución contractual. 2.3. De otro lado, durante la ejecución de un contrato de obra pueden presentarse una serie de situaciones, como por ejemplo, la entrega de adelantos, consultas sobre ocurrencias en la obra, valorizaciones, reajustes, ampliación del plazo, prestaciones adicionales, entre otros, las que se desarrollan conforme al procedimiento previsto en la normativa de contrataciones del Estado. Al respecto, el numeral 34.3 del artículo 34 de la Ley otorga a la Entidad la potestad de ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales de obra hasta por el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. [...] para que proceda la ejecución de prestaciones adicionales de obra, además de contar previamente con la certificación del crédito presupuestario o previsión presupuestal, la normativa de contrataciones del Estado establece que el Titular de la Entidad debe emitir una resolución en la que apruebe dicha ejecución. 2.4. Efectuadas las precisiones anteriores, debe señalarse que el encargo de un procedimiento de selección a otra Entidad pública se mantiene hasta que quede consentido o administrativamente firme el otorgamiento de la buena pro, luego de lo cual corresponde a la Entidad encargante la suscripción del contrato y su posterior ejecución. En ese sentido, si durante la ejecución de un contrato de obra, cuyo procedimiento de selección fue objeto de encargo, surge la necesidad de aprobar prestaciones adicionales, estas deben ser aprobadas por el Titular de la Entidad encargante, conforme al procedimiento previsto en la normativa de contrataciones del Estado, al

ser esta la responsable de llevar a cabo la fase de ejecución contractual. (Opinión N.º 109-2016/DTN, de 18-07-2016, ff. 2.2 al 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DhK064>).

§ 1554. **Definición de normas de carácter general. Para efectuar un encargo a un organismo internacional no se requiere contar con una autorización del MEF.** CONSULTA: 2. “(...) Si bien el Art. 94 numeral 94.2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 109 del Nuevo Reglamento], establece que para el caso de un organismo constitucionalmente autónomo como una universidad pública el encargo debe ser aprobado por el Titular de la Entidad, ¿también se tiene que contar con la Resolución Ministerial del Ministerio de Economía y Finanzas, que establezca los lineamientos y criterios para la utilización del encargo y que autorice la realización de dicho encargo a un organismo internacional?”. [...] 2.3. Ahora bien, a efectos de atender la consulta formulada, respecto si dentro de los requisitos para efectuar un encargo a organismo internacional debe contarse necesariamente con la “Resolución Ministerial del Ministerio de Economía y Finanzas, que establezca los lineamientos y criterios para la utilización del encargo y que autorice la realización de dicho encargo a un organismo internacional”, debe señalarse que el numeral 94.2 del artículo 94 del Reglamento dispone que el Ministerio de Economía y Finanzas, mediante Resolución Ministerial, establece los lineamientos y criterios para la utilización del encargo. Del texto de la norma se puede verificar que los criterios y lineamientos que aprueba el Ministerio de Economía y Finanzas, mediante Resolución Ministerial, para la utilización del encargo a organismos internacionales tienen carácter general y no responden a autorización de contrataciones en particular. Al respecto, Rubio Correa señala que las “Normas de carácter general serán las provenientes de los actos de gobierno que afectan a la generalidad (o a una parte importante) de la población. Tal es el caso de la suspensión de garantías. También se crean normas de carácter general para la organización de la administración pública (porque de ello dependerán sus funciones y la manera cómo se relacionen con ellas las personas individuales o jurídicas), para la tarea de reglamentar los procedimientos y, desde luego, en cumplimiento de la función de reglamentar las leyes. En virtud de ello, los decretos y resoluciones de los diversos niveles que contengan este tipo de mandatos deben ser considerados parte de la legislación dentro del sistema jurídico peruano porque responden a la función normativa del órgano ejecutivo del Estado. En adelante los llamaremos disposiciones normativas. (El Decreto Supremo 018-97-PCM del 18 de abril de 1997 establece, en su artículo 3, la siguiente definición de norma de carácter general: «[...] se entiende por normas de carácter general a aquellas a partir de cuyo texto no es posible identificar a las personas naturales o jurídicas específicas que deben obedecerlas, o a aquellas en cuyo beneficio han sido dictadas, y que dada la naturaleza del dispositivo, su contenido debe ser puesto en conocimiento de todas las personas, pues podría demandar de cualquiera de ellas, el cumplimiento de una obligación o un derecho, o generar otra consecuencia jurídica»). (El subrayado es agregado). Conforme a lo anterior, la disposición contenida en el numeral 94.2 del artículo 94 del Reglamento, referida a los lineamientos y criterios para emplear el encargo, constituye una disposición de carácter general a cargo del Ministerio de Economía Finanzas, cuyo cumplimiento resulta obligatorio a todas las Entidades que empleen la figura del encargo a organismos internacionales. [...] Por lo expuesto, para efectuar un encargo a un organismo internacional debe cumplirse cada una de las condiciones previstas en el numeral 94.2 del artículo 94 del Reglamento, no requiriéndose contar con una autorización del Ministerio de Economía, mediante Resolución Ministerial, respecto a cada encargo a organismo internacional en específico. Lo que sí ha establecido el numeral precitado es que le corresponde al Ministerio de Economía y Finanzas, mediante Resolución Ministerial, establecer los lineamientos y criterios para la utilización del encargo previsto en el numeral 6.3 del artículo 6 de la Ley, los cuales resultan aplicables a todo encargo a un organismo internacional; por tanto, ningún encargo puede ser realizado si previamente el Ministerio de Economía y Finanzas no ha emitido la Resolución Ministerial conteniendo los lineamientos y criterios para la utilización de dicha figura, los que son de alcance general. (Opinión N.º 217-2017/DTN, de 02-10-2017, ff. 2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EqqR5a>).

NOTA: Según la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, la Resolución Ministerial N.º 495-2017-EF/15 que aprueba los “Lineamientos y criterios para el encargo de procedimientos de selección a organismos internacionales” queda derogada.

§ 1555. El encargo a otra Entidad tiene por objeto el desarrollo del proceso de selección (art. 6.2). 2.2. Ahora bien, el artículo 6º de la Ley permite que las Entidades celebren convenios para encargar la realización de sus contrataciones, de acuerdo con los procedimientos y formalidades establecidas en los artículos 86º al 89º del Reglamento (Capítulo IX del Título II del Reglamento) [cfr. art. 109 del Nuevo Reglamento]. Por su parte, el artículo 86º del Reglamento establece que *“Por razones económicas o de especialidad en el objeto de la convocatoria, una Entidad podrá encargar a otra Entidad pública o privada, nacional o internacional u organismos internacionales, mediante convenio interinstitucional, la realización del proceso de selección que aquélla requiera para la contratación de bienes, servicios y obras, previo informe técnico legal que sustente la necesidad y viabilidad del Encargo, el mismo que será aprobado por el Titular de la Entidad.”* Como se aprecia, el artículo 86º del Reglamento precisa que el encargo al que se refiere el artículo 6º de la Ley se encuentra constreñido a la realización de la etapa del proceso de selección. Asimismo, precisa que este encargo se realice por razones económicas o de especialidad en el objeto de la convocatoria, siendo obligación de la Entidad encargante elaborar un informe técnico legal previo que sustente la necesidad y viabilidad del encargo. En tal sentido, debe indicarse que el encargo al que se refiere el artículo 6º de la Ley es aquel que tiene por objeto el desarrollo del proceso de selección mediante el cual se determinará al proveedor que celebrará contrato con la Entidad encargante, para abastecerla de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones. [...] Por tanto, esta figura constituye una herramienta que, siempre que se verifiquen razones económicas o de especialidad del objeto de la convocatoria, las Entidades podrán utilizar para satisfacer de forma adecuada y oportuna sus necesidades de abastecimiento. (Opinión N.º 047-2011/DTN, de 04-05-2011, f. 2.2, conclusiones. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2l0Fy1>).

NOTA: El artículo 109 del Nuevo Reglamento vigente sólo prevé el encargo a entidades públicas y organismos internacionales.

§ 1556. No es necesario que en los convenios por encargo suscritos con organismos internacionales se consigne de manera literal el texto del literal e) del numeral 94.2 del artículo 94 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. CONSULTA: 2.1. *“¿Es obligatorio que en el convenio por encargo que se suscriba con este tipo de organismos [internacionales], se consigne el “texto literal” indicado en el acápite e) del numeral 94.2 del artículo 94º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado?”*. [...] 2.1.3. [La] presente consulta busca determinar si lo establecido en el literal e) del numeral 94.2 del artículo 94 del Reglamento [cfr. art. 109 del Nuevo Reglamento] debe transcribirse de forma literal en el convenio. Al respecto, debe indicarse que lo establecido en dicha disposición tiene por objeto que dentro del convenio suscrito entre una Entidad y un Organismo Internacional se deje constancia expresa del consentimiento de este último a ser supervisado por determinadas Entidades del Estado Peruano, así como su compromiso en brindarles la información que le soliciten; siendo necesario que se precise lo siguiente: (i) *que el Organismo Internacional se somete a la supervisión del OSCE para efectos de verificar que se cumplen las condiciones para efectuar el encargo;* (ii) *que el Organismo Internacional se somete a las acciones de control que efectúe la Contraloría General de la República respecto del encargo;* y (iii) *que el Organismo Internacional se compromete a proporcionar toda la información y documentación que le sea requerida por dichas instituciones.* En esa medida, puede entenderse que si bien no es necesario consignar literalmente el texto contemplado en el literal e) del numeral 94.2 del artículo 94 del Reglamento, sí resulta obligatorio que dentro del convenio se señale, de manera expresa, cada una de las condiciones mencionadas en el párrafo anterior, sin ningún tipo de acotación o condicionamiento que restrinja o afecte sus alcances, de lo contrario, el convenio celebrado será nulo. (Opinión N.º 145-2018/DTN, de 12-09-2018, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QzSvCt>).

NOTA: Según las disposiciones del Reglamento derogado, en el convenio que contenía al encargo, debía consignarse de manera expresa el sometimiento del organismo internacional a la supervisión del OSCE, bajo sanción de nulidad. Tal disposición no ha sido prevista en la actual normativa.

§ 1557. Las entidades, mediante convenio interinstitucional, pueden encargar la realización de las acciones preparatorias y/o el procedimiento de selección a otras entidades, mas no la ejecu-

ción contractual. Véase la jurisprudencia del artículo 6° de la Ley [§ 303]. (Opinión N.º 122-2016/DTN, de 02-08-2016, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CGXcRX>).

CAPÍTULO X SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA

Artículo 110: Definición

110.1. Mediante Subasta Inversa Electrónica se contratan bienes y servicios comunes. El postor ganador es aquel que oferte el menor precio por los bienes y/o servicios objeto de dicha Subasta. El acceso al procedimiento de Subasta Inversa Electrónica se realiza a través del SEACE.

110.2. PERÚ COMPRAS genera y aprueba las fichas técnicas de los bienes y servicios a incluirse en el Listado de Bienes y Servicios Comunes (LBSC), así como, información complementaria de los rubros a los que corresponden, a los que se accede a través del SEACE, pudiendo ser objeto de modificación o exclusión, previo sustento técnico.

110.3. Para aprobar una ficha técnica o un Documento de Información Complementaria, PERÚ COMPRAS puede solicitar información u opinión técnica a Entidades del Estado, las que brindan dicha información de manera idónea y oportuna, bajo responsabilidad. Así también, puede solicitar información a gremios, organismos u otras que se estime pertinente. ^{(1) (a)}

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

(1) Rectificado por fe de erratas (12-01-2019)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 006-2019-OSCE/CD, "Procedimiento de selección de subasta inversa electrónica" (EP, 29-01-2019) [D-005].

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1558. La subasta inversa es la modalidad de selección en la cual el postor ganador será aquel que oferte el menor precio por los bienes o servicios objeto de la convocatoria. **24.** Al versar sobre una Subasta Inversa Presencial el proceso de selección, debe tenerse presente, como marco referencial, que de conformidad con lo establecido en el artículo 90 del Reglamento [anterior], la subasta inversa es la modalidad de selección por la cual una Entidad realiza la contratación de bienes y servicios comunes a través de una convocatoria pública, y en la cual el postor ganador será aquel que oferte el menor precio por los bienes o servicios objeto de la convocatoria. Esta modalidad de selección puede realizarse de forma presencial o electrónica. Dicho articulado precisa que se consideran bienes o servicios comunes, aquellos respecto de los cuales existe más de un proveedor, tienen patrones de calidad y de desempeño objetivamente definidos por características o especificaciones usuales en el mercado o han sido estandarizados como consecuencia de un proceso de homogenización llevado a cabo al interior del Estado, de tal manera que el factor diferenciador entre ellos lo constituye el precio al cual se transan. **25.** En concordancia con lo anterior, el artículo 92 del Reglamento [cfr. art. 80 del Nuevo Reglamento] establece que las Bases deberán contener la convocatoria, la ficha técnica del bien o servicio requerido, la misma que se obtendrá del Listado de Bienes o Servicios Comunes publicado en el SEACE, la proforma del contrato, los plazos, la forma, el lugar y las demás condiciones para el cumplimiento de la prestación, siguiendo lo establecido en el artículo 26 de la Ley [anterior], en lo que resulte aplicable, entre otras condiciones mínimas que establezca el OSCE a través de directivas. La ficha técnica de un bien o servicio deberá corresponder a la versión de uso obligatorio que se encuentre publicada en el SEACE a la fecha de convocatoria del proceso, la cual no podrá incluir modificaciones durante el desarrollo del



proceso de selección. (Resolución N.º 0305-2016-TCE-S4, de 10-03-2016, ff. 24 y 25. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2OJMYnw>).

§ 1559. El procedimiento para la subsanación en caso de subasta inversa electrónica. 20. [...] [El] Impugnante manifiesta que por un error involuntario, al momento de elaborar y presentar su oferta, adjuntó la constancia emitida por el Ministerio de Energía y Minas [...], por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del Reglamento [cfr. art. 60 del Nuevo Reglamento], dicho error es subsanable. Al respecto, este Colegiado estima pertinente traer a colación lo establecido en el artículo 39 del Reglamento, respecto de la subsanación de ofertas [...]. En el caso de subasta inversa electrónica, el procedimiento para la subsanación se realiza en forma electrónica, a través del SEACE [...]. En este punto, es menester indicar que el citado dispositivo normativo prevé la subsanación en dos (2) supuestos: (I) para documentos presentados y (II) para documentos no presentados. En el primer supuesto existen dos (2) tipos de subsanación: (i) para documentos distintos a los que contienen el precio u oferta económica y (ii) para documentos que contienen el precio u oferta económica. En el primer tipo se hace referencia a un supuesto abierto, el cual podrá ser pasible de subsanación siempre y cuando se trate de errores materiales o formales que no alteren el contenido esencial de la oferta; en tanto que en el segundo tipo se hace referencia a un supuesto cerrado, en el cual solo serán subsanables, por parte del postor, la rúbrica y la foliación; precisándose, además, que en los casos de divergencias entre los números y letras del monto ofertado, así como cuando existieran errores aritméticos en los precios u ofertas económicas de procedimientos convocados bajo el sistema de precios unitarios, no cabe subsanación (entendida como una reparación o remedio de defectos), sino que es la propia norma la que proporciona soluciones para estos casos, sin que el postor efectúe ninguna actividad de subsanación. (Resolución N.º 2904-2016-TCE-S1, de 09-12-2016, f. 20. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2Dj1IOS>).

§ 1560. Es nulo el procedimiento de selección mediante subasta electrónica inversa si se modifica la ficha técnica. 17. [Se] advierte la contravención al artículo 26 de la Ley [cfr. art. 26 de la Ley vigente], 78 del Reglamento [cfr. art. 110 del Nuevo Reglamento], así como a lo dispuesto en el numeral 6.2 de la Directiva N.º 005-2016- OSCE/CD [cfr. num. 6.2 Directiva N.º 006-2019-OSCE/CD (D-005)], aprobada mediante Resolución N.º 012-2016-OSCE/PRE del 9 de enero de 2016, la cual establece lo siguiente: “La ficha técnica del bien o servicio común requerido, se obtiene del listado de bienes o servicios comunes al cual se accede a través del SEACE, debiendo corresponder a la versión de uso obligatorio a la fecha de convocatoria y que no puede incluir modificaciones durante el desarrollo del procedimiento de selección. Asimismo, para incluir los requisitos de habilitación, se debe observar aquellos exigidos en la ficha y/o documentos de orientación publicados a través del SEACE, así como en la normativa que regula el objeto de la contratación con carácter obligatorio, según corresponda”. **18.** En atención a lo señalado, las bases han incurrido en un vicio de nulidad relativo a la contravención de las normas legales. Cabe agregar que la modificación efectuada de la ficha técnica también transgrede el principio de transparencia, lo que se evidencia en mayor grado con la situación que resulta ser el origen de la controversia, en la que el Impugnante, Adjudicatario y Entidad han tenido diferentes interpretaciones respecto al cumplimiento de las Especificaciones Técnicas correspondientes al material de empaque del producto farmacéutico licitado. [...] **21.** Al respecto, el artículo 44 de la Ley dispone que el Tribunal, en los casos que conozca, declarará nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. Teniendo en cuenta lo expuesto, se observa que las bases integradas materia del procedimiento de selección impugnado, trasgreden lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley, 78 del Reglamento, así como a lo dispuesto en la Directiva N.º 005-2016-OSCE/CD debido a que se modificó la ficha técnica del producto farmacéutico denominado “G 3 mg/ml, Solución Oftálmica, 5 ml”, motivo por el cual, corresponde que este Tribunal declare la nulidad del ítem N.º 33 de la Subasta Inversa Electrónica N.º [...] - Primer Convocatoria, para la “Adquisición de gentamicina [...]”; debiéndose se retrotraer el procedimiento a la

etapa de convocatoria, previa reformula de las Bases a fin que éstas, en su sección específica, se adecúen a lo establecido en la ficha técnica del producto farmacéutico denominado “G, 3 mg/ ml, Solución oftálmica, 5 ml”. (Resolución N.º 0292-2017-TCE-S3, de 08-03-2017, ff. 17, 18 y 21. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2QII78b>).

§ 1561. Contenido de las fichas técnicas y los alcances de aplicación de la modalidad especial de selección por subasta inversa. 26. [...] [El] numeral 6.6 del Capítulo VI de la Directiva N.º 015-2012-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 006-2019-OSCE/CD (D-005)], establece que las fichas técnicas contienen las características y especificaciones técnicas o términos de referencia que debe tener determinado bien o servicio al momento de su entrega o prestación a la Entidad. La cantidad, lugar, fecha y forma de entrega o prestación y demás condiciones serán establecidas en las Bases del proceso. 27. Asimismo, el numeral 6.11 del precitado Capítulo VI, detalla los alcances de aplicación de la modalidad especial de selección por subasta inversa, señalando que las Bases de un proceso bajo dicha modalidad deberán contener lo establecido en el artículo 92 del Reglamento [cfr. art. 80 del Nuevo Reglamento] y lo/requisitos que tienen estricta relación con la habilitación de un postor para participar en el proceso de selección y cumplir con el objeto de la contratación. (Resolución N.º 0305-2016-TCE-S4, de 10-03-2016, ff. 26 y 28. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2OJMYnw>).

§ 1562. En el proceso de selección bajo la modalidad de Subasta Inversa los bienes y servicios se encuentran predefinidos en la ficha técnica. Véase la jurisprudencia del artículo 26º de la Ley [§ 481]. (Resolución N.º 0305-2016-TCE-S4, de 10-03-2016, f. 40. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2OJMYnw>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1563. La figura de rechazo de ofertas no es aplicable para los procedimientos de selección de Subasta Inversa Electrónica Corporativa. CONSULTA: 2.2. “El artículo 47º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que el rechazo de ofertas no se puede aplicar en el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica. ¿El rechazo de ofertas tampoco aplica en el caso de la Subasta Inversa Electrónica Corporativa (regulada en la Directiva N.º 018-21016-OSCE/CD como un procedimiento distinto a la Subasta Inversa Electrónica)?” [...] 3. CONCLUSIONES: [...] 3.3. La figura de “Rechazo de ofertas” no es aplicable para los procedimientos de selección de Subasta Inversa Electrónica; en consecuencia, no resulta aplicable al mecanismo de contratación de Subasta Inversa Electrónica Corporativa, regulada por la Directiva N.º 018-2016-OSCE/CD “Procedimiento de Selección de Subasta Inversa Electrónica Corporativa” [cfr. Directiva N.º 006-2019-OSCE/CD (D-005)]. (Opinión N.º 106-2017/DTN, de 26-04-2017, ff. 2.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ps6EBD>).

§ 1564. Normativa aplicable a los procedimientos de Subasta Inversa Electrónica Corporativa. Véase la jurisprudencia del artículo 26º de la Ley [§ 482]. (Opinión N.º 106-2017/DTN, de 26-04-2017, ff. 2.1, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ps6EBD>).

REMISIÓN

§ 1564a. Sobre la subasta inversa electrónica. Véase también la jurisprudencia del artículo 26 de la Ley [§ 481 ss.] y de la Directiva N.º 006-2019-OSCE/CD [§ 2218 ss.].

Artículo 111: Obligatoriedad

111.1. La contratación a través de la Subasta Inversa Electrónica es obligatoria a partir del día calendario siguiente de publicadas las fichas técnicas en el SEACE, siempre que dicho bien y/o servicio no se encuentre incluido en los Catálogos Electrónicos de los Acuerdo Marco. En caso el bien o servicio a contratar también se encuentre incluido en los Catálogos Electrónicos de los Acuerdos Marco, la Entidad evalúa y determina la alternativa que resulte más eficiente para el cumplimiento de sus objetivos.

111.2. Las Entidades pueden emplear un procedimiento de selección distinto a la Subasta Inversa Electrónica, para lo cual obtienen previamente la autorización de PERÚ COMPRAS, antes de efectuar la contratación, debiendo adjuntar un informe técnico que justifique su necesidad, conforme a las disposiciones que determine dicha Entidad.

111.3. En caso que, con anterioridad a la publicación de las fichas técnicas, una Entidad haya convocado un procedimiento de selección sobre los mismos bienes y servicios, continúa con dicho procedimiento.

Artículo 112: Etapas de la Subasta Inversa Electrónica

112.1. El procedimiento de Subasta Inversa Electrónica tiene las siguientes etapas:

- a) Convocatoria.
- b) Registro de participantes, registro y presentación de ofertas.
- c) Apertura de ofertas y periodo de lances.
- d) Otorgamiento de la buena pro.

112.2. La habilitación del postor se verifica en la etapa de otorgamiento de la buena pro.

112.3. El desarrollo del procedimiento de selección, a cargo de las Entidades, se sujeta a los lineamientos y a la documentación de orientación que emita el OSCE.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1565. Los actos impugnables a través del recurso de apelación resultan aplicables a los procesos convocados bajo la modalidad de subasta inversa, ya sea de manera presencial o electrónica, e independientemente del objeto de contratación del proceso. Véase la jurisprudencia del artículo 119° del Nuevo Reglamento [§ 1579]. (Opinión N.º 003-2012/DTN, de 09-01-2012, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RF0HSl>).

CAPÍTULO XI CATÁLOGOS ELECTRÓNICOS DE ACUERDOS MARCO

Artículo 113: Definición

De conformidad con lo previsto en el artículo 31 de la Ley, la contratación a través de Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco se realiza sin mediar procedimiento de selección, siempre y cuando los bienes y/o servicios formen parte de dichos catálogos. El acceso a los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco se realiza en forma electrónica, a través del SEACE.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1566. Las contrataciones realizadas a través de un Acuerdo Marco están sujetas a la prohibición de mencionar marcas o tipos de productos determinados en la descripción del bien o servicio contenido en el requerimiento (art. 29.4). [...] 2.2. Por su parte, respecto a la contratación de un bien y/o servicio por Acuerdo Marco, el primer párrafo del numeral 8.4.8.2 de la Directiva N.º 017-2012-OSCE/CD (en adelante la “Directiva”) “Directiva de Convenio Marco” [cfr. num. 10.1 de la Directiva N.º 007-2017-OSCE/CD (D-036)] indica que “Cuando el área usuaria *requiera* la contratación de un bien o servicio; en coordinación con el OEC, deberá consultar los Catálogos Electrónicos. Si el bien o servicio se encuentra en dichos Catálogos las Entidades, a través de dicho órgano, estarán obligadas a contratarlos.”

Como se aprecia, en una contratación bajo el método especial denominado [Acuerdo Marco], antes que el área usuaria ingrese al Catálogo Electrónico debe definir correctamente su requerimiento, es decir, identificar las especificaciones técnicas y/o términos de referencias, así como los aspectos comerciales que implique la contratación. **2.3.** De conformidad con lo expuesto, debe precisarse que el [Acuerdo Marco] no constituye una excepción a la prohibición de mención de marca o tipo de producto determinado en la descripción del bien o servicio contenido en el requerimiento, ya que dicha información puede motivar que la Entidad contrate con un determinado grupo de proveedores del Catálogo Electrónico sin mayor sustento. En ese sentido, el área usuaria al momento de definir el requerimiento para una contratación a través del [Acuerdo Marco], no deberá hacer referencia a marcas, nombres comerciales, patentes o cualquier otra descripción que oriente la contratación de un determinado proveedor, salvo que de forma previa la Entidad haya aprobado un proceso de estandarización. [...] (Opinión N.º 106-2016/DTN, de 14-07-2016, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DsAT3K>).

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 1567. Diferencia entre el objetivo de los procesos de selección clásicos con los procesos de selección convocados para generar un acuerdo marco. En primer término, resulta necesario señalar que la normativa de contrataciones del Estado consagra el derecho de las Entidades a determinar sus requerimientos de bienes, servicios y obras, en atención a las necesidades que deben satisfacer para el cumplimiento de sus fines. Así, [...] la Ley y el [...] Reglamento establecen que compete a las dependencias usuarias, conjuntamente con el órgano encargado de las contrataciones, determinar las características, cantidades y condiciones de los bienes, servicios u obras que requieran para la satisfacción de sus necesidades. En este contexto, [...] la Ley establece que para contratar tales bienes, servicios u obras, las Entidades deben realizar procesos de selección, los mismos que podrán encontrarse sujetos a las modalidades de subasta inversa o convenio marco. Ahora bien, debe tenerse presente que los procesos de selección convocados para generar un convenio marco tienen un objetivo distinto a los procesos de selección clásicos. Así, los procesos de selección clásicos tienen como objetivo identificar al proveedor que, por haber formulado la mejor propuesta en términos técnicos y económicos, suscribirá un contrato con la Entidad convocante del proceso, la que a partir de sus necesidades particulares estableció los requerimientos técnicos mínimos que debían cumplirse y los factores de evaluación que servirían para comparar las propuestas presentadas. Por su parte, [...] los procesos de selección convocados para generar un convenio marco tienen como objetivo evaluar a un determinado universo de proveedores que, por cumplir determinados requisitos, ofrecerán sus bienes o servicios a través de un catálogo electrónico que contendrá las condiciones en las que estos bienes o servicios serán ofrecidos, resultando importante resaltar que las condiciones ofrecidas por cada proveedor no se encontrarán sujetas a negociación y serán las mismas para todas las Entidades cuyos requerimientos coincidan con las citadas condiciones. (Pronunciamiento N.º 042-2011/DSU, de 29-11-2011, Observaciones N.º 44, 45 y 46. Dirección de Supervisión. Texto completo: <bit.ly/2TBFrKk>).

REMISIÓN

§ 1567a. Sobre los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. Véase también la jurisprudencia de la Directiva N.º 007-2017-OSCE/CD [§ 2266 ss.].

Artículo 114: Obligatoriedad

114.1. La contratación a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco resulta obligatoria desde el día de su entrada en vigencia, para lo cual el órgano encargado de las contrataciones verifica que dichos Catálogos contengan el bien y/o servicio que permita la atención del requerimiento y que se cuente con la disponibilidad de recursos.

114.2. En caso que, con anterioridad a la publicación del Catálogo Electrónico, una Entidad haya convocado un procedimiento de selección sobre los mismos bienes y servicios, continúa con dicho procedimiento. En caso de que dicho procedimiento sea declarado desierto, la contratación se efectúa a través del Catálogo Electrónico.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1568. **Inaplicación de la Directiva de Convenio Marco.** Conclusión. La normativa vigente de contrataciones del Estado, no contempla excepción alguna para la utilización de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, por tanto, el procedimiento previsto en la Directiva N.º 017-2012-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 007-2017-OSCE/CD (D-036)] no encuentra sustento en la normativa vigente, razón por la cual no resulta aplicable. (Opinión N.º 168-2016/DTN, de 14-10-2016, conclusión. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EupMYR>).

§ 1569. En las contrataciones realizadas a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco no resulta posible cualquier modificación en las condiciones inicialmente ofertadas, aun cuando estas pudiesen considerarse mejoras, ya que ello contravendría la naturaleza del Acuerdo Marco. Véase la jurisprudencia del artículo 34º de la Ley [§ 578] (Opinión N.º 177-2017/DTN, de 24-08-2017, ff. 2 y 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rxHraI>).

Artículo 115: Desarrollo de Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco

115.1. La implementación, extensión de la vigencia y gestión de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco está a cargo de PERÚ COMPRAS, y se sujeta a lo siguiente:

a) PERÚ COMPRAS establece el procedimiento para la implementación y/o extensión de la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, asimismo elabora y aprueba los documentos asociados que se registran en el SEACE.

b) Las reglas especiales del procedimiento y los documentos asociados establecen las condiciones que son cumplidas para la realización de las actuaciones preparatorias, las reglas del procedimiento de selección de ofertas, las condiciones a ser aplicadas durante la ejecución contractual, entre otros aspectos a ser considerados para cada Acuerdo Marco. Asimismo, las reglas especiales del procedimiento requieren al proveedor el cumplimiento de las exigencias previstas en normas especiales, tales como las normas tributarias y laborales, entre otras que resulten aplicables.

c) El proveedor que participe en el procedimiento se encuentra inscrito en el RNP, no se encuentra impedido, inhabilitado ni suspendido para contratar con el Estado.

d) Atendiendo a la naturaleza de cada Catálogo Electrónico de Acuerdos Marco, según corresponda, se puede exigir al proveedor la acreditación de experiencia, capacidad financiera, el compromiso de constituir una garantía de fiel cumplimiento durante la vigencia del Catálogo Electrónico, el compromiso de mantener determinado stock mínimo, entre otras condiciones que se detallan en los documentos del procedimiento.

e) Los Acuerdos Marco incluyen la cláusula anticorrupción prevista en el numeral 138.4 del artículo 138. El incumplimiento de lo establecido en la cláusula anticorrupción constituye causal de exclusión del total de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

f) El perfeccionamiento de un Acuerdo Marco entre PERÚ COMPRAS y los proveedores adjudicatarios, supone para estos últimos la aceptación de los términos y condiciones establecidos como parte de la convocatoria respecto a la implementación o extensión de la vigencia para formar parte de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, entre las cuales pueden establecerse causales de suspensión, exclusión, penalidades, u otros.

g) PERÚ COMPRAS puede efectuar la revisión aleatoria de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco durante su vigencia, estando facultada para solicitar a los proveedores adjudicatarios y a las Entidades la

información que considere necesaria o actuar de oficio para gestionar su contenido. Los proveedores adjudicatarios y las Entidades brindan dicha información en el plazo y la forma requerida bajo responsabilidad.

h) Las entidades que contraten a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco son responsables de aplicar las reglas establecidas en el respectivo Acuerdo Marco.

i) Un proveedor adjudicatario puede rechazar una solicitud de cotización cuando la Entidad mantenga retrasos en el pago de deudas derivadas de cualquier tipo de obligación con dicho proveedor, retrasos en el pago de las obligaciones asumidas en los Catálogos Electrónicos frente a otro proveedor adjudicatario, u otros casos que se determinen en los documentos asociados a la convocatoria.

j) El plazo de vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco es especificado en los documentos de la convocatoria, tanto para su implementación como para la extensión de su vigencia.

k) Las entidades pueden exceptuarse de la obligación de contratar los bienes y/o servicios de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, en caso verifiquen en el mercado la existencia de condiciones más ventajosas, las cuales son objetivas y demostrables, para lo cual obtienen previamente la autorización de PERÚ COMPRAS, bajo sanción de nulidad

l) Toda contratación que las entidades realicen a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco lleva un expediente de contratación aprobado.

115.2. PERÚ COMPRAS aprueba disposiciones complementarias para la implementación, extensión de la vigencia y gestión de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

115.3. Las controversias que surjan de las actuaciones de la gestión de operatividad tales como la inclusión y exclusión de fichas-producto, inclusión y exclusión de ofertas, e inclusión y exclusión de proveedores de un Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco, son resueltas por PERÚ COMPRAS. (a) (b)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

- (a) Véase la Directiva N.º 007-2017-OSCE/CD, "Disposiciones aplicables a los catálogos electrónicos de acuerdos marco" (EP, 02-04-2017) [D-036].
- (b) Véase la Resolución Jefatural N.º 080-2018-PERU COMPRAS (EP, 11-08-2018), que aprueba la Directiva N.º 007-2018-PERÚ COMPRAS, denominada "Directiva para la incorporación de nuevos proveedores en los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco vigentes". Texto completo: <bit.ly/2EpDBYs>.

DEFINICIONES

DOCUMENTOS ASOCIADOS: Documentos elaborados y aprobado por Perú Compras, que contienen: i) reglas, requisitos, plazos, criterios de admisión y evaluación, texto del Acuerdo Marco, entre otros, que se aplican para los procedimientos de selección de proveedores, ii) reglas especiales para la contratación a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco, y, iii) reglas para la extensión de vigencia, incorporación de proveedores u otras similares. Estas reglas pueden ser puestas a disposición a través de manuales, guías, instructivos u otros que sean aplicables.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1570. Los contratos a través de los Catálogos Electrónicos del Acuerdo Marco deben prever como parte de sus términos y condiciones, el plazo de entrega o ejecución, según corresponda.

CONSULTA: 2.1. "... [S]olicitó absuelva la consulta respecto a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico del Acuerdo Marco: (i) éste tipo de contrato debe incluirse en el Plan Anual de Contrataciones de la Entidad". [...] **2.2.** "... (ii) Se pueden establecer fechas de entrega de los bienes y servicios contratados". [...] **2.3.** "... (ii) [Es] factible la aplicación de penalidades, aunque no se haya suscrito un contrato." [...] **3. CONCLUSIONES. 3.1.** Las contrataciones de bienes o servicios realizadas a través de los Catálogos Electrónicos del Acuerdo Marco deben encontrarse incluidas en el Plan Anual de Contrataciones; salvo que su monto sea igual o menor a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). **3.2.** Las contrataciones de bienes o servicios que se realicen a través de los Catálogos Electrónicos del Acuerdo Marco, deben prever como parte de sus términos y condiciones, el plazo de entrega o ejecución, según corresponda. **3.3.** En aquellas contrataciones realizadas a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, cuando el contratista se retrase injustificadamente en la ejecución de las prestaciones a su cargo, corresponde que la "Entidad contratante" le aplique de forma automática la



penalidad por mora, conforme a lo previsto en el artículo 133 del Reglamento, independientemente del instrumento mediante el cual se haya perfeccionado dicha contratación (orden de compra u orden de servicio). 3.4. Conforme a lo previsto en el literal b) del numeral 83.1 del artículo 83 del Reglamento [cfr. art. 115.1.b del Nuevo Reglamento], cada Acuerdo Marco puede describir o especificar aquellas situaciones ante cuales un proveedor incurre en “retraso injustificado”; asimismo, en dicho documento se podrían prever determinadas circunstancias especiales que ameriten la aplicación de “otro tipo de penalidades”, siempre que ello se realice en atención a la naturaleza y/o particularidades de cada bien o servicio ofertado en los Catálogos Electrónicos y se respeten los criterios de objetividad, razonabilidad y congruencia. (Opinión N.º 139-2017/DTN, de 23-06-2017, ff. 2.1, 2.3, 3.1, 3.2, 3.3 y 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2B1bufi>).

§ 1571. **Las contrataciones de bienes o servicios realizadas a través de los Catálogos Electrónicos del Acuerdo Marco deben encontrarse incluidas en el Plan Anual de Contrataciones, salvo que su monto sea igual o menor a 8 UIT.** 2.1. “... solicito absuelva la consulta respecto a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico del Acuerdo Marco: (i) este tipo de contrato debe incluirse en el Plan Anual de Contrataciones de la Entidad” (Sic). 2.1.1. En primer lugar, debe señalarse que el artículo 81 del Reglamento [cfr. art. 113 del Nuevo Reglamento] establece que “... la contratación a través de Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco se realiza sin mediar procedimiento de selección, siempre y cuando los bienes y/o servicios formen parte de dichos catálogos. El acceso a los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco se realiza en forma electrónica, a través del SEACE.” Asimismo el artículo 82 del Reglamento [cfr. art. 114 del Nuevo Reglamento] señala que la contratación a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco resulta obligatoria desde el día de su entrada en vigencia, para lo cual el órgano encargado de las contrataciones verifica que dichos Catálogos contengan el bien y/o servicio que permita la atención del requerimiento formulado y que se cuenta con la disponibilidad de recursos. Como puede apreciarse, la normativa de contrataciones ha previsto la obligación, de utilizar los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco cuando los bienes y/o servicios a contratar se encuentren incluidos en estos, sin establecer excepción alguna al respecto. 2.1.2. Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley y el artículo 5 del Reglamento [cfr. art. 6 del Nuevo Reglamento], todas las Entidades se encuentran en la obligación de elaborar su Plan Anual de Contrataciones (PAC), en el cual se deben prever las contrataciones de bienes, servicios en general, consultoría y obras cubiertas con el Presupuesto Institucional de Apertura y el valor referencial de tales contrataciones, con independencia de que se sujeten al ámbito de aplicación de la Ley o no, y de su fuente de financiamiento. En relación con lo anterior, el literal f) del numeral 7.3 de la Directiva N.º 005-2017-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 002-2019-OSCE/CD (D-025)] “Plan Anual de Contrataciones”, establece que el PAC debe contener “Las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico del Acuerdo Marco, salvo que el monto de la contratación sea igual o inferior a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias.” En tal sentido, las contrataciones de bienes o servicios realizadas a través del Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco deben encontrarse incluidas en el Plan Anual de Contrataciones; salvo que su monto sea igual o menor a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). (Opinión N.º 139-2017/DTN, de 23-06-2017, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2B1bufi>).

§ 1572. **La Entidad de la Central de Compras Públicas puede establecer parámetros como el monto mínimo de contratación por parte de las entidades y montos mínimos de atención por parte de los proveedores.** CONSULTA: “Si, en el marco de la normativa de contratación pública expresada en el literal b) del artículo 83 del Reglamento [cfr. art. 115.b. del Nuevo Reglamento] de la Ley de Contrataciones con el Estado aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF modificada por el Decreto Supremo N.º 056-2017 concordante con lo establecido en el sub numeral 8.1 de la Directiva N.º 007-2017-OSCE/CD, ¿Es viable que la Central de Compras Públicas-PERÚ COMPRAS, establezca parámetros como el monto mínimo de contratación por parte de las entidades y montos mínimos de atención por parte de los proveedores?” [...] 2.2. Sobre el particular, corresponde señalar que el artículo 83 del Reglamento dispone que la implementación o extensión de la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco se encuentra a cargo de PERÚ COMPRAS, y se sujeta a las disposiciones establecidas en dicho artículo. Así,

una de las disposiciones contenidas en el artículo antes citado, es la prevista en su literal b), el cual dispone que *“Las reglas especiales del procedimiento establecen las condiciones que deben cumplirse para la realización de las actuaciones preparatorias, las reglas del procedimiento, las condiciones a ser aplicadas durante la ejecución contractual, entre otros aspectos a ser considerados para cada acuerdo marco (...)”*. (El resaltado es agregado). En esa misma línea, la Directiva N.º 007-2017-OSCE/CD [D-036], que establece las Disposiciones Aplicables a los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco (en adelante, “la Directiva”), y cuyos lineamientos generales debe observar PERÚ COMPRAS para el cumplimiento de sus funciones, dispone a través del numeral 8.1 de su acápite VIII, lo siguiente: “Los procedimientos señalados en el numeral 7.1 de la Directiva se rigen por las reglas especiales establecidas en los documentos del procedimiento que para el efecto desarrollará PERÚ COMPRAS, las cuales incluirán el plazo de vigencia de los Catálogos Electrónicos, entre otros aspectos. (...)”. (El resaltado es agregado). Como se aprecia de las disposiciones expuestas, la normativa de contrataciones del Estado dispone que PERÚ COMPRAS, en el marco de sus competencias funcionales, se encuentra a cargo de la implementación y extensión de la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco; siendo que, entre otras funciones, dicha Entidad establece las reglas especiales en los documentos de los procedimientos que desarrolla para cumplir tal fin. Estos procedimientos son i) Creación de nuevos Catálogos Electrónicos; ii) nueva Convocatoria para la incorporación de proveedores en un Catálogo existente; iii) convocatoria para la renovación de un Catálogo e incorporación de nuevos proveedores; y, iv) otros necesarios para la implementación o extensión de la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco. Para tal efecto, sobre los procedimientos a cargo de PERÚ COMPRAS, el segundo párrafo del numeral 8.2 del acápite VIII de la Directiva establece lo siguiente: “Atendiendo a la naturaleza de cada Catálogo Electrónico de Acuerdos Marco se puede exigir al proveedor la acreditación de experiencia, capacidad financiera, el compromiso de constituir una garantía de fiel cumplimiento durante la vigencia del Catálogo Electrónico, el compromiso de mantener determinado stock mínimo, entre otras condiciones que se detallen en los documentos del procedimiento”. (El subrayado es agregado). De esta manera, puede advertirse que PERÚ COMPRAS, en el marco de los procedimientos que se encuentran a su cargo, y conforme a sus competencias funcionales, puede establecer reglas especiales en los documentos de los procedimientos para la implementación o extensión de la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco; para lo cual, atendiendo a la naturaleza de cada Catálogo, podrá exigir el cumplimiento de las condiciones previstas en la Directiva, así como otras condiciones que resulten necesarias y que detalle en los documentos del procedimiento respectivo. 2.3. En este punto, es importante tomar en consideración que la finalidad de la normativa de contrataciones del Estado está orientada a maximizar el valor de los recursos públicos, bajo un enfoque de gestión por resultados en las contrataciones públicas; de manera tal que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitiendo el cumplimiento de los fines públicos y una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos. Por tanto, conforme al marco de sus competencias funcionales, PERÚ COMPRAS establece las reglas especiales en los documentos de los procedimientos a su cargo para la implementación o extensión de la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco; siendo que, en atención a la naturaleza de cada Catálogo, dicha Entidad puede exigir el cumplimiento de las condiciones previstas en la Directiva, entre otras condiciones que resulten necesarias y que detalle en los documentos del procedimiento respectivo, por lo que puede establecer parámetros como “el monto mínimo de contratación por parte de las entidades y montos mínimos de atención por parte de los proveedores”, según lo considere pertinente para alcanzar los objetivos y fines públicos que persigue la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 070-2018/DTN, de 24-05-2018, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DLgXtB>).

§ 1573. Perú Compras establece las reglas especiales relativas a la implementación o extensión de la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco. CONSULTA: 2.1. *“¿Se puede incluir como requisito de admisibilidad a los proveedores, en los procesos para la implementación de Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, una carta expedida por la Marca, representante de Marca, fabricante, dueño de Marca, en donde acredite que dicho proveedor se encuentra autorizado a comercializar sus productos?”*. [...] 2.1.3. [R]especto a las reglas especiales que establece PERÚ COMPRAS para los procedimientos relativos a la implementación y extensión de la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, el

segundo párrafo del numeral 8.2 del acápite VIII de la Directiva [N.º 007-2017-OSCE/CD (D-036)] dispone lo siguiente: “Atendiendo a la naturaleza de cada Catálogo Electrónico de Acuerdos Marco se puede exigir al proveedor la acreditación de experiencia, capacidad financiera, el compromiso de constituir una garantía de fiel cumplimiento durante la vigencia del Catálogo Electrónico, el compromiso de mantener determinado stock mínimo, entre otras condiciones que se detallen en los documentos del procedimiento”. (El subrayado es agregado). En esa medida, se desprende que como parte de las competencias que tiene PERÚ COMPRAS respecto de los procedimientos que se encuentran a su cargo, dicha Entidad establece reglas especiales relativas a la implementación o extensión de la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco, pudiendo exigir -en atención a la naturaleza de cada Catálogo- que el proveedor acredite el cumplimiento de las condiciones previstas en la Directiva, así como otras condiciones que resulten necesarias y que detalle en los documentos del procedimiento respectivo. Sobre el particular, cabe anotar que la finalidad de la normativa de contrataciones del Estado está orientada a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de manera tal que estas se realicen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad; en razón de lo cual, el ejercicio de las atribuciones que dicha normativa le confiere a PERÚ COMPRAS -por ejemplo, establecer condiciones exigibles a los proveedores como parte de las reglas especiales de los procedimientos que se encuentran a su cargo- debe contribuir a la eficiencia y transparencia de la contratación pública. Por tanto, considerando que PERÚ COMPRAS establece las reglas especiales de los procedimientos relativos a la implementación o extensión de la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco y en atención a la naturaleza de cada Catálogo, dicha Entidad puede exigir que los proveedores acrediten el cumplimiento de determinadas condiciones que resulten pertinentes de acuerdo al procedimiento respectivo -tales como, por ejemplo, requisitos de admisibilidad a los proveedores-, a fin de garantizar los objetivos y fines públicos que subyacen a toda contratación estatal. Por el rol que cumple Perú Compras, dicha Entidad analiza el funcionamiento del mercado de diversos objetos; por tanto, a fin de garantizar que las entidades adquieran bienes y servicios de calidad y promover la participación de proveedores formales, le compete establecer las condiciones que correspondan en los procedimientos a su cargo que coadyuven al logro de tales objetivos. (Opinión N.º 120-2018/DTN, de 16-08-2018, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EdsnXV>).

§ 1574. Contrataciones según el procedimiento de Grandes Compras a través del Catálogo Electrónico de Acuerdos Marco. CONSULTA: *De acuerdo a nuestra proyección de gasto para la contratación de pasajes aéreos a través del Catálogo Electrónico del Acuerdo Marco durante el año 2017, estaríamos superando los S/. 400, 000 soles anuales; motivo por el cual, agradeceré que nos indique a brevedad posible, si dada la situación expuesta y el numeral 10.1 de la Directiva N.º 027-2016-OSCE/CD [cfr. numeral 10.1 de la Directiva N.º 007-2017-OSCE/CD (D-036)], nos correspondería convocar el procedimiento de selección respectivo, o si debo entender que cada contratación de pasaje aéreo es “un servicio” y por lo tanto, al no superar el límite presupuestal establecido en la citada normativa, podría contratar todos los pasajes aéreos a través del Catálogo Electrónico del Acuerdo Marco, administrado por la Central de Compras Públicas - Perú Compras” (sic).* 3. CONCLUSIÓN. A la fecha, en caso una Entidad requiera contratar bienes o servicios que si bien están incluidos en el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco, representan una contratación por un monto correspondiente a una Licitación Pública o Concurso Público (s/. 400,000.00), deberá convocarse el procedimiento de selección respectivo, en tanto PERU COMPRAS publique el comunicado que informa sobre la implementación del módulo de Grandes Compras en el Catálogo Electrónico de Acuerdos Marco. (Opinión N.º 052-2017/DTN, de 21-02-2017, f. 3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CzVRwa>).

NOTA: Véase la Resolución Jefatural N.º 080-2018-PERU COMPRAS (EP, 11-08-2018), que aprueba la Directiva N.º 007-2018-PERÚ COMPRAS, denominada “Directiva para la incorporación de nuevos proveedores en los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco vigentes”. Texto completo: <bit.ly/2EpDBYs>.

REMISIÓN

§ 1574a. Sobre las disposiciones aplicables a los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. Véase también la jurisprudencia de la Directiva N.º 007-2017-OSCE/CD [§ 2266 ss.].

Artículo 116: Causales de exclusión de proveedores adjudicatarios de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco

Un proveedor adjudicatario es excluido de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, en los siguientes casos:

- a) Cuando esté impedido para contratar con el Estado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley.
- b) Cuando esté suspendido, inhabilitado temporal o definitivamente para contratar con el Estado. Su exclusión es permanente durante la vigencia de la suspensión o inhabilitación.
- c) Cuando no cuente con inscripción vigente en el RNP. En este caso su exclusión es aplicable durante el tiempo que no cuente con dicha inscripción.
- d) Cuando se incumpla las condiciones expresamente contempladas en el Acuerdo Marco, en cuyo caso la exclusión se efectúa conforme a las consideraciones establecidas en dicho acuerdo.

TÍTULO VI SOLUCIONES DE CONTROVERSIAS DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Artículo 117: Competencia

117.1. En procedimientos de selección cuyo valor estimado o valor referencial sea igual o menor a cincuenta (50) UIT, el recurso de apelación se presenta ante la Entidad convocante, y es conocido y resuelto por su Titular. Cuando el valor estimado o valor referencial del procedimiento de selección sea mayor a dicho monto o se trate de procedimientos para implementar o extender Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, el recurso de apelación se presenta ante y es resuelto por el Tribunal.

117.2. En los procedimientos de selección según relación de ítems, incluso los derivados de uno desierto, el valor estimado o valor referencial total del procedimiento original determina ante quién se presenta el recurso de apelación.

117.3. Con independencia del valor estimado o valor referencial del procedimiento de selección, según corresponda, la declaración de nulidad de oficio o la cancelación del procedimiento se impugnan ante el Tribunal.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

§ 1575. No existe legalmente en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de plantear una solicitud, pedido o recurso de nulidad de una resolución del OSCE, por tanto, al amparo de la LPAG, las solicitudes de nulidad formuladas por los postores deben ser planteadas con el recurso de apelación ante el Tribunal o la Entidad. 6. la norma especial sobre contrataciones estatales, establece que el único recurso para impugnar las decisiones adoptadas hasta antes de la celebración del contrato, es el recurso de apelación y la resolución emitida por el Tribunal, agota la vía administrativa. [...] En consecuencia, no existe legalmente en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de plantear una solicitud, pedido o recurso de nulidad de una resolución de este Tribunal. Por tanto, al amparo



de los artículos 10 y 11 de la LPAG, las solicitudes de nulidad formuladas por los postores deben ser planteadas con el recurso de apelación ante este Tribunal o la Entidad, según corresponda. 7. En ese sentido, en el caso que los administrados consideren que la resolución emitida por este Tribunal les causa agravio, corresponde que interpongan la acción contencioso administrativo ante el Poder Judicial, tal como establece el artículo 148 de la Constitución Política del Perú [...] [La] Ley que regula el proceso contencioso administrativo que establece que “En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente: 1. la declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos” y que “Es requisito para la procedencia de la demanda el agotamiento de la vía administrativa conforme a las reglas establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General o por normas especiales” [...]. (Resolución N.º 0003-2017-TCE-S3, de 03-01-2017, ff. 6 y 7. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2GVOzYS>).

REMISIÓN

§ 1575a. **Sobre los recursos administrativos.** Véase también la jurisprudencia del artículo 41º de la Ley [§ 650 ss.].

Artículo 118: Actos no impugnables

No son impugnables:

- a) Las actuaciones materiales relativas a la planificación de las contrataciones.
- b) Las actuaciones preparatorias de la Entidad convocante, destinadas a organizar la realización de procedimientos de selección.
- c) Los documentos del procedimiento de selección y/o su integración.
- d) Las actuaciones materiales referidas al registro de participantes.
- e) Las contrataciones directas.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1576. Para que un recurso de apelación sea procedente, este debe ser interpuesto por un participante o un postor, contra aquellos actos dictados durante el desarrollo del proceso, sean estos con anterioridad o posterioridad al otorgamiento de la Buena Pro y hasta antes de celebrarse el contrato. CONSULTA: “(...) Puede ser procedente una apelación solicitando sea admitido como postor, cuando de acuerdo a la normativa solo pueden apelar aquellos que han sido postores y/o hayan quedado descalificados, por lo que en ninguno de los extremos habla de que puede apelar una persona jurídica cuya propuesta no fue tomada por no presentada”. CONCLUSIONES: 3.1. Un participante puede interponer recurso de apelación contra la decisión del comité especial de tener por no presentada su propuesta así como respecto de aquellos actos que afecten de manera directa la presentación de la misma; los que en ningún caso deben versar sobre las materias no impugnables establecidas en el artículo 106 del Reglamento [cfr. art. 118 del Nuevo Reglamento]. 3.2. Para que un recurso de apelación sea procedente, la Entidad debe verificar que no se presente ninguno de los supuestos previstos en el artículo 111 del Reglamento [cfr. art. 123 del Nuevo Reglamento]. (Opinión N.º 124-2015/DTN, de 07-08-2015, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FicEGS>).

Artículo 119: Plazo de interposición

119.1. La apelación contra el otorgamiento de la buena pro o contra los actos dictados con anterioridad a ella se interpone dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro. En el caso de Adjudicaciones Simplificadas, Selección de Consultores Individuales y Com-

paración de Precios, la apelación se presenta dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro. En el caso de Subasta Inversa Electrónica, el plazo para la interposición del recurso es de cinco (5) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro, salvo que su valor estimado o referencial corresponda al de una Licitación Pública o Concurso Público, en cuyo caso el plazo es de ocho (8) días hábiles. En caso del procedimiento de implementación o extensión de vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, el plazo para la interposición del recurso es de ocho (8) días hábiles siguientes de publicado los resultados de la adjudicación.

119.2. La apelación contra los actos dictados con posterioridad al otorgamiento de la buena pro, contra la declaración de nulidad, cancelación y declaratoria de desierto del procedimiento, se interpone dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse tomado conocimiento del acto que se desea impugnar. En el caso de Adjudicaciones Simplificadas, Selección de Consultores Individuales y Comparación de Precios, el plazo es de cinco (5) días hábiles siguientes de tomado conocimiento del acto que se desea impugnar. En el caso de Subasta Inversa Electrónica, el plazo para la interposición del recurso es de cinco (5) días hábiles siguientes de tomado conocimiento del acto que se desea impugnar, salvo que su valor estimado o referencial corresponda al de una Licitación Pública o Concurso Público, en cuyo caso el plazo es de ocho (8) días hábiles.

119.3. El plazo para interponer el recurso de apelación en el caso de un procedimiento derivado de uno declarado desierto se rige por las disposiciones del nuevo procedimiento que se convoque.

119.4. Los plazos indicados resultan aplicables a todo recurso de apelación, sea que se interponga ante la Entidad o ante el Tribunal, según corresponda. ⁽¹⁾

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

(1) Rectificado por fe de erratas (12-01-2019)

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1577. Improcedencia de recursos de apelación por extemporaneidad. [...] [Los] vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado acordaron por mayoría aprobar el siguiente ACUERDO de Sala Plena: **1.** Respecto a los recursos de apelación formulados contra el otorgamiento de la buena pro o los actos dictados con anterioridad a ella: **a)** En el caso de la licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, subasta inversa electrónica, selección de consultores individuales y comparación de precios, para contratar bienes, servicios en general y obras, el plazo para impugnar se debe computar a partir del día siguiente de la notificación de la buena pro a través del SEACE, aun cuando ésta pueda haberse efectuado en acto público. **b)** En el caso de concursos públicos para contratar consultorías en general y consultorías de obra, el cómputo del plazo para impugnar se considera a partir del día siguiente de efectuado el acto público en el que se otorgó la buena pro, independientemente de la fecha de publicación en el SEACE. **c)** En el caso de la adjudicación simplificada para la contratación de consultorías de obras y consultorías en general, el cómputo del plazo para impugnar se considera a partir del día siguiente de efectuado el acto público en el que se otorgó la buena pro o de su notificación a través del SEACE, dependiendo de lo que se haya establecido en las bases. **2.** El presente Acuerdo de Sala Plena será de aplicación a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano. (Acuerdo N.º 03-2017-TCE, de 26-05-2017. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. [EP, 09-06-2017, p. 32]. Texto completo: <bit.ly/2PKGRVA>).

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1578. Reglas en torno al plazo de interposición del recurso de apelación, según la normativa en contrataciones con el Estado. **14.** [La] normativa de contrataciones estatales en el artículo 97 del Reglamento [Decreto Supremo N.º 350-2015-EF] [cfr. art. 119 del Nuevo Reglamento], establece claramente dos (2) reglas distintas en torno al plazo para interponer recurso de apelación, en el caso de las Adjudicaciones Simplificadas (procedimiento de selección materia de análisis): (i) Si la impugnación se



dirige contra el otorgamiento de la buena pro o contra actos dictados con anterioridad a ella la apelación debe interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro. (ii) En cambio, si lo que se cuestiona son actos dictados con posterioridad al otorgamiento de la buena pro, contra la declaración de nulidad, cancelación y declaratoria de desierto del procedimiento, la apelación debe interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de haberse tomado conocimiento del acto que se desea impugnar. (Resolución N.º 0003-2017-TCE-S3, de 03-01-2017, f. 14. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2GVOzYS>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1579. Los actos impugnables a través del recurso de apelación resultan aplicables a los procesos convocados bajo la modalidad de subasta inversa, ya sea de manera presencial o electrónica, e independientemente del objeto de contratación del proceso. CONSULTA: 2.1. *“¿Es impugnable a la luz de lo prescrito en el artículo 105º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, un proceso de selección por subasta inversa electrónica para el suministro de combustible realizada a través del portal del SEACE?”*. [...] [A] efectos de impugnar los actos dictados durante el desarrollo de un proceso de selección bajo la modalidad de subasta inversa, deben observarse los requisitos, trámites y garantías establecidos en el Capítulo XII del Título II del Reglamento [...], referido a la solución de controversias durante el proceso de selección. En tal sentido, el artículo 105 del Reglamento [cfr. art. 119 del Nuevo Reglamento]-que establece de manera taxativa los actos impugnables a través del recurso de apelación- resulta aplicable a los procesos convocados bajo la modalidad de subasta inversa, ya sea de manera presencial o electrónica, e independientemente del objeto de contratación del proceso. (Opinión N.º 003-2012/DTN, de 09-01-2012, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RF0HSL>).

§ 1580. Acciones a adoptar por parte de la Entidad ante la presentación de solicitudes de nulidad por parte de los participantes y/o postores, bajo argumentos que deberían ser objeto de un recurso de apelación. Véase la jurisprudencia del artículo 44º de la Ley [§ 700]. (Opinión N.º 039-2018/DTN, de 23-03-2018, ff. 2, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AJ2gnV>).

Artículo 120: Efectos de la Interposición

120.1. La interposición del recurso de apelación suspende el procedimiento de selección. Si el procedimiento de selección fue convocado según relación de ítems, la suspensión afecta únicamente al ítem impugnado. Son nulos los actos expedidos con infracción de lo establecido en el presente numeral.

120.2. La interposición del recurso de apelación no suspende el procedimiento para la incorporación de proveedores a los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco ni el procedimiento de extensión de vigencia de dichos catálogos.

120.3. Tanto la Entidad como el Tribunal, según corresponda, informa de la interposición del recurso de apelación a través de su registro en la ficha del procedimiento de selección obrante en el SEACE, el mismo día de su interposición.

Artículo 121: Requisitos de admisibilidad

El recurso de apelación cumple con los siguientes requisitos:

a) Ser presentado ante la Unidad de Trámite Documentario de la Entidad o Mesa de Partes del Tribunal, según corresponda. El recurso de apelación dirigido al Tribunal puede presentarse ante las oficinas des-concentradas del OSCE, las que lo derivan a la Mesa de Partes del Tribunal al día siguiente de su recepción.

b) Identificación del impugnante, debiendo consignar su nombre y número de documento oficial de identidad, o su denominación o razón social y número de Registro Único de Contribuyentes, según co-

responda. En caso de actuación mediante representante, se acompaña la documentación que acredite tal representación. Tratándose de consorcios, el representante común interpone el recurso de apelación a nombre de todos los consorciados.

- c) Identificar la nomenclatura del procedimiento de selección del cual deriva el recurso.
- d) El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se solicita, y sus fundamentos.
- e) Las pruebas instrumentales pertinentes.
- f) La garantía por interposición del recurso.
- g) Copia simple de la promesa de consorcio cuando corresponda.
- h) La firma del impugnante o de su representante. En el caso de consorcios basta la firma del representante común señalado como tal en la promesa de consorcio.

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1581. **Precisión respecto al pago de la tasa en recursos de apelación.** Vista la propuesta formulada por el señor Presidente, el Tribunal, luego del análisis y debate correspondiente, por unanimidad, ACORDÓ: Precisar a los operadores de la normativa de contratación estatal, que, en el caso de la interposición de recursos de apelación, referidos a procesos de selección convocados a partir del 04.03.2007, no será exigible la presentación del comprobante de pago de la tasa para su tramitación. (Acuerdo N.º 004-2007-TCE, de 27-03-2007. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. Texto completo: <bit.ly/2DBOshY>).

§ 1582. **El Tribunal de Contrataciones del Estado carece de competencia para conocer los recursos de revisión relacionados a procesos de selección convocados por PETROPERÚ, a partir del 31 de diciembre de 2016.** Véase la jurisprudencia del artículo 257º del Nuevo Reglamento [§ 2087]. (Acuerdo N.º 04-2017-TCE, de 06-06-2017. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. [ER 09-06-2017, p. 34]. Texto completo: <bit.ly/2Qgh9y>).



Artículo 122: Trámite de admisibilidad

Independientemente que sea interpuesto ante la Entidad o ante el Tribunal, el trámite de admisibilidad del recurso de apelación es el siguiente:

a) El análisis referido a la conformidad de los requisitos de admisibilidad se realiza en un solo acto, al momento de la presentación del recurso de apelación, por la Unidad de Trámite Documentario de la Entidad, por la Mesa de Partes del Tribunal o por las Oficinas Desconcentradas del OSCE, según corresponda. La Mesa de Partes del Tribunal y las Oficinas Desconcentradas del OSCE notifican en el acto de recepción, las observaciones y el plazo de subsanación, las que son publicadas en el SEACE al momento de registrar el recurso de apelación.

b) Los requisitos de admisibilidad indicados en los literales c) y h) del artículo precedente son consignados obligatoriamente en el primer escrito que se presente; de lo contrario, el recurso es rechazado por la Unidad de Trámite Documentario de la Entidad, por la Mesa de Partes del Tribunal o por las Oficinas Desconcentradas del OSCE.

c) La omisión de los requisitos señalados en los literales b), d), e), f) y g) del artículo precedente es subsanada por el apelante dentro del plazo máximo de dos (2) días hábiles contados desde el día siguiente de la presentación del recurso de apelación. Este plazo es único y suspende todos los plazos del procedimiento de impugnación.

d) Transcurrido el plazo indicado en el literal anterior sin que se verifique el cumplimiento de los requisitos previstos en el mismo, el recurso de apelación se considera como no presentado, publicándose esta condición en el SEACE, sin necesidad de pronunciamiento alguno y los recaudos se ponen a disposición

del apelante para que los recabe en la Unidad de Trámite Documentario de la Entidad, en la Mesa de Partes del Tribunal, o en las Oficinas Desconcentradas del OSCE, según corresponda.

Si la Entidad o el Tribunal, según sea el caso, advierte que el recurso de apelación no contiene alguno de los requisitos de admisibilidad y que esta omisión no fue advertida en el momento de la presentación del recurso, la autoridad competente para resolver en la Entidad o el Presidente del Tribunal, concede un plazo máximo de dos (2) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de las observaciones para la subsanación respectiva. Transcurrido el plazo sin que se realice la subsanación, el recurso se tiene por no presentado.

e) El recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro o contra los actos dictados con anterioridad a esta que se presente antes de haberse efectuado el otorgamiento de la buena pro, es rechazado de plano por la Unidad de Trámite Documentario de la Entidad, por la Mesa de Partes del Tribunal o por las Oficinas Desconcentradas del OSCE, según corresponda, con la simple verificación en el SEACE de la fecha programada para el otorgamiento de la buena pro, sin perjuicio de que el recurso se presente cuando corresponda.

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1583. **Subsanación de garantías en la interposición del recurso de apelación presentado ante el Tribunal de Contrataciones del Estado.** ACUERDO: a. Dejar sin efecto el Acuerdo de Sala Plena N.º 002-2005 del 7 de febrero de 2005. b. Encargar a la Secretaria del Tribunal llevar a cabo las coordinaciones pertinentes a efectos de publicar el presente Acuerdo. c. A partir del día siguiente de la publicación del presente Acuerdo, todo Pase a Sala de expedientes de apelación en trámite, que no se ajusten a lo dispuesto en el numeral 6) del artículo 110 [cfr. art. 122º del Nuevo Reglamento] del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N.º 184-2008-EF, modificado mediante el Decreto Supremo N.º 080-2014-EF, quedará sin efecto, siendo formalizado por la Presidencia del Tribunal. (Acuerdo N.º 02-2014-TCE, de 11-06-2014. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. [EP, 20-06-2014, p. 525732]. Texto completo: <bit.ly/2P08Awpx>).

§ 1584. **El Tribunal de Contrataciones del Estado carece de competencia para conocer los recursos de revisión relacionados a procesos de selección convocados por PETROPERÚ, a partir del 31 de diciembre de 2016.** Véase la jurisprudencia del artículo 257º del Nuevo Reglamento [§ 2087]. (Acuerdo N.º 04-2017-TCE, de 06-06-2017. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. [EP, 09-06-2017, p. 34]. Texto completo: <bit.ly/2QgIh9y>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1585. **Si se interpone una denuncia de “nulidad de procedimiento de selección” y no se cumple con adjuntar la garantía, se deben aplicar las reglas previstas para el trámite del recurso de apelación.** CONSULTA: “¿Es posible que la Entidad pueda otorgarle “al denunciante de una nulidad del procedimiento de selección” el plazo de dos (02) hábiles contados desde el día siguiente de presentada la denuncia o de notificada la observación para la presentación de la garantía, a fin admitir la denuncia y en caso de no ser subsanada tenerla por no presentada, al amparo de lo previsto en el artículo 100 del Reglamento [cfr. art. 122 del Nuevo Reglamento] de la Ley de Contrataciones del Estado?” [...] 2.2. [...] Es preciso señalar que el numeral 44.5 del artículo 44 de la Ley señala que “Siempre que la nulidad derive de un recurso de apelación presentado o haya sido denunciada bajo cualquier mecanismo por alguno de los participantes o postores, esta se sujeta a lo dispuesto en el numeral 41.5 del artículo 41º de la presente Ley”. (El resaltado es agregado). Al respecto, el numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley regula la garantía por interposición del recurso de apelación, precisando dos (02) requisitos: (i) a favor de quien debe otorgarse - a favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o de la Entidad a cargo de su resolución, cuando corresponda- y, (ii) el monto máximo que se debe garantizar -hasta el 3% del valor referencial del procedimiento de selección o del ítem materia de impugnación. [...] 2.3. Ahora bien, la presente consulta tiene por objeto aclarar si es posible observar y, por ende, otorgar un plazo de subsanación a la solicitud

de nulidad para la presentación de la garantía al “amparo de lo previsto en el artículo 100 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado”. Sobre el particular, debe señalarse que la normativa de contrataciones del Estado, a través del artículo 100 del Reglamento prevé el trámite de admisibilidad del recurso de apelación ante la Entidad o ante el Tribunal y el plazo de subsanación, entre otros aspectos; no obstante, la mencionada normativa no detalla el procedimiento de admisibilidad de la solicitud de nulidad del procedimiento de selección. [...]. En esa línea, resulta pertinente indicar que en el caso que un participante o postor formule una denuncia o solicitud de nulidad respecto a hechos que debieron haber sido materia de recurso de apelación, y se observe la falta de presentación de la garantía, se procederá conforme al numeral 3 del artículo 100 del Reglamento. [cfr. art. 122.c del Nuevo Reglamento] (Opinión N.º 142-2018/DTN, de 11-09-2018, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Sb1h6W>).

Artículo 123: Improcedencia del recurso

123.1. El recurso de apelación presentado ante la Entidad o ante el Tribunal es declarado improcedente cuando:

- a) La Entidad o el Tribunal, según corresponda, carezca de competencia para resolverlo. No es de aplicación en estos casos lo establecido en el artículo 138 del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General o disposición que la sustituya.
- b) Sea interpuesto contra alguno de los actos que no son impugnables.
- c) Sea interpuesto fuera del plazo.
- d) El que suscriba el recurso no sea el impugnante o su representante.
- e) El impugnante se encuentre impedido para participar en los procedimientos de selección y/o contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley.
- f) El impugnante se encuentre incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.
- g) El impugnante carezca de interés para obrar o de legitimidad procesal para impugnar el acto objeto de cuestionamiento.
- h) Sea interpuesto por el postor ganador de la buena pro.
- i) No exista conexión lógica entre los hechos expuestos en el recurso y el petitorio del mismo.

123.2. El recurso de apelación es declarado improcedente por falta de interés para obrar, entre otros casos, si el postor cuya oferta no ha sido admitida o ha sido descalificada, según corresponda, impugna la adjudicación de la buena pro, sin cuestionar la no admisión o descalificación de su oferta y no haya revertido su condición de no admitido o descalificado.

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1586. El Tribunal de Contrataciones del Estado carece de competencia para conocer los recursos de revisión relacionados a procesos de selección convocados por PETROPERÚ, a partir del 31 de diciembre de 2016. Véase la jurisprudencia del artículo 257º del Nuevo Reglamento [§ 2087]. (Acuerdo N.º 04-2017-TCE, de 06-06-2017. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. [EP, 09-06-2017, p. 34]. Texto completo: <bit.ly/2Qglh9y>).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§ 1587. No cualquier transgresión o irregularidad procesal puede ser considerada como una vulneración del derecho constitucional a la libre contratación. Recurrente que alega, entre otras cosas, que el gerente general de una persona jurídica no contaba con facultades específicas para la interposición de recursos impugnativos. Véase la jurisprudencia del artículo 62º de la Constitución [§ 13]. (Exp. N.º 2157-2006-PA/TC, de 04-04-2017 [Web: 10-04-2007], ff. jj. 1 y 2. Texto completo: <bit.ly/2Ms7QjG>).



RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1588. La legitimidad está referida al vínculo objetivo entre el sujeto que recurre a la Administración y el derecho afectado. Para que un postor pueda solicitar el revocamiento de la buena pro, debe definirse en primer lugar, si debe proseguir en el procedimiento de selección. También debe haber un acto administrativo previo contra el cual se dirija la impugnación. 11. [...] [D] ebe entenderse la legitimidad como un presupuesto común de los recursos administrativos referido al sujeto activo o administrado interesado, que constituye un límite a su derecho de petición subjetiva, el cual consiste en que quien efectúa la impugnación debe alegar un interés legítimo o afectación directa a un derecho subjetivo. Es decir, se debe alegar un agravio directo, específico y personalizado. En esta línea argumental, la legitimidad está referida a la relación objetiva entre la identidad del sujeto que recurre a la Administración y el derecho afectado, Entonces, se requiere la constatación de una situación objetiva que implique la lesión de un derecho de manera efectiva y que configure un conflicto de relevancia jurídica respecto del bien que se pretende proteger. 12. Tal y como se ha determinado en reiterada jurisprudencia emitida por este Tribunal, la descalificación de un postor Implica para éste la pérdida de su calidad de oferente, lo que quiere decir que ya no es parte del procedimiento de selección porque ya no participa en él, sin perjuicio del derecho que le asiste de contradecir dicha decisión en la vía administrativa; de manera que su permanencia en el procedimiento de selección penderá de la resolución de tal asunto. Por ello mismo, la procedencia de las pretensiones dirigidas contra los demás postores participantes estará condicionada a su reincorporación al procedimiento de selección (demostrar su Incorrecta no admisión o descalificación y que no solicite la devolución de su oferta). 13. Como resulta natural, para que un postor pueda solicitar se revoque el otorgamiento de la buena pro, debe definirse, en primer lugar, si éste debe proseguir en el procedimiento de selección y, sólo en la medida que se hubiera concluido que el postor debía continuar en él, será procedente la emisión de un pronunciamiento respecto de los cuestionamientos dirigidos contra los demás postores considerados hábiles. Caso contrario, se admitiría como válido que un tercero, ajeno al procedimiento de selección, estuviera legitimado para impugnar actos que no le agravian y que se circunscriben a la relación entre la Entidad y los demás postores hábiles. Con relación a ello, debe quedar claro que el sistema de impugnaciones, que el ordenamiento legal contempla, no está diseñado para la protección de derechos inciertos o indeterminados, sino de afectaciones concretas a los derechos de los postores en un procedimiento de selección que constituyan una situación objetiva que amerite una acción. 14. En ese sentido, en la vía administrativa es presupuesto procesal objetivo para la validez de cualquier recurso impugnativo, la existencia de un acto administrativo previo contra el cual la impugnación está dirigida y que dicho acto debe causar agravio al administrado y, en este sentido, el recurso administrativo se Interpondrá a efectos de modificar o extinguir su eficacia y, por su efecto, variar la condición jurídica discutida. 15. En el caso del Impugnante, no se ha materializado una situación jurídica de manera concreta que implique la obtención de un derecho en relación al otorgamiento de la buena pro, de modo que pueda percibirse su trasgresión y la lesión de un interés legítimo respecto de ello, toda vez que el acto de no admitido quedó firme, considerando que el Impugnante únicamente solicita que se descalifique o no admita la oferta del Adjudicatario, sin cuestionar la no admisión de su oferta y mucho menos argumenta o sustenta los motivos por los que ésta debe ser revertida a fin de que su propuesta sea admitida, consintiendo por tanto la misma, evidenciándose la falta de legitimidad del Impugnante para cuestionar el otorgamiento de la buena pro. 16. En ese sentido, el Impugnante carece de legitimidad procesal para impugnar el acto objeto de cuestionamiento, debido a que está impugnando un acto -el otorgamiento de la buena pro- del que no formó parte y sin haberse reincorporado al procedimiento de selección, al no haber cuestionado su no admisión; por lo que, el presente recurso impugnativo se encuentra inmerso en la causal de improcedencia establecida en el numeral 7) del artículo 101 del Reglamento [cfr. art. 123.g del Nuevo Reglamento]. 17. Por lo tanto, al haberse verificado el supuesto establecido en el numeral 7) del artículo 101 del Reglamento y de conformidad con lo previsto en el numeral 4) del artículo 106 del mismo cuerpo normativo [cfr. art. 128.d del Nuevo Reglamento], el recurso de apelación presentado por el Impugnante debe ser declarado improcedente, careciendo de objeto pronunciarse respecto de las

pretensiones allí planteadas. (Resolución N.º 2448-2016-TCE-S3, de 17-10-2016, ff. 11 al 17. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2DSUsT2>).

§ 1589. Los medios impugnatorios en sede administrativa se encuentran sujetos a determinados controles de carácter formal y sustancial, los cuales se establecen a efectos de determinar la admisibilidad y procedencia de un recurso, respectivamente. Véase la jurisprudencia del artículo 41º de la Ley [§ 654]. (Resolución N.º 1486-2017-TCE-S4, de 13-07-2017, ff. 1 y 2. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2RWjSDt>).

Artículo 124: Garantía por la interposición

124.1. La garantía que respalda la interposición del recurso de apelación, de conformidad con el numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley, es otorgada a favor de la Entidad o del OSCE, según corresponda, por una suma equivalente al tres por ciento (3%) del valor estimado o referencial del procedimiento de selección impugnado, según corresponda. En los procedimientos de selección según relación de ítems, el monto de la garantía es equivalente al tres por ciento (3%) del valor estimado o referencial del respectivo ítem.

124.2. En ningún caso la garantía es mayor a trescientas (300) UIT vigentes al interponerse el recurso.

124.3. La garantía cumple los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley. Asimismo, la garantía puede consistir en un depósito en la cuenta bancaria de la Entidad o del OSCE, según corresponda.

124.4. En caso el recurso de apelación se presente ante la Entidad, la garantía tiene un plazo mínimo de vigencia de treinta (30) días calendario, contados desde el día siguiente de su emisión; de presentarse ante el Tribunal, la garantía tiene un plazo mínimo de vigencia de sesenta (60) días calendario, contados desde el día siguiente de su emisión; debiendo ser renovada, en cualquiera de los casos, hasta el momento en que se agote la vía administrativa, siendo obligación del impugnante realizar dichas renovaciones en forma oportuna. En el supuesto que la garantía no fuese renovada hasta la fecha consignada como vencimiento de la misma, es ejecutada para constituir un depósito en la cuenta bancaria de la Entidad o del OSCE, según corresponda, el cual se mantiene hasta el agotamiento de la vía administrativa.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1590. La presentación de una garantía constituye un requisito de procedencia para la interposición del recurso de apelación, por tanto, la ejecución de la garantía no tiene la naturaleza jurídica de una sanción administrativa. 10. [El] Consorcio "I.C." refiere que, considerando que la ejecución de la garantía corresponde a una sanción, en aplicación de la retroactividad benigna, correspondería que se ejecute la garantía interpuesta solo hasta el monto correspondiente a las doscientas (200) UIT, conforme se encuentra regulado en el artículo 102 del Reglamento de la Ley N.º 30225 [cfr. art. 124 del Nuevo Reglamento]. Sobre ello, debe indicarse que la presentación de una garantía constituye un requisito de procedencia para la interposición del recurso de apelación, siendo su ejecución una consecuencia del resultado del recurso de apelación, en aplicación estricta de lo dispuesto por el Reglamento. En ese sentido, la ejecución de la garantía no tiene la naturaleza jurídica de una sanción administrativa, derivada de un procedimiento administrativo sancionador. [...] (Resolución N.º 3091-2016-TCE-S3, de 30-12-2016, f. 10. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2zV9THb>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1591. En el caso la Entidad que está llevando a cabo el procedimiento de selección tenga sus cuentas bancarias embargadas, lo que impediría la devolución de la garantía por interposición del recurso de apelación en caso de depósito, deberá informar a los proveedores de tal situación con anticipación mas no puede prohibir la posibilidad de constituir la garantía a través de un depósito bancario. 2.2. De conformidad con el artículo 102 del Reglamento [cfr. art. 124 del Nuevo reglamento] la garantía por la interposición del recurso de apelación debe cumplir con los requisitos

previstos en el artículo 33 de la Ley. Asimismo, conforme se indicó al absolver la consulta anterior, dicha garantía será constituida por la presentación de una carta fianza y/o póliza de caución equivalente al tres por ciento (3%) del valor estimado o referencial del procedimiento de selección impugnado, según corresponda, y que cumpla con los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley; o con el depósito de dicho monto en la cuenta bancaria de la Entidad o del OSCE, según corresponda, no encontrándose facultadas las Entidades a excluir alguna de estas dos alternativas. Por tanto, no es posible disponer la publicación de comunicados dirigidos a los participantes y/o postores de los procedimientos de selección que señalen que solo podrá presentarse como garantía por la interposición del recurso de apelación las garantías emitidas conforme a los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley y no con el depósito en la cuenta bancaria de la Entidad, ya que ello contraviene el artículo 102 del Reglamento. Sin perjuicio de ello, en caso la Entidad tenga embargada sus cuentas bancarias, lo que impediría la devolución de la garantía en caso corresponda, tal situación debe ser informada a los proveedores con la debida anticipación, a efectos de que puedan elegir el medio que les sea más conveniente. (Opinión N.º 046-2017/DTN, de 16-02-2017, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TTyIf7>).

Artículo 125: Procedimiento ante la Entidad

125.1. El Titular de la Entidad puede delegar, mediante resolución, la facultad de resolver los recursos de apelación, sin que en ningún caso dicha delegación pueda recaer en los miembros del comité de selección, en el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad o en algún otro servidor que se encuentre en una situación de conflicto de intereses que pueda perjudicar la imparcialidad de la decisión.

125.2. La tramitación del recurso de apelación se sujeta al siguiente procedimiento:

a) La presentación de los recursos de apelación se registra en el SEACE el mismo día de haber sido interpuestos, bajo responsabilidad.

b) De haberse interpuesto dos (2) o más recursos de apelación respecto de un mismo procedimiento de selección o ítem, la Entidad los acumula a fin de resolverlos de manera conjunta, siempre que los mismos guarden conexión. La acumulación se efectúa al procedimiento de impugnación más antiguo. Producida la acumulación, el plazo para emitir resolución se contabiliza a partir del último recurso interpuesto o subsanado.

c) La Entidad corre traslado de la apelación a los postores que tengan interés directo en la resolución del recurso, dentro del plazo de dos (2) días hábiles contados desde la presentación del recurso o desde la subsanación de las omisiones advertidas en la presentación del mismo, según corresponda. Esta notificación se efectúa a través de la publicación del recurso de apelación y sus anexos en el SEACE.

d) El postor o postores emplazados pueden absolver el traslado del recurso interpuesto en un plazo no mayor a tres (3) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificado a través del SEACE. Dicha absolución es publicada en el SEACE a más tardar al día siguiente de presentada. La Entidad resuelve con la absolución del traslado o sin ella.

Las partes formulan sus pretensiones y ofrecen los medios probatorios en el escrito que contiene el recurso de apelación y en el escrito de absolución de traslado del recurso de apelación, presentados dentro del plazo legal. La determinación de puntos controvertidos se sujeta a lo expuesto por las partes en dichos escritos, sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuven a la resolución de dicho procedimiento, presentados dentro del plazo legal.

Al interponer el recurso o al absolverlo, el impugnante o los postores pueden solicitar el uso de la palabra, lo cual se efectúa dentro de los tres (3) días hábiles siguientes de culminado el plazo para la absolución del traslado del recurso de apelación.

e) La Entidad resuelve la apelación y notifica su decisión a través del SEACE, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la presentación del recurso o la subsanación de las omisiones y/o defectos advertidos en la presentación del mismo.

125.3. A efectos de resolver el recurso de apelación, el Titular de la Entidad o quien haya sido delegado con dicha facultad, cuenta con la opinión previa de las áreas técnica y legal, cautelando que en la decisión de la impugnación no intervengan los servidores que participaron en el procedimiento de selección. ⁽ⁱ⁾

COMUNICADO DEL OSCE

(i) Comunicado N.º 014-2017-OSCE (25-08-2017): El OSCE comunica la oportunidad de entrada en funcionamiento de la notificación electrónica de los recursos de apelación establecida en los artículos 103 y 104 del Reglamento [cfr. artículos 125 y 126 del Nuevo Reglamento]. Texto completo: <bit.ly/2TESueq>.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1592. El funcionario en quien el titular de la Entidad delegó la facultad de resolver el recurso de apelación no puede declarar la nulidad de oficio del procedimiento. En caso el referido funcionario advierta un vicio pasible de nulidad, remitirá el expediente al titular de la Entidad quien decidirá declarar o no la nulidad de oficio. CONSULTA: “(...) si la delegación de la facultad para resolver el recurso de apelación, incluye la potestad de declarar la nulidad a solicitud de parte” 2.1. [...] Adicionalmente, el primer párrafo del artículo 103 del Reglamento [cfr. art. 125 del Nuevo Reglamento] establece que Titular de la Entidad puede delegar, mediante resolución, la facultad de resolver los recursos de apelación, sin que en ningún caso dicha delegación pueda recaer en los miembros del comité de selección o en el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, según corresponda. Lo anterior se encuentra relacionado con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley, en el que se faculta al Titular de la Entidad a delegar la autoridad que la normativa de contrataciones le otorga, con excepción de la declaración de nulidad de oficio, las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra, la aprobación de las contrataciones directas salvo aquellas que disponga el Reglamento de acuerdo a la naturaleza de la contratación, y otros supuestos que se establezcan en el Reglamento. 2.3. [...] [Si] bien el Titular de la Entidad puede delegar la facultad de resolver el recurso de apelación que se presente ante la Entidad, el funcionario que será responsable por la emisión del acto que resuelve el recurso no podría declarar la nulidad de oficio, cuando haya advertido la existencia de alguna causal de nulidad o esta haya sido invocada por el impugnante, puesto que dicha facultad le compete únicamente al Titular de la Entidad y no al funcionario a quien se le hubiera delegado la facultad de resolver el recurso de apelación, máxime si la normativa de contrataciones del Estado ha dispuesto la prohibición expresa de delegar la declaración de nulidad de oficio. En dicho supuesto, corresponderá que el funcionario a quien se le hubiera delegado la facultad de resolver el recurso de apelación remita el expediente al Titular de la Entidad para que este, de estimarlo conveniente, declare la nulidad de oficio. [...] (Opinión N.º 110-2016/DTN, de 18-07-2016, ff. 2.1 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CioUoV>).

Artículo 126: Procedimiento ante el Tribunal

126.1. El Tribunal tramita el recurso de apelación conforme a las siguientes reglas:

a) Al admitir el recurso, el Tribunal notifica a través del SEACE el recurso de apelación y sus anexos, a efectos que, dentro de un plazo no mayor de tres (3) días hábiles, la Entidad registre en el SEACE el informe técnico legal en el cual se indique expresamente la posición de la Entidad respecto de los fundamentos del recurso interpuesto, y el postor o postores distintos al impugnante que pudieran verse afectados con la resolución del Tribunal absuelvan el traslado del recurso.

El incumplimiento de la Entidad de registrar el informe referido en el numeral anterior es comunicado al Órgano de Control Institucional de esta y/o a la Contraloría General de la República y genera responsabilidad funcional en el Titular de la Entidad.

La absolución del traslado es presentada al OSCE, conforme lo establecido en el TUPA.

b) Las partes formulan sus pretensiones y ofrecen los medios probatorios en el escrito que contiene el recurso de apelación o al absolver traslado, según corresponda, presentados dentro del plazo previsto.

La determinación de puntos controvertidos se sujeta a lo expuesto por las partes en dichos escritos, sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuven a la resolución de dicho procedimiento.

c) Dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la recepción de la información que se indica en el literal precedente, o vencido dicho plazo sin haberse recibido tal información, el expediente de apelación es remitido a la Sala correspondiente, para que dentro de un plazo de cinco (5) días hábiles de recibido evalúe la documentación obrante en el expediente. En caso de acumulación de expedientes, el plazo para evaluar se contabiliza a partir de la recepción del último expediente por la Sala.

d) La Sala puede solicitar información adicional a la Entidad, al impugnante y a terceros a fin de recabar la documentación necesaria para mejor resolver, antes y/o, luego de realizada la respectiva audiencia pública. El pedido de información adicional y/o la programación de audiencia pública proroga el plazo total de evaluación por el término necesario, el que excede de diez (10) días hábiles contados desde que el expediente es recibido en Sala.

La oposición, omisión o demora en el cumplimiento de dicho mandato supone, sin excepción alguna, una infracción al deber de colaboración con la Administración que, en el caso de las Entidades, se pone en conocimiento de su Órgano de Control Institucional para la adopción de las medidas a que hubiere lugar. Tratándose de personas naturales o jurídicas, o del postor adjudicatario de la buena pro, el incumplimiento en el envío de la información requerida es valorado por el Tribunal al momento de resolver, conjuntamente con los demás actuados que obren en el expediente.

e) El Tribunal concede a las partes el uso de la palabra a efectos de sustentar su derecho, siempre que haya sido solicitado por aquellas, al interponer el recurso o en la respectiva absolución, sin perjuicio de que sea requerido de oficio a consideración del Tribunal. En tal caso, la audiencia pública se realiza dentro del periodo mencionado en el literal anterior.

f) El día en que se recibe la información adicional, se realiza la audiencia pública o vence el plazo indicado en el literal d), se declara el expediente listo para resolver a través del decreto correspondiente, quedando a consideración de la Sala la valoración de los escritos que se presenten con posterioridad.

g) El Tribunal resuelve dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, contados desde el día siguiente de la fecha de emisión del decreto que declara que el expediente está listo para resolver. La resolución es notificada a través del SEACE y del Sistema Informático del Tribunal, a más tardar al día siguiente hábil de emitida.

126.2. Todos los actos que emita el Tribunal en el trámite del recurso de apelación se notifican a las partes a través del SEACE o del Sistema Informático del Tribunal.

126.3. De haberse interpuesto dos (2) o más recursos de apelación respecto de un mismo procedimiento de selección o ítem, el Tribunal los acumula a fin de resolverlos de manera conjunta, siempre que los mismos guarden conexión. La acumulación se efectúa al procedimiento de impugnación más antiguo. ⁽ⁱ⁾

COMUNICADO DEL OSCE

(i) Comunicado N.º 014-2017-OSCE (25-08-2017): El OSCE comunica la oportunidad de entrada en funcionamiento de la notificación electrónica de los recursos de apelación establecida en los artículos 103 y 104 del Reglamento [cfr. artículos 125 y 126 del Nuevo Reglamento]. Texto completo: <bit.ly/2TESueq>.

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1593. Trámite de expedientes sancionadores que se encuentran en la secretaría del Tribunal. Procedimientos correspondientes a recursos de apelación que tengan declaración de expedito y a los recursos de reconsideración que hayan tenido audiencia pública, en el marco de una re-conformación de salas. [...] [Los] vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado acordaron por unanimidad lo siguiente: **1.** Por el acto procesal del Pase a Sala, la Sala designada aleatoriamente por el Sistema Informático del Tribunal de Contrataciones del Estado (SITCE), asume competencia sobre el expediente administrativo, el cual es entregado al Vocal ponente, conforme a lo establecido en la

Directiva N.º 002-2013-OSCE/CD [D-003]. La competencia sobre el expediente asignado es de la Sala asignada por el SITCE, aun cuando el Vocal ponente haya cesado en sus funciones o se encuentre conformando otra Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado. **2.** Luego de emitir un Acuerdo o Resolución, la Sala correspondiente deriva el expediente a la Secretaría del Tribunal, para su custodia, impulso y seguimiento; en tales casos, el Presidente de la Sala deberá emitir los decretos de impulso y demás actos procesales que sean necesarios. En caso la Sala no se encuentre en funciones, dicha función será asumida por el Presidente del Tribunal de Contrataciones del Estado, hasta su nueva entrega a la Sala, cuando corresponda. **3.** En caso se emita un nuevo decreto de pase a Sala, el expediente es entregado al Vocal ponente original, quien nuevamente asume las funciones establecidas en la Directiva N.º 002-2013-OSCE/CD, salvo que este no integrara la Sala, en cuyo caso deberá designarse nuevo Vocal ponente entre los integrantes de dicha Sala, a través del SITCE. **4.** Si la Sala original no estuviera en funciones al momento de emitirse el nuevo decreto de pase a Sala, se procederá a la asignación aleatoria del expediente a través del SITCE, entre todas las Salas del Tribunal, entregándose el expediente al Vocal ponente que corresponda, de conformidad con lo establecido en la Directiva N.º 002-2013-OSCE/CD. **5.** Dejar sin efecto el Acuerdo de Sala Plena N.º 8-2012 del 8 de noviembre del 2012. **6.** Los procedimientos correspondientes a recursos de apelación que se encuentren en trámite a la fecha de entrada en vigencia de una reconfiguración de Salas y que tengan declaración de expedito, serán resueltos por la Sala original, debiendo esta reconfigurarse para tal efecto: i) con los Vocales que participaron en la audiencia pública realizada; ii) en caso de no haberse realizado audiencia, con los Vocales que integraron la Sala en la fecha en que se declaró expedito para resolver. **7.** Los procedimientos correspondientes a recursos de reconsideración que se encuentren en trámite a la fecha de entrada en vigencia de una reconfiguración de Salas, en los que se haya realizado audiencia pública, serán resueltos por la Sala original, debiendo reconfigurarse para tal efecto por los Vocales que participaron en dicha audiencia. (Acuerdo N.º 3-2015-TCE, de 19-06-2015. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. Texto completo: <bit.ly/2S5M32Y>).

NOTA: Las reglas 6 y 7 del presente Acuerdo N.º 3-2015-TCE (aplicables a los procedimientos correspondientes a recursos de apelación que tengan declaración de expedito y a los recursos de reconsideración que hayan tenido audiencia pública, en el marco de una reconfiguración de salas) han sido incorporados por el Acuerdo N.º 01-2017-TCE, de 04-01-2017 [EP, 07-01-2017, p. 119]. Texto completo: <bit.ly/2TA5h2j>).

§ 1594. Cómputo de plazos a cargo de las Salas del Tribunal. ACUERDO: En mérito a lo expresado, se propone el siguiente acuerdo. **1.** En los procedimientos de apelación que se siguen ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, los plazos a que se refieren los incisos 5) y 6) del artículo 116º del Reglamento [cfr. literales c) y d)], respectivamente, del art. 126.1 del Nuevo Reglamento] de la Ley de Contrataciones del Estado deben computarse a partir del día siguiente de la entrega/recepción efectiva del expediente a la correspondiente Sala. **2.** En los procedimientos sancionadores que se siguen ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, los plazos a que se refieren el inciso 3) del artículo 242º del Reglamento [cfr. art. 260.d del Nuevo Reglamento] de la Ley de Contrataciones del Estado deben computarse a partir del día siguiente de la entrega/recepción efectiva del expediente a la correspondiente Sala. **3.** En los procedimientos sancionadores que se siguen ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, el plazo a que se refiere el inciso 6) del artículo 242º del Reglamento [cfr. art. 260.h del Nuevo Reglamento] de la Ley de Contrataciones del Estado debe computarse a partir del día siguiente de la entrega efectiva del expediente a la correspondiente Sala. **4.** En la publicación del decreto de pase a Sala, a través del respectivo toma razón electrónico, debe anotarse la fecha de entrega del expediente a la correspondiente Sala. (Acuerdo N.º 004-2013-TCE. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. Texto completo: <bit.ly/2FDwkH4>).

§ 1595. Trámite de expedientes en sala pendientes de resolución, a propósito de la reconfiguración de salas. Visto y considerando las propuestas presentadas por la Presidenta del Tribunal y las Vocales Becerra Farfán y Sifuentes Huamán, y luego del debate correspondiente, el Tribunal, por unanimidad, ACORDÓ: **1.** Que, en aquellos procedimientos en trámite ante el Tribunal en que los Vo-

cales que participaron en la Audiencia Pública de informes orales, sean distintos a los que conforman la Sala en la oportunidad de resolver el expediente, excepcionalmente y para emitir resolución, volverá a conformarse la Sala de la misma forma en que se constituyó en la oportunidad en que se realizó la Audiencia Pública de informes orales, siempre y cuando todos sus integrantes continúen en función jurisdiccional. **2.** Que, en los procedimientos impugnatorios en los que, al momento de hacerse efectiva la reconfiguración de la Sala, se haya declarado que el expediente se encuentra listo para resolver, excepcionalmente y para emitir resolución, volverá a conformarse la Sala de la misma forma en que estaba constituida en la oportunidad en que se emitió el decreto que declaró el expediente listo para resolver, siempre y cuando todos sus integrantes continúen en función jurisdiccional. **3.** Que, en los procedimientos sancionadores en los que, luego de emitida la resolución final que se pronuncia respecto al pedido de sanción formulado, existe en trámite un recurso, cuestionamiento o petición referido a la resolución final o se encuentra transcurriendo el plazo para su interposición al momento de hacerse efectiva la reconfiguración de la Sala, excepcionalmente y para emitir resolución, volverá a conformarse la Sala de la misma forma en que se constituyó en la oportunidad en que se emitió la resolución final, siempre y cuando todos sus integrantes continúen en función jurisdiccional. Este mismo criterio se aplicará a los recursos de reconsideración que se formulen contra las resoluciones finales que se emitan conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente Acuerdo, supuestos en los cuales, para emitir la resolución respecto a dicho recurso, volverá a conformarse la Sala de la misma forma en que se constituyó en la oportunidad en que se realizó la Audiencia Pública de informes orales o en la oportunidad en que se emitió el decreto que declaró el expediente listo para resolver, según corresponda, siempre y cuando todos sus integrantes continúen en función jurisdiccional. **4.** Que, en los casos de reasignación de expedientes administrativos generada por una reconfiguración de las Salas del Tribunal, siguiendo el criterio de la normativa, el cómputo de los plazos estipulados por los artículos 116 y 242 del Reglamento [cfr. arts. 126 y 260 del Nuevo Reglamento], será contado a partir del día siguiente de remitido el expediente a la Sala de destino reconfigurada. **5.** Déjese sin efectos todos los Acuerdos de Sala Plena que se opongan a lo dispuesto por el presente Acuerdo. (Acuerdo N.º 008-2012-TCE, de 08-11-2012. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. Texto completo: <bit.ly/2TDqbgO>).

§ 1596. Reglamentación de los informes orales efectuados por las partes. Visto y considerando la propuesta presentada por el señor Presidente, luego del debate correspondiente, el Tribunal, por unanimidad, ACORDÓ: Ratificar el Acuerdo de Sala Plena N.º 015/009 expedido el 15.11.2001 y establecer la siguiente reglamentación complementaria: **1.** La diligencia de audiencia pública para la realización de los informes orales efectuados por las partes, se llevará a cabo en la fecha programada y en la hora exacta fijada, sin tolerancia alguna. Asimismo, no se concederán prórrogas, salvo casos excepcionales, que serán sometidos previamente a consideración de la Sala respectiva. **2.** Sólo se podrá realizar dos tipos de informes, legal y técnico, con una duración de diez minutos, salvo mejor parecer de la Sala. **3.** Las fechas de audiencias públicas de informes orales, mayormente, serán señaladas los días martes, miércoles y jueves, en horas de la mañana, con lapsos de una hora cada una y un promedio de tres por día, salvo opinión discrecional de la Sala y la carga laboral que ésta tenga. **4.** La participación del personal de Secretaría del Tribunal en la fecha señalada para la audiencia pública de informes orales, está dada por la coordinación previa de la instalación de los equipos necesarios en la Sala de Audiencia y la elaboración del Acta respectiva. En el caso de los Asistentes de Vocales, su participación se dará durante el desarrollo de la mencionada Audiencia. (Acuerdo N.º 013-2007-TCE, de 18-05-2007. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. Texto completo: <bit.ly/2Aen3iG>).

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1597. Conservación del acto administrativo. Solamente los vicios trascendentes, que afectan el debido procedimiento o el sentido de la decisión final, deben acarrear la nulidad del acto administrativo. 10. [...] [D]ebido a la omisión en la publicación del decreto que declara el expediente listo para resolver, la empresa "M.S." solicitó la nulidad de la Resolución N.º 0329-2017-TCE-S1. **11.**

Al respecto, cabe precisar que conforme al artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N.º 006-2017-JUS, en adelante la LPAG, deberá optarse por la conservación del acto administrativo en el caso de vicios considerados no trascendentes, entre los cuales dicha norma, contempla (en su numeral 14.2.3.) *“El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso administrativo”*. Así, la declaración de la nulidad debe implicar una afectación al procedimiento, de tal manera que el acto afectado con dicho vicio, no sea susceptible de conservación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 14 de la LPAG.

12. Ahora bien el vicio que se puede advertir respecto a la no publicación del decreto que declaró listo para resolver el Expediente N.º 103-2017-TCE, no es un vicio trascendente que afecte el debido procedimiento, ni el sentido de la decisión final, ello por cuanto, el Tribunal respetó los plazos establecidos en la norma para emitir su pronunciamiento, y dicha omisión en la publicación no incide en la decisión de fondo sometida a su conocimiento [cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos de las bases integradas de la Licitación Pública (...)]. [...] **14.** Por los fundamentos expuestos, el vicio referido a la no publicación del decreto que declaraba que el expediente se encontraba listo para resolver, debe ser objeto de conservación dado que no altera los plazos que tenía la Sala para resolver y no comprende ningún aspecto sustancial que modifique el sentido final de la Resolución N.º 0329-2017-TCE-S1 del 15 de marzo de 2017. (Resolución N.º 1522-2017-TCE-S1, de 17-07-2017, ff. 10, 11, 12 y 14. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2zQZr4w>).

§ 1598. Únicamente pueden ser materia de pronunciamiento por parte del Tribunal los puntos controvertidos que devienen de los argumentos expresados tanto en el escrito del recurso de apelación como en el de su absolución. 4. [...] [Es] preciso tener en consideración lo establecido en el numeral 3 del artículo 104 del Reglamento [cfr. art. 126 del Nuevo Reglamento], en virtud del cual, *“las partes deben formular sus pretensiones y ofrecer medios probatorios en el escrito que contiene el recurso de apelación y en el escrito de absolución de traslado del recurso de apelación, presentado dentro del plazo previsto. La determinación de puntos controvertidos se sujeta a lo expuesto por las partes en dichos escritos, sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuven a la resolución de dicho procedimiento”*. Asimismo, debe considerarse el numeral 4 del artículo 104 del Reglamento, en virtud del cual *“(...) el postor o postores emplazados deben absolver el traslado del recurso en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente de haber sido notificados a través del SEACE. La absolución del traslado es presentado a la Mesa de Partes del Tribunal o en las Oficinas Desconcentradas del OSCE, según corresponda”*. Dicha disposición resulta concordante con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 105 del Reglamento [cfr. art. 127 del Nuevo Reglamento], en virtud del cual la resolución expedida por el Tribunal que se pronuncie sobre el recurso de apelación deberá contener, entre otra información, *“la determinación de los puntos controvertidos definidos según los hechos alegados por el Impugnante mediante su recurso y por los demás intervinientes en el procedimiento de impugnación al absolver el traslado del recurso de apelación”*. [...] habiéndose absuelto el traslado del recurso de apelación dentro del plazo legal, únicamente pueden ser materia de pronunciamiento por parte de este Colegiado los puntos controvertidos que devienen de los argumentos expresados tanto en el escrito del recurso de apelación como en el de su absolución. Asimismo, no serán considerados por este Tribunal, para efectos de la fijación de puntos controvertidos, los cuestionamientos que tanto el Impugnante como el Adjudicatario hubiesen formulado de forma extemporánea. Cabe señalar, sin embargo, que todos los argumentos manifestados durante el desarrollo del presente procedimiento impugnativo, se tendrán en cuenta en lo que concierne al derecho de defensa. En atención a lo expuesto, los puntos controvertidos a dilucidar consisten en: a) Determinar si corresponde revocar la descalificación de la oferta del Impugnante. b) Determinar si corresponde descalificar la oferta del Adjudicatario. c) Determinar si corresponde revocar la buena pro otorgada al Adjudicatario. d) Determinar si corresponde adjudicar la buena pro al Impugnante. (Resolución N.º 1486-2017-TCE-S4, de 13-07-2017, f. 4. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2RWjSDt>).



§ 1599. Al momento de analizar el recurso de apelación se debe garantizar el derecho al debido procedimiento de los intervinientes, de manera que las partes tengan la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción. Véase la jurisprudencia del artículo 41° de la Ley [§ 656]. (Resolución N.º 0047-2017-TCE-S4, de 06-01-2017, f. 15. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2TnVj39>).

Artículo 127: Contenido de la resolución

La resolución expedida por el Tribunal o por la Entidad, consigna como mínimo lo siguiente:

- a) Los antecedentes del procedimiento en que se desarrolla la impugnación.
- b) La determinación de los puntos controvertidos definidos según los hechos alegados por el impugnante en su recurso y por los demás intervinientes en el procedimiento de impugnación al absolver oportunamente el traslado del recurso de apelación.
- c) El análisis de cada uno de los puntos controvertidos.
- d) El pronunciamiento respecto de los extremos del petitorio del recurso de apelación y de la absolución de los demás intervinientes en el procedimiento, conforme a los puntos controvertidos.

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1600. Oportunidad de plantear los puntos controvertidos en la interposición y trámite de recursos de apelación. Visto y considerando la propuesta presentada por el Vocal Héctor Inga Huamán, luego del debate correspondiente, el Tribunal, por unanimidad, **Acordó:** Aprobar el siguiente criterio de interpretación: Que de conformidad con el inciso 2) de los artículos 114° y 118° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 127.b del Nuevo Reglamento], [...] y en aplicación del principio de preclusión procesal, los puntos controvertidos se establecen únicamente respecto de los hechos alegados en el recurso de apelación y en la absolución del referido recurso, sin que sea posible que las partes incorporen hechos nuevos o no alegados oportunamente. En consecuencia, de conformidad con el inciso 4) de los artículos 114° y 118° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 127.d del Nuevo Reglamento], sólo serán materia de la decisión los puntos controvertidos que se sustenten en los hechos contenidos en el recurso de apelación presentado por el impugnante y en la absolución del traslado del referido recurso que presenten los demás postores intervinientes en el procedimiento de impugnación. El presente acuerdo estará vigente a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano y será aplicable a todos los procedimientos en trámite. (Acuerdo N.º 002-2012-TCE, de 05-06-2012. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. Texto completo: <bit.ly/2Qb7gva>).

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§ 1601. Los tribunales administrativos (incluyendo el Tribunal de Contrataciones) ya no están facultados a ejercer el denominado control difuso de constitucionalidad. Recurrente se encuentra en estado de indefensión pues se ha agregado un punto controvertido nuevo al recurso de apelación del postor. **Afectación al derecho a la igualdad (art. 127.b). 9.** En el presente caso, el recurrente ha sostenido que la cuestionada Resolución N.º 170-2012-TC-S1 [de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones] lo expuso a un estado de indefensión, al haberse agregado un punto controvertido nuevo, referido a la acreditación de los requisitos mínimos del “Gerente de Obras”, no propuesto por su persona en su respectivo recurso administrativo de apelación y contra el cual, además, no pudo realizar debidamente sus descargos. **10.** De la revisión del recurso de apelación, [...] se advierte que el recurrente impugnó la decisión de descalificación de su propuesta técnica porque, según su opinión, sí cumplió con los requerimientos técnicos mínimos de las Bases Integradas para ser considerado como postor hábil en el proceso de Licitación Pública [...]. El recurrente fundamentó que el Comité Especial, al desestimar su propuesta técnica, no tomó en cuenta que: i) no se le exigió especificar los años

de antigüedad de sus equipos, sino únicamente el listado de profesionales, el personal propuesto y la relación de los equipos; ii) no le era exigible una “promesa de consorcio”, porque el recurrente ya era un consorcio constituido; y, iii) el Consorcio [competidor] había presentado documentación falsa o inexacta que implicaba la violación del principio de veracidad. 11. Por su parte, la Resolución N.º 170-2012-TC-S1 estima todas las observaciones del demandante, esto es, sobre la antigüedad de los equipos propuestos, el requisito de la no presentación de la promesa de consorcio y sobre la verificación de la supuesta irregularidad documentaria del Consorcio [competidor]; pero incorpora como nuevo punto en controversia la “no acreditación del Gerente de Obras” [...]. En este punto, se sustenta que el recurrente no cumplió con presentar la copia simple del título profesional del ingeniero civil propuesto como Gerente de Obras, tal como lo habían exigido las respectivas bases integradas de la licitación. Por este punto, finalmente se declaró infundado el recurso de apelación y se confirmó el otorgamiento de la buena pro a favor de Consorcio [competidor]. [...] 15. [P]ara este Tribunal no deja de llamar la atención la circunstancia de que el demandante haya tomado conocimiento de los nuevos hechos observados por la autoridad administrativa recién en el acto de audiencia pública [...] (no negado por la emplazada en su escrito de contestación), cuando conforme al derecho de defensa, ésta [sic] no implica únicamente la realización efectiva de la contradicción, sino además que disponga de un tiempo lo suficientemente razonable para su elaboración o preparación, acorde por supuesto con la complejidad de lo que se discute. [...] 25. [De lo analizado] se observa lo siguiente. En una primera oportunidad, la Resolución N.º 97-2012-TC-S1 (15 de enero de 2012) [también emitida por la Primera Sala conformada por los mismos integrantes] establece que, sobre el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos para el profesional en ingeniería, la presentación del “Título Profesional es un documento prescindible, si es que se han adjuntado los diplomas de Colegiatura y Habilidad expedidos por el Colegio de Ingenieros del Perú. Conforme expresa la misma Resolución N.º 97-2012-TC-S1 [...], existe la suposición de que si el profesional tiene registro en el citado Colegio, se entiende entonces que necesariamente posee el título profesional, dado que según la Ley N.º 24648, Ley del Colegio de Ingenieros del Perú, la colegiatura es “obligatoria” y, según el Estatuto del mismo Colegio, para la incorporación como miembro ordinario es necesario tener título de ingeniero expedido, revalidado o reconocido. Luego, en la [cuestionada] Resolución N.º 170-2012-TC-S1 (15 de febrero de 2012), la misma Sala considera contrariamente que sí es indispensable adjuntar la “copia del Título Profesional”, aun cuando se haya cumplido con presentar los diplomas de Colegiatura y Habilidad. Cabe precisar que en ambas resoluciones administrativas se analiza la pertinencia de la presentación del referido documento a partir de sus propias bases, siendo que en ambas se exigía de igual modo, como uno de los medios para acreditar el grado profesional, la referida “copia del Título Profesional”. 26. En consecuencia, este Colegiado concluye que en la Resolución N.º 170-2012-TC-S1 existió un tratamiento diferenciado injustificado. Se ha constatado que en ambas se analizó el mismo supuesto de hecho sobre la documentación idónea para acreditar el grado profesional del personal especializado y, en ambas, se adjudicó soluciones jurídicas distintas y contrarias entre sí. La Resolución N.º 170-2012-TC-S1 no expresó en su debida oportunidad las razones por las cuales no continuó el criterio preestablecido acerca de prescindir del título profesional cuando se hayan presentado los diplomas de Colegiatura y Habilidad expedidos por el Colegio de Ingenieros del Perú. En ese sentido, en este extremo debe estimarse la demanda, por haberse acreditado la vulneración al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. [...] Por estos [y otros] fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú. HA RESUELTO (1) Declarar INFUNDADA la demanda en el extremo referido a la afectación del derecho de defensa. (2) De conformidad con el segundo párrafo del artículo 1º del Código Procesal Constitucional, declarar FUNDADA la demanda en el extremo referido a la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, causada por la Resolución N.º 170-2012-TC-S1, de fecha 15 de febrero de 2012, expedida por la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE. (3) Disponer que el Tribunal de Contrataciones del OSCE no vuelva a incurrir en la acción que motivó la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley [...]. (4) DEJAR SIN EFECTO el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC [§ 187], conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la



Constitución, sea por la forma o por el fondo. (Exp. N.º 04293-2012-PA/TC del 18-03-2014 [Web: 14-04-2014 / EP: 03-07-2014], ff. jj. 9, 10, 11, 15, 25 y 26, entre otros, que deja sin efecto el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, sobre el control difuso administrativo. Texto completo: <bit.ly/2LWEqfY>).

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1602. Fundamentos de la fijación de los puntos controvertidos (art. 105.2). IV. Al respecto, de conformidad a lo establecido en el numeral 3 del artículo 104 y numeral 2 del artículo 105 del Reglamento [cfr. arts. 126.1.b y 127.b del Nuevo Reglamento], la determinación de los puntos controvertidos se sujeta a lo expuesto por las partes en el escrito que contiene el recurso de apelación y en el escrito de absolución de traslado del referido recurso, presentados dentro del plazo previsto, sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuven a la resolución de dicho procedimiento. Lo antes citado, tiene como premisa que, al momento de analizar el recurso de apelación, se garantice el derecho al debido proceso de los intervinientes, de manera que las partes tengan la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción respecto de lo que ha sido materia de impugnación; pues lo contrario, es decir, acoger cuestionamientos distintos a los presentados en el recurso de apelación o en el escrito de absolución, implicaría colocar en una situación de indefensión a la otra parte, la cual, dado los plazos perentorios con que cuenta el Tribunal para resolver, vería conculcado su derecho a ejercer una nueva defensa. [...] (Resolución N.º 2330-2016-TCE-S3, de 03-10-2016, f. IV. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2BbaSEy>).

Artículo 128: Alcances de la resolución

128.1 Al ejercer su potestad resolutoria, el Tribunal o la Entidad resuelve de una de las siguientes formas:

a) Cuando el acto impugnado se ajusta a las disposiciones y principios de la Ley, al Reglamento, a los documentos del procedimiento de selección y demás normas conexas o complementarias, declara infundado el recurso de apelación y confirma el acto objeto del mismo.

b) Cuando en el acto impugnado se advierta la aplicación indebida o interpretación errónea de las disposiciones y principios de la Ley, del Reglamento, de los documentos del procedimiento de selección o demás normas conexas o complementarias, declara fundado el recurso de apelación y revoca el acto impugnado.

c) Cuando el impugnante ha cuestionado actos directamente vinculados a la evaluación, calificación de las ofertas y/u otorgamiento de la buena pro, evalúa si es posible efectuar el análisis sobre el fondo del asunto, otorgando la buena pro a quien corresponda, siendo improcedente cualquier impugnación administrativa contra dicha decisión.

d) Cuando el recurso de apelación incurra en alguna de las causales establecidas en el artículo 123 lo declara improcedente.

e) Cuando verifique alguno de los supuestos previstos en el numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley, en virtud del recurso interpuesto o de oficio, y no sea posible la conservación del acto, declara la nulidad de los actos que correspondan, debiendo precisar la etapa hasta la que se retrotrae el procedimiento de selección, en cuyo caso puede declarar que carece de objeto pronunciarse sobre el fondo del asunto.

128.2. Cuando el Tribunal o la Entidad advierta de oficio posibles vicios de nulidad del procedimiento de selección, corre traslado a las partes y a la Entidad, según corresponda, para que se pronuncien en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles. En el caso de apelaciones ante el Tribunal, se extiende el plazo previsto en el literal d) del numeral 126.1 del artículo 126. En los procedimientos que contengan audiencia pública, en dicho acto se puede notificar a las partes sobre los posibles vicios de nulidad del procedimiento de selección. Tratándose de apelaciones ante la Entidad, se extiende el plazo previsto para resolver.

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1603. Alcances de la resolución del tribunal en procesos de selección según relación de ítems. Visto y considerando lo antes expuesto, los vocales que integran el Tribunal luego de un amplio debate, acordaron: Establecer como criterio de interpretación del artículo 163 del Reglamento [cfr. art. 128 del Nuevo Reglamento], que al resolver recursos de apelación en los que se impugne varios ítems de un proceso de selección, el Tribunal indicará el sentido de la decisión adoptada en cada uno de ellos, disponiendo en cada caso, según corresponda, la devolución o ejecución total o del 30% de la garantía presentada por cada ítem impugnado. (Acuerdo N.º 016-2007-TC, de 30-10-2007. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. Texto completo: <bit.ly/2zoMWgl>).

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1604. El comité de selección no puede realizar una nueva verificación de los requisitos de admisibilidad de la propuesta de un postor al cual se reincorporó al proceso mediante resolución que ordenó que se prosiga con la etapa de calificación de propuestas. 8. Con relación a lo expuesto precedentemente, se advierte que conforme a lo establecido mediante la Resolución N.º 1141-2006-TC-SU, se ordenó que el Comité Especial reincorpore al postor impugnante y prosiga con la calificación de las propuestas. Por tanto, habiéndose culminado con la primera etapa consistente en la verificación de los requisitos de admisibilidad, correspondía que el Comité Especial evalúe los factores de evaluación, asignando la calificación correspondiente y determinándose al postor adjudicatario de la Buena Pro. **9.** No obstante ello, pese a lo dispuesto por el Tribunal e incumpliendo lo previsto en el artículo 172 del Reglamento [cfr. art. 128 del Nuevo Reglamento] [...] el Comité Especial realizó nuevamente la verificación de los requisitos de admisibilidad de la propuesta del postor impugnante y la descalificó por considerar que no cumplía con las especificaciones previstas en los literales C01 y C02. **10.** Sobre lo expuesto precedentemente, se advierte que el Comité Especial no evaluó la admisibilidad de la propuesta del impugnante en un solo acto, a fin de continuar con la calificación de su propuesta y, por el contrario, expresó que la propuesta contenía nuevos defectos. En ese sentido, la actuación del Comité Especial ha determinado la dilación del proceso de selección en detrimento de la satisfacción oportuna de las necesidades públicas, por lo que este Colegiado establece que la evaluación de los posibles defectos en las propuestas debe formularse en un solo acto con el objeto que no se permita la dilación innecesaria frente a cuestionamientos recurrentes en las propuestas. **11.** En relación al presente análisis, se observa que el presente proceso fue convocado en setiembre de 2006, lo cual evidencia la dilación del proceso por la actuación del Comité Especial, al haber descalificado a la empresa impugnante por la omisión de requisitos de admisibilidad en dos actos públicos distintos y por causales diferentes. En tal sentido, si el Comité consideró que existían vicios susceptibles de invalidar la propuesta de la impugnante, no detectados en virtud a una inadecuada evaluación anterior, debió hacer de conocimiento de la Entidad tal situación, a fin de que la dependencia evalúe y/o adopte las medidas aplicables al caso, más de ningún modo podía desbordar el mandato conferido mediante la Resolución expedida por el Tribunal. En ese orden de ideas, la invocación de nuevos defectos en la admisibilidad de la propuesta de la impugnante quedó consentida en el primer acto público de evaluación de propuestas, razón por la cual no procede la confirmación de la nueva causal de descalificación invocada por el Comité Especial, de acuerdo al criterio precedentemente adoptado por el Tribunal mediante las Resoluciones N.º 440-2005-TC-SU y 1138-2006-TC-SU. (Resolución N.º 351-2007-TC-S1, de 09-04-2007, ff. 8 al 11. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2FqkgHh>).

§ 1605. Se declara fundado el recurso de apelación cuando en el acto impugnado se advierte la aplicación indebida o interpretación errónea de la ley o del reglamento. **SUMILLA:** Cuando en el acto impugnado se advierte la aplicación indebida o interpretación errónea de la ley, del presente reglamento [Decreto Supremo N.º 350-2015-EF], de los documentos del procedimiento de selección o demás normas conexas o complementarias, se declarará fundado el recurso de apelación y se revocará el acto impugnado. (Resolución N.º 0072-2017-TCE-S4, de 18-01-2017. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2Rjfn0A>).



OPINIONES DEL OSCE

§ 1606. La declaración de nulidad de oficio puede ser realizada en el trámite de un recurso de apelación interpuesto ante la Entidad. Véase la jurisprudencia del artículo 44.2 de la Ley [§ 711]. (Opinión N.º 110-2016/DTN, de 18-07-2016, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CioUoV>).

Artículo 129: Cumplimiento de la resolución dictada por el Tribunal

129.1. La resolución dictada por el Tribunal es cumplida por las partes sin calificarla y bajo sus propios términos.

129.2. Cuando la Entidad no cumpla con lo dispuesto en una resolución del Tribunal se comunica tal hecho a la Contraloría General de la República, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al Titular de la Entidad. De ser el caso, se denuncia a los infractores según lo tipificado en el Código Penal.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1607. Interpretación de la expresión “bajo sus propios términos” contenida en el artículo 129.1 del Reglamento. CONSULTA: “¿Cuál es el sentido en el que deberá interpretarse la expresión “bajo sus términos” en el contexto del artículo 107.1 del Reglamento?”. [...]. 2.1.2. En relación con lo señalado, el artículo 107 del Reglamento [cfr. art. 129.1 del Nuevo Reglamento] dispone lo siguiente “La resolución dictada por el Tribunal debe ser cumplida por las partes sin calificarla y bajo sus propios términos”. Al respecto, resulta importante precisar que cuando el Reglamento señala que la resolución debe ser cumplida “bajo sus propios términos”, debe entenderse que las partes, al momento de ejecutarla, están obligadas a adecuar sus actuaciones a lo dispuesto en la resolución dictada por el Tribunal, encontrándose impedidas de realizar algún tipo de calificación sobre su contenido, restringir sus efectos, interpretar sus alcances y/o eliminar o agregar elementos que no formen parte de la resolución. Ello implica también que, cualquier duda relacionada con la forma en que tenga que ejecutarse la resolución, así como cualquier pedido de aclaración u observación respecto de su contenido debe ser formulado directamente ante el Tribunal, pues dicho órgano es el único competente para pronunciarse al respecto. (Opinión N.º 093-2018/DTN, de 22-06-2018, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Q3Paf8>).

§ 1608. Los actos administrativos ordenado por el Tribunal de Contrataciones del Estado son de obligatorio cumplimiento a partir de la fecha en que se realice su notificación. CONSULTA: “¿Cuál es el plazo de cumplimiento de lo ordenado por una resolución emitida por el Tribunal?”. 2.2.1. Al respecto, corresponde señalar que si bien el artículo 107 del Reglamento [cfr. art. 129 del Nuevo Reglamento] no establece un plazo a partir del cual deba ejecutarse la resolución dictada por el Tribunal, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con los artículos 16 y 201 del T.U.O. de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el acto administrativo cobra eficacia a partir de su notificación, esto supone, además, que desde aquel momento dicho acto adquiere ejecutividad y ejecutoriedad. En relación con la ejecutividad, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente “La ejecutividad del acto administrativo está referida al atributo de eficacia, obligatoriedad, exigibilidad, así como al deber de cumplimiento que todo acto regularmente emitido conlleva a partir de su notificación.” (El resaltado es agregado). Asimismo, respecto de la ejecutoriedad, dicho colegiado señala lo siguiente “La ejecutoriedad del acto administrativo, en cambio, es una facultad inherente al ejercicio de la función de la Administración Pública y tiene relación directa con la eficacia de dicho acto; en tal sentido, habilita a la Administración a hacer cumplir por sí misma un acto administrativo dictado por ella, sin la intervención del órgano judicial, respetando los límites impuestos por mandato legal, así como a utilizar medios de coerción para hacer cumplir un acto administrativo y a contar con el apoyo de la fuerza pública para la ejecución de sus actos cuando el administrado no cumpla con su obligación y oponga resistencia de hecho”. Como puede advertirse, la ejecu-

tividad supone el carácter obligatorio del propio acto administrativo y, por ende, de su contenido. Es así que los actos administrativos, por el solo hecho de ser comunicados, poseen la condición de ejecutables, es decir, obligan a las partes a su inmediato cumplimiento; no pudiendo suspenderse sus efectos, salvo en los casos que la propia ley admite. Bajo tales consideraciones, puede concluirse que las resoluciones dictadas por el Tribunal de Contrataciones del Estado son de obligatorio cumplimiento a partir de la fecha en que se realice su notificación, salvo disposición contraria. Finalmente, cabe precisar que, de acuerdo con el numeral 107.2 del artículo 107 del Reglamento, cuando la Entidad no cumpla con lo dispuesto en la resolución dictada por el Tribunal, se comunica tal hecho a la Contraloría General de la República, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al Titular de la Entidad. (Opinión N.º 093-2018/DTN, de 22-06-2018, f. 2.2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Q3Pa8>).

Artículo 130: Precedentes de observancia obligatoria

Mediante acuerdos adoptados en sesión de Sala Plena, el Tribunal interpreta de modo expreso y con alcance general las normas establecidas en la Ley y el Reglamento, los cuales constituyen precedentes de observancia obligatoria que permiten al Tribunal mantener la coherencia de sus decisiones en casos análogos. Dichos acuerdos son publicados en el Diario Oficial El Peruano y en el portal institucional del OSCE debidamente sistematizados. Los precedentes de observancia obligatoria son aplicados por las Entidades y las Salas del Tribunal, conservando su vigencia mientras no sean modificados por posteriores acuerdos de Sala Plena del Tribunal o por norma legal.

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1609. Quórum para la instalación de una sesión de sala plena y la adopción de acuerdos. ACUERDO: “Visto y considerando la propuesta presentada [...] el Tribunal luego del debate correspondiente, por unanimidad, Acordó: [...] [Establecer] que el quórum para la instalación y sesión válida de Sala Plena del Tribunal, es la mayoría simple, es decir la mitad más uno de todos los vocales integrantes del Tribunal. Además, estableció que el quórum de votaciones para la adopción de acuerdos de Sala Plena que sientan precedente de observancia obligatoria será de la mayoría calificada, es decir, dos tercios de la totalidad de los vocales miembros del Tribunal. Corresponderá a la Presidencia del Tribunal el voto dirimente en caso de empate” (Acuerdo N.º 003-2009-TCE, de 01-06-2009. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. Texto completo: <bit.ly/2R6Cfpv>).

Artículo 131: Desistimiento

131.1. El apelante puede desistirse del recurso de apelación mediante escrito con firma legalizada ante Notario o ante la Secretaría del Tribunal, según corresponda, siempre y cuando la respectiva solicitud de desistimiento haya sido formulada hasta antes de haberse declarado que el expediente está listo para resolver y no comprometa el interés público.

131.2. El desistimiento es aceptado por el Tribunal o la Entidad, mediante resolución, y pone fin al procedimiento administrativo.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1610. El desistimiento del recurso de apelación debe realizarse sin comprometer algún interés público. 2. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, conforme a lo establecido en el artículo 109 del Reglamento [cfr. art. 131 del Nuevo Reglamento]; el desistimiento es una forma de conclusión del procedimiento previsto en la normativa de contrataciones del Estado, resultando procedente durante

la tramitación del recurso, mediante escrito con firma legalizada del apelante ante Notario Público, o ante la Secretaría del Tribunal, siempre y cuando la respectiva solicitud de desistimiento haya sido formulada hasta antes de haberse declarado que el expediente está listo para ser resuelto y no comprometa el interés público. 3. Bajo dicha premisa, a efectos de verificar si corresponde acceder al desistimiento planteado por el Impugnante, resulta pertinente que previamente se descarte la posible afectación al interés público, considerando la trascendencia que conllevan los procesos de contratación dado que involucran la atención oportuna de las necesidades públicas; por tanto se procederá al análisis de la posible afectación al interés público. 4. Con relación a ello, cabe precisar que, en el presente caso, de la revisión de los argumentos esgrimidos por el Impugnante y el Adjudicatario se advierte que éstos se encuentran dirigidos a cuestionarse recíprocamente el puntaje otorgado a ambos en el factor de evaluación “Metodología propuesta” en cuanto a las mejoras y dificultades. En ese sentido, resulta que los argumentos esgrimidos tanto por el Impugnante como por el Adjudicatario, se encuentran orientados a formular observaciones al puntaje otorgado a las ofertas presentadas por ambos, no advirtiéndose algún interés público comprometido [...] Cabe indicar que el acto impugnado (el otorgamiento de la buena pro) no afecta siquiera al Impugnante, dado que al haberse desistido de su pretensión impugnatoria, no ha logrado revertir su descalificación del procedimiento de selección, a efectos de poder cuestionar dicho acto. (Resolución N.º 2943-2016-TCE-S4, de 14-12-2016, ff. 2, 3 y 4. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2zbsT4M>).

§ 1611. El desistimiento del recurso de apelación no puede afectar el interés público. 1. [...] Al respecto, debe tenerse en cuenta que, conforme a lo establecido en el artículo 109 del Reglamento [cfr. art. 131 del Nuevo Reglamento], el desistimiento es una forma de conclusión del procedimiento previsto en la normativa de contrataciones del Estado, resultando procedente durante la tramitación del recurso, mediante escrito con firma legalizada del apelante ante Notario Público, o ante la Secretaría del Tribunal, siempre y cuando la respectiva solicitud de desistimiento haya sido formulada antes de haberse declarado que el expediente está listo para ser resuelto y no comprometa el interés público. 2. Bajo dicha premisa, a efectos de verificar si corresponde acceder al desistimiento planteado por el Impugnante, resulta pertinente que previamente se descarte la posible afectación al interés público, considerando la trascendencia que conllevan los procesos de contratación dado que involucran la atención oportuna de las necesidades públicas; por tanto se procederá al análisis de la posible afectación al interés público. Con relación a ello, cabe precisar que, en el presente caso, de la revisión de los argumentos expuestos por el Impugnante se advierte que éstos se encuentran dirigidos a cuestionar los documentos que acreditan las especificaciones técnicas y que se deben acompañar de forma complementaria al Anexo N.º 3, así como la información consignada en los Formatos N.º 1 correspondientes al detalle completo de las características técnicas. Sobre el particular, nótese que el Impugnante no cuestiona el cumplimiento de las especificaciones técnicas, sino los documentos con los cuales se acreditarían dichas especificaciones, los cuales aparentemente no cumplen con el requisito de haber sido emitidos por el fabricante; siendo ello así, se recomienda a la Entidad que adopte las acciones necesarias a efectos de asegurar el cumplimiento de las especificaciones técnicas de los productos requeridos para la adecuada satisfacción de las necesidades del área usuaria; por consiguiente, corresponde que la Entidad, bajo responsabilidad, se asegure del cumplimiento de las características técnicas requeridas en las bases integradas. En atención a lo expuesto, en esta instancia, no se advierte que exista algún interés público que pueda ser afectado. (Resolución N.º 0776-2017-TCE-S3, de 19-04-2017, ff. 1 y 2. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2OVBNIH>).

§ 1612. El desistimiento concluye el procedimiento previsto, pero que procede durante la tramitación del recurso antes que el expediente esté listo para ser resuelto y no comprometa el interés público. 3. Al respecto, debe tenerse en cuenta que conforme a lo establecido en el artículo 120 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 131 del Nuevo Reglamento], aprobado por Decreto Supremo N.º 184-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo N.º 138-2012-EF, en lo sucesivo el Reglamento, el desistimiento es una forma de conclusión del procedimiento previsto, resultando procedente durante la tramitación del recurso, mediante escrito con firma legalizada del apelante ante Notario Público o ante la Secretaría del Tribunal, siempre y cuando la respectiva solicitud de desistimiento haya sido formulada hasta

antes de haberse declarado que el expediente está listo para ser resuelto y no comprometa el interés público. Asimismo, de acuerdo al tercer párrafo del citado artículo, en concordancia con lo establecido en el literal c) del numeral 51.2 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 132 del Nuevo Reglamento], aprobada por el Decreto Legislativo N.º 1017, y modificada por la Ley N.º 29873, en adelante la Ley, en caso de desistimiento se ejecutará el cien por ciento (100%) de la garantía presentada con motivo de la interposición del recurso de apelación. (Resolución N.º 2684-2015-TCE-S3, de 24-11-2015, f. 3. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2SdFmj8>).

Artículo 132: Ejecución y devolución de la garantía

132.1. Cuando el recurso de apelación sea declarado infundado o improcedente o el impugnante se desista, se procede a ejecutar el íntegro de la garantía.

132.2. Procede la devolución de la garantía cuando:

- a) El recurso sea declarado fundado en todo o en parte.
- b) Se declare la nulidad y/o que carece de objeto pronunciarse sobre el fondo del asunto.
- c) Con posterioridad a la interposición del recurso de apelación sobrevenga un impedimento para contratar con el Estado.
- d) Opere la denegatoria ficta por no resolver y notificar la resolución dentro del plazo legal.

132.3. El plazo para la devolución de la garantía es de cinco (5) días hábiles de solicitada.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1613. **Devolución de garantía por adelantos.** Véase la jurisprudencia del artículo 153º del Nuevo Reglamento [§ 1703]. (Opinión N.º 053-2010/DTN, de 20-08-2010, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FAeNzx>).

Artículo 133: Denegatoria ficta

133.1. Vencido el plazo para que el Tribunal o la Entidad resuelva y notifique la resolución que se pronuncia sobre el recurso de apelación, el impugnante asume que el mismo fue desestimado, operando la denegatoria ficta, a efectos de la interposición de la demanda contencioso administrativa.

133.2. La omisión de resolver y notificar el recurso de apelación dentro del plazo establecido genera responsabilidad funcional, debiendo procederse al deslinde respectivo al interior del Tribunal o de la Entidad, según corresponda.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1614. **En el supuesto que una resolución que resuelve el recurso de apelación se emita dentro del plazo de ley, pero se notifique fuera de plazo, tal situación generará la denegatoria ficta.** Véase la jurisprudencia del artículo 43º de la Ley [§ 666]. (Opinión N.º 072-2017/DTN, de 03-03-2017, ff. 2.1, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2L2BFXw>).

Artículo 134: Agotamiento de la vía administrativa

La resolución del Tribunal o de la Entidad que resuelve el recurso de apelación o la denegatoria ficta, por no emitir y notificar su decisión dentro del plazo respectivo, agotan la vía administrativa, por lo que no cabe interponer recurso administrativo alguno.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1615. El único recurso para impugnar las decisiones adoptadas hasta antes de la celebración del contrato, es el recurso de apelación y la resolución emitida por el Tribunal, agota la vía administrativa. No existe legalmente en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de plantear una solicitud, pedido o recurso de nulidad de una resolución del Tribunal. Véase la jurisprudencia del artículo 41° de la Ley [§ 661]. (Resolución N.º 3091-2016-TCE-S3, de 30-12-216, f. 4. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2zV9THb>).

Artículo 135: Acción contencioso administrativa

La interposición de la acción contencioso administrativa cabe únicamente contra la resolución o denegatoria ficta que agotan la vía administrativa, y no suspende lo resuelto por la Entidad o por el Tribunal, según corresponda. Dicha acción se interpone dentro del plazo de la ley de la materia.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§ 1616. El hecho de que los actos administrativos sean revisables por el Poder Judicial mediante la acción contencioso-administrativa no afecta la validez de las decisiones de la administración. 4. [...] [El] Tribunal Constitucional opina lo siguiente: en primer lugar, cuando la Constitución dispone, en su artículo 148º, que las resoluciones administrativas que causan estado son impugnables mediante la acción contencioso-administrativa, la norma suprema no hace distinción entre resoluciones administrativas del gobierno central, de los gobiernos regionales y de los gobiernos locales. Dicha norma se refiere al conjunto de la Administración Pública. De otro lado, el hecho de que los actos administrativos sean revisables por el Poder Judicial no afecta la validez de las decisiones de la administración municipal. Por tanto, conforme al artículo 148º de la Constitución, las resoluciones administrativas derivadas de los actos de la administración y los procedimientos administrativos, dentro de los cuales está el procedimiento coactivo, son susceptibles de revisión judicial. (Exp. N.º 0026-2004-AI/TC, de 28-09-2004, f. j. 4. Texto completo: <bit.ly/2GgV7RJ>).

**TÍTULO VII
EJECUCIÓN CONTRACTUAL****CAPÍTULO I
DEL CONTRATO****Artículo 136: Obligación de contratar**

136.1. Una vez que la buena pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto la Entidad como el o los postores ganadores, están obligados a contratar.

136.2. La Entidad no puede negarse a contratar, salvo por razones de recorte presupuestal correspondiente al objeto materia del procedimiento de selección, por norma expresa o por desaparición de la necesidad, debidamente acreditada. La negativa a hacerlo basada en otros motivos, genera responsabilidad funcional en el Titular de la Entidad y el servidor al que se le hubieran delegado las facultades para perfeccionar el contrato, según corresponda. Esta situación implica la imposibilidad de convocar el mismo objeto contractual durante el ejercicio presupuestal, salvo que la causal sea la falta de presupuesto.

136.3. En caso que el o los postores ganadores de la buena pro se nieguen a suscribir el contrato, son pasibles de sanción, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevinida al otorgamiento de la buena pro que no le sea atribuible, declarada por el Tribunal.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1617. Con el otorgamiento de la buena pro se genera el derecho del postor ganador del proceso de selección de celebrar el contrato con la Entidad; además de eso, constituye una obligación del postor pues asume el compromiso de presentar los documentos requeridos en las bases del procedimiento, no siendo posible que la Entidad requiera nuevas exigencias no previstas en las bases (136.1). 7. En principio, cabe precisar que con el otorgamiento de la buena pro se genera el derecho del postor ganador del proceso de selección de celebrar el contrato con la Entidad. Sin embargo, la suscripción del contrato, además de un derecho, constituye una obligación del postor, quien, como participante del proceso de selección, asume el compromiso de mantener la seriedad de su oferta hasta la suscripción del contrato respectivo, lo cual involucra su obligación, no solo suscribir el documento contractual, o recibir la orden de compra o de servicios cuando corresponda, sino también la de presentar los documentos requeridos en las bases para ello. 8. En tal sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 114 del Reglamento [cfr. art. 136 del Nuevo Reglamento], una vez que el otorgamiento de la buena pro ha quedado consentido o administrativamente firme, tanto la Entidad como el o los postores ganadores están obligados a contratar. 9. Para ello, el artículo 43 del Reglamento [cfr. art. 64 del Nuevo Reglamento] dispone que, cuando se hayan presentado dos (2) o más ofertas, el consentimiento de la buena pro se produce a los ocho (8) días hábiles de la notificación de su otorgamiento, sin que los postores hayan ejercido el derecho de interponer recurso de apelación. En el caso de adjudicaciones simplificadas, selección de consultores individuales y comparación de precios, el plazo es de cinco (5) días hábiles. Asimismo, el referido artículo precisa que, cuando se haya presentado una sola oferta, el consentimiento de la buena pro se produce el mismo día de la notificación de su otorgamiento. [...] 11. En esa línea, en el numeral 1 del artículo 119 del Reglamento [cfr. art. 141 del Nuevo Reglamento] se dispone que, dentro del plazo de ocho (8) días hábiles siguientes al registro en el SEACE del consentimiento de la buena pro o de que ésta haya quedado administrativamente firme, el postor ganador de la buena pro debe presentar la totalidad de los requisitos para perfeccionar el contrato. Asimismo, en un plazo que no puede exceder de los tres (3) días hábiles siguientes de presentados los documentos, la Entidad debe suscribir el contrato o notificar la orden de compra o de servicio, según corresponda, u otorgar un plazo adicional para subsanar los requisitos, el que no puede exceder de cinco (5) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la Entidad. Así también, el numeral 3 del artículo 119 del Reglamento dispone que, cuando no se perfeccione el contrato, por causa imputable al postor, éste pierde automáticamente la buena pro. 12. Atendiendo a dichas disposiciones, la normativa ha regulado de manera clara el procedimiento que las partes de la futura relación contractual deben seguir a efectos de formalizar el correspondiente instrumento fuente de obligaciones, estableciendo, dentro de él, una serie de exigencias de cumplimiento obligatorio por parte del postor adjudicado, cuya inobservancia le origina responsabilidad administrativa, debido a la necesidad de garantizar que las contrataciones se efectúen en la oportunidad requerida por el Estado, sin generar dilaciones que comprometan el cumplimiento de las finalidades públicas que persiguen los contratos. Sin embargo, dicho procedimiento, a su vez, se encuentra establecido a efectos de dotar de garantía a los postores, de tal forma que con su cumplimiento se evita que las Entidades puedan establecer nuevas exigencias (en cuanto a plazos y requisitos) no previstas en las bases, que tornen inviable el cumplimiento del procedimiento por parte del postor adjudicado. (Resolución N.º 2374-2016-TCE-S1, de 07-10-2016, ff. 7, 8, 9, 10 y 12. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2MMIWNd>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1618. Interpretación de la expresión “la buena pro queda administrativamente firme” en torno al perfeccionamiento del contrato (136.1). CONSULTA: “(...) si en una impugnación el término de quedado administrativamente firme se considera al momento de que el Tribunal cuelga la resolución, o se deberá realizar acciones por parte de la entidad, toda vez que de conformidad a lo establecido en la Resolución N.º 0409-2018-TCE-S4 de fecha 21.02.2018 en su fundamento 24 establece el plazo que el impugnante tenía para presentar la documentación requerida contabilizando desde el día siguiente de que fue publicada la

resolución del tribunal en él toma razón del SEACE, así mismo explicar si mencionado plazo que establece es conforme a lo descrito en el numeral 2.3 de la Opinión N.º 227-2017/DTN [§ 1656] que dice: la normativa en contrataciones del Estado, ha establecido un procedimiento específico para la suscripción del contrato, el cual está revestido de una serie de formalidades, las cuales -en concordancia con el Principio de Legalidad- deben ser cumplidas obligatoriamente por las partes a efectos de perfeccionar el contrato y, consecuentemente, ejecutar las prestaciones respectivas”. [...] 2.2. [...] [D]ebe indicarse que de acuerdo con el artículo 114 del Reglamento [cfr. art. 136 del Nuevo Reglamento], una vez consentido el otorgamiento de la Buena Pro o cuando éste ha quedado administrativamente firme, se origina entre la Entidad y el postor ganador la obligación de perfeccionar el contrato. Es así que el numeral 1 del artículo 119 del Reglamento [cfr. art. 141 del Nuevo Reglamento] establece los plazos y el procedimiento que deben ser observados por ambas partes (Entidad y adjudicatario) para el perfeccionamiento del contrato, precisando lo siguiente: “Dentro del plazo de ocho (8) días hábiles siguientes al registro en el SEACE del consentimiento de la buena pro o de que esta haya quedado administrativamente firme, el postor ganador de la buena pro debe presentar la totalidad de los requisitos para perfeccionar el contrato. En un plazo que no puede exceder de los tres (3) días hábiles siguientes de presentados los documentos la Entidad debe suscribir el contrato o notificar la orden de compra o de servicio, según corresponda, u otorgar un plazo adicional para subsanar los requisitos, el que no puede exceder de cinco (5) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la Entidad. Al día siguiente de subsanadas las observaciones, las partes suscriben el contrato.” Respecto de lo señalado en dicho artículo, resulta importante aclarar que el consentimiento de la buena pro se produce cuando transcurrido el plazo previsto en el artículo 43 del Reglamento [cfr. art. 64 del Nuevo Reglamento], ningún postor impugna dicho acto. Por su parte, de acuerdo a lo señalado en el Anexo Único del Reglamento, “Anexo de Definiciones”, la Buena Pro queda administrativamente firme cuando habiéndose presentado un recurso de apelación, ocurre alguno de los siguientes supuestos: i) Se publica en el SEACE que el recurso de apelación ha sido declarado no presentado o improcedente; ii) Se publica en el SEACE la resolución que otorga y/o confirma la Buena Pro; y iii) Opera la denegatoria ficta del recurso de apelación. De esta manera, la buena pro administrativamente firme se produce -entre otros supuestos- cuando luego de haber concluido un proceso de impugnación ante el Tribunal de Contrataciones del Estado -o en su caso, ante la Entidad- y emitida la resolución, esta agota la vía administrativa, pues no cabe impugnación administrativa alguna contra ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 112 del Reglamento [cfr. art. 134 del Nuevo Reglamento]. (Opinión N.º 107-2018/DTN, de 12-07-2018, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KMzpU7>).

§ 1619. La entidad puede negarse a contratar por la causal de norma expresa que limita o prohíbe la contratación del objeto contractual, aun cuando la entrada en vigencia de la norma se dio en un momento posterior al consentimiento de la buena pro (136.2). CONSULTA: “¿Sobre la base de la causal de “norma expresa” consagrada en el numeral 114.2 del artículo 114 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 136.2 del Nuevo Reglamento], una Entidad Pública está habilitada a NEGARSE A CONTRATAR CON EL PROVEEDOR GANADOR DE UNA BUENA PRO cuyo objeto de servicio en la actualidad esté prohibido por la Ley N.º 30793, a pesar de haber quedado firme y/o consentida el otorgamiento de la buena pro antes de la entrada en vigencia de dicha norma, teniendo en cuenta que NO ESTARÍA PROTEGIDA POR EL ARTÍCULO 62 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ al no existir contrato suscrito? ¿De ser el caso existiría imposibilidad de convocar el mismo objeto contractual durante el ejercicio presupuestal, teniendo en cuenta que no fue imputable a la entidad sino fue ejercida por mandato legal?”. [...] 2.4. Ahora bien, atendiendo al tenor de la presente consulta, debe señalarse que en caso se determine que es aplicable en un caso específico una norma que limite o prohíba la contratación del objeto contractual -como podría ser la Ley N.º 30793, Ley que regula el gasto de publicidad del Estado peruano-, la Entidad puede negarse a perfeccionar el contrato sustentando adecuadamente la configuración de la causal “por norma expresa” contemplada por el numeral 114.2 del artículo 114 del Reglamento. 2.5. Consecuentemente, en el caso que corresponda no suscribir contrato debido a la configuración de la causal por “norma expresa” -contemplada por el numeral 114.2 del artículo 114 del Reglamento-, debe tenerse en cuenta que esta situación imposibilita a la Entidad a convocar nuevamente el mismo objeto

contractual durante el ejercicio presupuestal. (Opinión N.º 135-2018/DTN, de 03-09-2018, ff. 2.4 y 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QmARf>).

§ 1620. La desaparición de una necesidad, debidamente acreditada, es un motivo válido para que la Entidad se niegue a firmar un contrato con el postor ganador de la buena pro (136.2). 2.1. [...] [Las] necesidades de las Entidades se encuentran condicionadas por el tiempo; de este modo aquellas tienen un inicio y un final. Cuando surge una necesidad, este inicio da pie al requerimiento del área usuaria. Por otro lado, el final de esta necesidad se da cuando esta se satisface, lo que operativamente se demuestra con la conformidad otorgada por la Entidad, conforme a lo dispuesto por el artículo 176 del Reglamento [cfr. art. 168 del Nuevo Reglamento]. En ese sentido, sólo podría decirse que ha desaparecido la necesidad de una Entidad, cuando esto queda ratificado con la conformidad emitida, en la que dicha Entidad manifiesta que el contratista ha cubierto la necesidad por la que fue contratado. Tomando en cuenta lo expuesto, si es que la necesidad que originó un determinado proceso de selección ha sido satisfecha por otro mecanismo de contratación, implica que aquella habría desaparecido. **2.2.** De acuerdo al artículo 137 del Reglamento [cfr. art. 136 del Nuevo Reglamento], la Entidad no puede negarse a suscribir el contrato, salvo por razones de recorte presupuestal correspondiente al objeto materia del proceso de selección, por norma expresa o porque desaparezca la necesidad, debidamente acreditada. En ese sentido, la desaparición de una necesidad que originó un proceso de selección, debidamente acreditada, es un motivo válido para que la Entidad se niegue a firmar un contrato con el postor ganador de la Buena Pro. (Opinión N.º 076-2011/DTN, de 05-08-2011, ff. 2.1 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2t4VPYA>).

§ 1621. La imposibilidad física del postor ganador es un impedimento temporal o permanente que lo inhabilita a suscribir el contrato, y la imposibilidad jurídica en la afectación temporal o permanente de la capacidad jurídica de la persona para ejercer derechos o cumplir obligaciones (136.3). CONSULTAS: **2.1** “¿La incapacidad física se refiere a causas materiales ajenas a la voluntad que imposibilitan que el representante legal o apoderado se apersonen a suscribir el contrato con la entidad (enfermedad, accidentes, muerte, eventos naturales, etc.)?”. [...] **2.2.** “¿En qué consiste la imposibilidad jurídica?”. [...] CONCLUSIONES: **3.1.** La imposibilidad física del postor ganador de la Buena Pro consiste en un impedimento temporal o permanente que lo inhabilita, irremediable e involuntariamente, a cumplir con su obligación de suscribir el contrato. **3.2.** La imposibilidad jurídica consiste en la afectación temporal o permanente de la capacidad jurídica de la persona para ejercer derechos o cumplir obligaciones, pues de hacerlo se produciría la contravención del marco jurídico aplicable al caso, y consecuentemente, la posible invalidez o ineficacia de los actos así realizados. **3.3.** Corresponde al Tribunal de Contrataciones del Estado determinar, en cada caso concreto, si los hechos presentados constituyen una imposibilidad física o jurídica sobrevinida al otorgamiento de la Buena Pro no atribuible al postor ganador de la Buena Pro, que lo exima de responsabilidad por no suscribir el contrato con la Entidad. (Opinión N.º 102-2014/DTN, de 01-12-2014, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2G9eHyZ>).



Artículo 137: Perfeccionamiento del contrato

137.1. El contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene, salvo en los contratos derivados de procedimientos de Subasta Inversa Electrónica y Adjudicación Simplificada para bienes y servicios en general, en los que el contrato se puede perfeccionar con la recepción de la orden de compra o de servicios, conforme a lo previsto en los documentos del procedimiento de selección, siempre que el monto del valor estimado no supere los Cien Mil con 00/100 Soles (S/ 100 000,00).

137.2. En el caso de procedimientos de selección por relación de ítems, se puede perfeccionar el contrato con la suscripción del documento o con la recepción de una orden de compra o de servicios, cuando el monto del valor estimado del ítem se encuentre dentro del parámetro establecido en el numeral anterior.

137.3. Tratándose de Comparación de Precios, el contrato siempre se perfecciona mediante la recepción de la orden de compra o de servicios.

137.4. En el caso de Catálogos Electrónicos el contrato se perfecciona con la aceptación de la orden de compra y/o servicio, emitida en el aplicativo de Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco, y/u otros documentos que PERÚ COMPRAS determine.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

§ 1622. El contrato se encuentra perfeccionado con la recepción del servicio. Empresa que siguió brindando servicio de alimentación a un hospital público luego de haber vencido un contrato de adjudicación de menor cuantía. *Primero*. [La] materia controvertida en el presente proceso que ha sido objeto de evaluación por las instancias de mérito radicó en determinar la existencia de la obligación demandada por [una empresa proveedora de] Alimentos [...] consistente en el pago de la suma de 123.962.40 nuevos soles como consecuencia del servicio de alimentación y nutrición brindada por su parte a [un] Hospital [público] por el periodo del 25 de agosto de 2006 al 20 de septiembre de ese mismo año brindando el servicio bajo idénticas condiciones luego de haber vencido el primer contrato. [...] *Sexto*. [El] artículo 197 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado [cfr. art. 137 del Nuevo Reglamento] [...], establece en su primer párrafo que: “El contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene. Tratándose de adjudicaciones de menor cuantía, distintas a las convocadas para la ejecución y consultoría de obras, el contrato se podrá perfeccionar con la recepción de la orden de compra o de servicio”. Como puede apreciarse, aquel artículo [...] constituye una disposición que [...] regula dos supuestos: siendo el segundo de ellos el que es materia de controversia, esto es, *Tratándose de adjudicaciones de menor cuantía, distintas a las convocadas para la ejecución y consultoría de obras, el contrato se podrá perfeccionar con la recepción de la orden de compra o de servicio*. *Séptimo*. La distinción evocada por la norma puede entenderse a diferentes cualidades a aquellas por las que fueron convocadas la adjudicación de menor cuantía para su ejecución, siendo posible que aquellas cualidades, difieran en modo, tiempo y lugar. En el presente caso, se observa la existencia [de un] Contrato [...] que se refiere a una Adjudicación de Menor Cuantía por Exoneración número [...] “Servicio de Alimentos para Personas”, el mismo que en su sexta cláusula señala como vigencia del contrato que: “La duración del presente Contrato es por cincuenta días a partir del 3 de junio del año 2006 al 21 de agosto del año 2006, o hasta la culminación del monto ofertado”; empero, de autos se advierte, que aquel servicio se extendió hasta el 20 de septiembre de ese año, hecho que no ha sido rebatido por la entidad recurrente, sino, por el contrario, fue aceptado por el Hospital [...] -lugar donde se ejecutó el servicio- a través de su representante legal, conforme se aprecia del acta de conciliación [...], por lo que se trata de un contrato de adjudicación de menor cuantía que difiere en su plazo de ejecución la misma que no fue rechazada por la entidad beneficiaria sino, por el contrario aquella fue recepcionada, quedando de esa forma perfeccionado el contrato. Un desarrollo como el propuesto por la recurrente [Ministerio de Salud], conllevaría a que esta Suprema Sala, ampare el enriquecimiento indebido de una parte, constituida por la entidad beneficiaria, en desmedro de la parte demandante [la empresa proveedora], lo cual no puede ser a todas luces admisible, más aún si se trata de un servicio esencial para un centro de salud como es la alimentación tanto para el personal como para los pacientes hospitalizados de ese nosocomio, conforme se observa de la cláusula cuarta del contrato referido, lo que podría conllevar a la afectación de otros bienes jurídicos. *Octavo*. En consecuencia, se colige que, conforme a los considerandos precedentes, el primer párrafo del artículo 197 del Reglamento [...], se encuentra correctamente aplicado al encontrarse enmarcado los supuestos fácticos del caso de autos, dentro de lo preceptuado en dicha disposición, por lo que la denuncia formulada por la recurrente [...], debe ser desestimada. En ese mismo sentido, resulta, entonces, correcta la interpretación realizada por el *Ad quem* en la resolución recurrida respecto al artículo 36 [...] de la Ley de Contrataciones [...] [cfr. art. 32 de la Ley vigente]. Sin embargo, corresponde a esta Sala Suprema, a tenor de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 397 del Código Procesal Civil, rectificar la motivación expedida por la Sala de vista en el extremo que señala que dicho servicio se realizó bajo las formalidades establecidas

acreditándose con ello la exigibilidad de la obligación de la accionante, por cuanto, en contrario, a dicha afirmación, y como se ha acreditado a lo largo de ésta resolución, el contrato se encuentra perfeccionado con la recepción del servicio y no con el cumplimiento de las formalidades que establece las disposiciones acotadas, siendo relevante la corrección anotada en este punto. (Casación N.º 683-2009-Lima, de 17-09-2009, ff. jj. 1, 6, 7 y 8. Sala Civil Permanente [EP, 31-05-2010, Sentencias en Casación, Año XIV, N.º 626, p. 27713]. Texto completo: <bit.ly/2TwoIJ0>).

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1623. No puede solicitarse al postor, en la carta de citación para la suscripción del contrato, la presentación de un documento no previsto en las bases. 18. En este punto, cabe apreciar que las bases del proceso no exigían que el postor adjudicado con la Buena Pro presente, para la suscripción del contrato, el certificado de usuario de insumos químicos y productos fiscalizados, siendo que, de los actuados, se aprecia que dicho certificado fue exigido con motivo de la suscripción del contrato, en la carta de citación. **19.** En virtud de ello, en el presente caso se aprecia que se pretende asignar responsabilidad al postor por la no suscripción del contrato, no obstante que, según se advierte, ello se originó en haberle solicitado que presente un documento cuya exigencia nunca le fue advertida o, por lo menos, no en la oportunidad requerida (en las bases del proceso), hecho que este Tribunal no considera amparable. **20.** En este punto, cabe considerar que no resulta pasible de sanción la no suscripción del contrato originada por sobreexigencias al postor fijadas durante el procedimiento de suscripción, dado que dichas exigencias y/o requisitos deben fijarse en las bases del proceso de selección, siendo que un proceder contrario resulta atentatorio de los Principios de Transparencia, Moralidad y Trato Justo e Igualitario de postores. (Resolución N.º 571-2012-TC-S1, de 25-06-2012, ff. 18 al 20. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2vrxrj0>).

§ 1624. Todo adjudicatario tiene la obligación de presentar la documentación exigida para el perfeccionamiento del contrato. El incumplimiento acarrea sanciones, salvo situaciones de excepción. 12. Cabe destacar también que la no suscripción del contrato no sólo se concreta con la omisión de firmar el documento que lo contiene, sino que se configura también con la falta de realización de los actos que preceden al perfeccionamiento del contrato, como es la presentación de los documentos exigidos en las bases toda vez que esto último constituye un requisito indispensable para concretar y viabilizar el perfeccionamiento del mismo. Por tanto, una vez consentida la buena pro de un procedimiento de selección, por disposición de la Ley y el Reglamento, todo adjudicatario tiene la obligación de cumplir con presentar la documentación exigida para el perfeccionamiento del contrato, pues lo contrario, al materializarse el incumplimiento de su obligación, puede generarle la aplicación de las sanciones correspondientes, salvo situaciones de excepción debidamente justificadas. (Resolución N.º 0988-2017-TCE-S3, de 12-05-2017, f. 12. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2QX38vS>).

§ 1625. Requisitos que el postor ganador del procedimiento de selección debe acreditar para justificar la falta de perfeccionamiento del contrato con la Entidad. 16. Por otra parte, en relación al segundo elemento constitutivo del tipo infractor, es decir, que la conducta omisiva del postor adjudicado sea injustificada, es pertinente resaltar que corresponde a este Tribunal determinar si se ha configurado el primer elemento de la conducta típica establecida en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, mientras que corresponde al postor adjudicado probar, fehacientemente, que: i) concurren circunstancias que le hicieron imposible física o jurídicamente la suscripción del contrato con la Entidad o ii) no obstante haber actuado con la diligencia ordinaria, le fue imposible suscribir el contrato respectivo debido a factores ajenos a su voluntad por haber mediado caso fortuito o fuerza mayor. (Resolución N.º 1620-2017-TCE-S1, de 31-07-2017, f. 16. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2TkkQv4>).

§ 1626. Al otorgamiento de la Buena Pro no sólo se otorga derecho de perfeccionar el contrato con la Entidad al postor ganador del procedimiento de selección, sino que tal suscripción contractual constituye una obligación, cuyo incumplimiento puede acarrear sanciones. 10. [...] [En] principio, cabe señalar que, con el otorgamiento de la buena pro, se genera el derecho del postor ganador del procedimiento de selección de perfeccionar el contrato con la Entidad. Sin embargo, dicho perfeccionamiento, además de un derecho, constituye una obligación del postor, quien, como



participante del procedimiento de selección, asume el compromiso de mantener la seriedad de su oferta hasta el respectivo perfeccionamiento del contrato, lo cual involucra su obligación, no solo de perfeccionar el acuerdo a través de la suscripción del documento contractual o la recepción de la orden de compra o de servicios, sino también la de presentar la totalidad de los requisitos requeridos en las bases para ello. (Resolución N.º 1620-2017-TCE-S1, de 31-07-2017, f. 10. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2TkkQv4>).

§ 1627. Para perfeccionar el contrato, es condición necesaria que el postor ganador de la buena pro presente todos los documentos exigido en las bases dentro del plazo legal establecido, pues de no hacerlo impedirá dicho perfeccionamiento. 11. [En] relación al primer elemento constitutivo, es decir, que el contrato no haya llegado a perfeccionarse por el incumplimiento de la obligación de contratar, por parte del postor adjudicado, en principio cabe señalar que, con el otorgamiento de la buena pro, se genera el derecho del postor ganador del procedimiento de selección de perfeccionar el contrato con la Entidad. Sin embargo, dicho perfeccionamiento, además de un derecho, constituye una obligación del postor, quien, como participante del procedimiento de selección, asume el compromiso de mantener la seriedad de su oferta hasta el respectivo perfeccionamiento del contrato, lo cual involucra su obligación; no solo de perfeccionar el acuerdo a través de la suscripción del documento contractual o la recepción de la orden de compra o de servicios, sino también la de presentar la totalidad de los requisitos requeridos en las bases para ello. (Resolución N.º 240-2017-TCE-S1, de 23-02-2017, f. 11. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2rXBjSp>).

§ 1628. La justificación de no contar con la documentación para la suscripción de contrato por ser un imposible jurídico no se condice con el concepto de fuerza mayor, ni con ninguna causa eximente de responsabilidad de la suscripción del contrato. 16. [La] justificación de no contar con la documentación para la suscripción de contrato por ser un imposible jurídico no se condice con el concepto de fuerza mayor, ni con ninguna causa eximente de responsabilidad de la suscripción del contrato. 17. Debe entenderse que todo proceso de selección cuenta con una planificación que va desde los actos previos, que implican la determinación de la necesidad de contar con un servicio, bien u obra, sus características técnicas, valor referencial, su inclusión en el plan anual, asignación presupuestal, el nombramiento del Comité Especial, preparación y publicación de las Bases, la convocatoria y el desarrollo del proceso mismo, que culmina con la elección del ganador de la buena pro. 18. Bajo esta perspectiva, una vez que el proceso de selección ha cumplido su cometido de escoger la contraparte contractual del Estado, no resulta lógico ni eficiente permitir que el ganador de la buena pro, desista de suscribir el contrato por motivos insustanciales, pues todos los recursos de personal, tiempo y dinero invertidos, habrían sido en vano, tomando en consideración que la causa de justificación esgrimida por el Postor, no lo exime de su obligación de suscribir contrato. (Resolución N.º 1283-2011-TC-S4, de 22-07-2011, ff. 16 al 18. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2CaZ98L>).

§ 1629. El supuesto de subsanación de documentos para la firma del contrato, únicamente se puede efectuar sobre documentación efectivamente presentada y no sobre documentos que fueron omitidos. Se retira la buena pro del Consorcio por falta de diligencia de este para presentar la documentación requerida para perfeccionar el contrato. Véase la jurisprudencia del artículo 141º del Nuevo Reglamento [§ 1652]. (Resolución N.º 3009-2016-TCE-S4, de 23-12-2016, ff. 17, 18 y 19. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2BpCA0Y>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1630. Perfeccionado el contrato, el contratista se obliga a ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad, conforme a lo estipulado en el mismo. 2.3.2. [...] [U]na vez perfeccionado un contrato, el contratista se obliga a ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad de conformidad con las disposiciones contractuales; por su parte, la Entidad se compromete a pagar al contratista la contraprestación correspondiente, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato. Así, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada

en el ámbito de la contratación estatal; sin embargo, dicha situación no siempre se verifica durante la ejecución del contrato, pues alguna de las partes podría incumplir parcial o totalmente sus obligaciones, o verse imposibilitada de cumplirlas. Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver el contrato, cuando resulte imposible ejecutar las prestaciones pactadas, o como paliativo ante el incumplimiento de estas. [...] (Opinión N.º 187-2015/DTN, de 15-12-2015, f. 2.3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2tXDS7>).

§ 1631. Es posible que, en el marco de un proceso de selección donde la empresa matriz obtuvo la buena pro, sea la sucursal quien suscriba el contrato respectivo. CONSULTA: 2. “¿(...) Es posible que una sucursal suscriba contratos y asuma los derechos y obligaciones a las que se comprometió la empresa matriz, una vez que le es transferida la titularidad del Registro Nacional de Proveedores que antes estaba a nombre de la matriz?” [...] 2.3. [Toda] vez que la empresa matriz y la sucursal constituyen una misma persona jurídica y que los actos que realiza cualquiera de ellas recae, en todos los casos, en la esfera jurídica de la empresa matriz, resulta posible que, en el marco de un proceso de selección donde la empresa matriz obtuvo la buena pro, sea la sucursal quien suscriba el contrato respectivo, una vez que ésta cuente con el Registro Nacional de Proveedores vigente, que le correspondía con anterioridad a la empresa matriz. (Opinión N.º 062-2010/DTN, de 27-12-2010, ff. 2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2GClqlo>).

§ 1632. Imposibilidad de iniciar la ejecución de prestaciones con anterioridad a la suscripción del contrato, debido a que este aún no existe. 2.1. [...] Una vez perfeccionado el contrato, el contratista queda obligado a ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad de conformidad con las disposiciones contractuales y la Entidad queda obligada a pagarle al contratista la contraprestación correspondiente, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato. De esta manera, la obligación del contratista de cumplir con las prestaciones derivadas de un contrato bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado se origina a partir del día siguiente de suscrito el documento que lo contiene, o desde recibida la orden de compra o de servicios, según corresponda; por lo que, con anterioridad a su perfeccionamiento, el postor ganador de la buena pro no está obligado a ejecutar las prestaciones que surgirían, de perfeccionarse el contrato. 2.2. Preciado lo anterior, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado no prevé la posibilidad de que el postor ganador de la buena pro ejecute algún tipo de “prestación” con anterioridad al perfeccionamiento del contrato, debido a que, al no existir contrato, no existen obligaciones que sustenten dicha ejecución. Es más, en sentido estricto, no se podría decir que existen “prestaciones” o “contratista” con anterioridad al perfeccionamiento del contrato ya que, a pesar de que se ha otorgado la Buena Pro, todavía no se han cumplido con las formalidades requeridas para la existencia del contrato [...]. (Opinión N.º 165-2015/DTN, de 19-10-2015, ff. 2.1 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TysSju>).

§ 1633. Los impedimentos al funcionario público y sus parientes se configuran desde el primer día que el funcionario público asume el cargo. Véase la jurisprudencia del artículo 11.1.h de la Ley [§ 377]. (Opinión N.º 166-2017/DTN, de 03-08-2017, ff. 2.1, 2.1.4 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KCVcxj>).

Artículo 138: Contenido del Contrato

138.1. El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas, la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.

138.2. El contrato incluye, bajo responsabilidad, cláusulas referidas a: i) Garantías, ii) Anticorrupción, iii) Solución de controversias y iv) Resolución por incumplimiento.

138.3. Tratándose de los contratos de obra se incluyen, además, las cláusulas que identifiquen los riesgos que pueden ocurrir durante la ejecución de la obra y la determinación de la parte del contrato que los asume durante la ejecución contractual.



138.4. Cláusulas Anticorrupción

Conforme a lo establecido en los artículos 32 y 40 de la Ley, todos los contratos incorporan cláusulas anticorrupción, bajo sanción de nulidad. Dichas cláusulas tienen el siguiente contenido mínimo:

a) La declaración y garantía del contratista de no haber, directa o indirectamente, o tratándose de una persona jurídica a través de sus socios, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores o personas vinculadas a las que se refiere el artículo 7, ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal en relación al contrato.

b) La obligación del contratista de conducirse en todo momento, durante la ejecución del contrato, con honestidad, probidad, veracidad e integridad y de no cometer actos ilegales o de corrupción, directa o indirectamente o a través de sus socios, accionistas, participacionistas, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores y personas vinculadas a las que se refiere el artículo 7.

c) El cumplimiento del contratista de: i) comunicar a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna, cualquier acto o conducta ilícita o corrupta de la que tuviera conocimiento; y ii) adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos o prácticas.

El incumplimiento de las obligaciones establecidas en estas cláusulas, durante la ejecución contractual, da el derecho a la Entidad correspondiente a resolver automáticamente y de pleno derecho el contrato, bastando para tal efecto que la Entidad remita una comunicación informando que se ha producido dicha resolución, sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas a que hubiera lugar. ^{(a) (b)}

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

- (a) Véase la Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD, "Participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado" (EP, 29-01-2019) [D-018].
- (b) Véase la Directiva N.º 001-2018-OSCE/CD, "Requisito de solvencia económica en adjudicaciones simplificadas cuyo uso se autoriza mediante normas de excepción" (EP, 16-03-2018) [D-016].

DEFINICIONES

CONTRATISTA: El proveedor que celebra un contrato con una Entidad de conformidad con las disposiciones de la Ley y el Reglamento.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1634. El calendario de avance de obra entra en vigencia junto con los demás extremos del contrato, al día siguiente de efectuada la suscripción del contrato entre la Entidad y el contratista.

CONSULTA: 2.1. "En una Convocatoria para la Contratación de ejecución de obras, ¿en qué momento el Calendario entregado por el Contratista para la suscripción del Contrato pasa a formar parte de este?, ¿en qué momento este Calendario entra en vigencia? [...] 2.1.3. Ahora bien, debe indicarse que de conformidad con el primer párrafo del artículo 142 del anterior Reglamento [cfr. art. 138 del Nuevo Reglamento], "El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato." (El subrayado es agregado). De esta manera, el calendario de avance de obra al establecer obligaciones para las partes y al estar señalado en el contrato, constituía parte integrante del mismo; en consecuencia, dicho calendario entraba en vigencia, junto con los demás extremos del contrato, al día siguiente de efectuada la suscripción del documento correspondiente por parte de la Entidad y el postor ganador de la Buena Pro. (Opinión N.º 203-2016/DTN, de 23-12-2016, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ag2IKM>).

§ 1635. Una vez otorgada la buena pro no se podrá efectuar agregados que impliquen alguna modificación a las reglas consolidadas durante el proceso de selección. 2.2. Ahora bien, el artículo 142 del Reglamento [cfr. art. 138 del Nuevo Reglamento] precisa que el contrato está conformado

por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato. En ese sentido, una vez que se haya otorgado la buena pro y se requiera la firma de las partes a fin de iniciar la relación contractual no se podrá efectuar agregados que impliquen alguna modificación a las reglas consolidadas durante el proceso de selección, las cuales se encuentran recogidas en las Bases Integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección. (Opinión N.º 030-2011/DTN, de 15-03-2011, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QTcFmS>).

§ 1636. **Gestión de Riesgos en la planificación de obras.** Véase la jurisprudencia del artículo 32.2 de la Ley [§ 557]. (Opinión N.º 152-2017/DTN, de 07-07-2017, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PrmW9f>).

§ 1637. **Si las bases integradas no establecían expresamente la obligación de ejecutar las prestaciones con equipos cuya antigüedad máxima debía mantenerse a lo largo del contrato, se entenderá que dicha antigüedad solo debería verificarse hasta antes de la suscripción del contrato.** Véase la jurisprudencia del artículo 72º del Nuevo Reglamento [§ 1487]. (Opinión N.º 177-2018/DTN, de 25-10-2018, ff. 2.1, 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2P847Yn>).

§ 1638. **Derechos y obligaciones de las partes en los contratos administrativos.** Véase la jurisprudencia del artículo 32.1 de la Ley [§ 556]. (Opinión N.º 185-2015/DTN, de 09-12-2015, f. 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TzAJNh>).

REMISIÓN

§ 1638a. **Sobre la participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado.** Véase también la jurisprudencia de la Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD [§ 2239 ss.].

Artículo 139: Requisitos para perfeccionar el Contrato

139.1. Para perfeccionar el contrato, el postor ganador de la buena pro presenta, además de los documentos previstos en los documentos del procedimiento de selección, lo siguiente:

- a) Garantías, salvo casos de excepción.
- b) Contrato de consorcio, de ser el caso.
- c) Código de cuenta interbancaria (CCI).
- d) Documento que acredite que cuenta con facultades para perfeccionar el contrato, cuando corresponda.
- e) Los documentos que acrediten el requisito de calificación referidos a la capacidad técnica y profesional en el caso de obras y consultoría de obras.

139.2. Estos requisitos no son exigibles cuando el contratista sea otra Entidad, cualquiera sea el procedimiento de selección, con excepción de las Empresas del Estado. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

- (a) Véase la Directiva N.º 013-2016-OSCE/CD, "Procedimiento de expedición de las constancias de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado, capacidad libre de contratación e informativa de no estar inhabilitado o suspendido" (EP, 11-01-2016) [D-013].

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1639. **El perfeccionamiento del contrato va de la mano con la realización de los actos que buscan perfeccionarlo.** 17. [...] [E]l perfeccionamiento del contrato no sólo se concreta con la suscripción del documento que lo contiene, sino que va de la mano con la realización de los actos que preceden



al perfeccionamiento del mismo, como es la presentación de los documentos exigidos en las bases, toda vez que dicho accionar constituye un requisito indispensable o de vital importancia para concretar y viabilizar el perfeccionamiento de la relación contractual. (Resolución N.º 1218-2015-TCE-S2, de 13-05-2015, f. 17. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2Wuz4e9>).

§ 1640. La no suscripción del contrato puede darse por el incumplimiento de los actos anteriores al perfeccionamiento o formalización del contrato. 9. Cabe destacar que la no suscripción del contrato no sólo se concreta con la no suscripción del documento que lo contiene, sino que va de la mano con la falta de realización de los actos que preceden a la formalización y/o perfeccionamiento del mismo, como es la presentación de los documentos exigidos en las bases y los indicados en el artículo 141 del Reglamento [cfr. art. 139 del Nuevo Reglamento], toda vez que esto último constituye un requisito indispensable o de vital importancia para concretar y viabilizar la suscripción del contrato. Por tanto, una vez consentida la buena pro de un proceso de selección, por disposición de la Ley y el Reglamento, todo adjudicatario tiene la obligación de cumplir con presentar la documentación exigida para la suscripción del contrato, y de apersonarse a la Entidad dentro del plazo legal establecido para dicho efecto. (Resolución N.º 2900-2016-TCE-S2, de 07-12-2016, f. 9. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2sYR02U>).

§ 1641. Luego de otorgada la buena pro, es obligación del postor ganador presentar todos los documentos exigidos en las bases dentro del plazo legal establecido con la finalidad de poder suscribir el contrato. El incumplimiento de esta obligación será causal de sanción. 7. [Se] tiene que el tipo legal contenido en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley [cfr. art. 50.1.b de la Ley vigente], que a la letra dice: “Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que: (...) no suscriban injustificadamente el contrato o acuerdo de Convenio Marco (...), se relaciona con el artículo 137 del Reglamento [cfr. art. 136 del Nuevo Reglamento], que establece el mandato concreto de “(...) tanto la Entidad como el o los postores ganadores, están obligados a suscribir el o los contratos respectivos”. **8.** Siendo así, el artículo 137 del Reglamento Ley, establece con precisión la obligación de contratar que surge tanto para la Entidad como para el postor que resulte ganador de la buena pro, la misma que adopta ese carácter desde que la buena pro ha quedado consentida; siendo el caso que el postor ganador no cumpla con dicha obligación, será pasible de la sanción correspondiente, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la buena pro que le sea atribuible, declarada por el Tribunal. **9.** Es necesario señalar que para el cumplimiento de la obligación establecida en el referido artículo 137, es condición necesaria que el postor ganador de la buena pro presente todos los documentos exigidos en las bases, dentro del plazo legal establecido, ya que de no hacerlo, no se podría suscribir el contrato, y con ello, se configuraría la infracción establecida en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, conforme a lo expuesto en el numeral precedente. (Resolución N.º 0063-2016-TCE-S2, de 12-01-2016, ff. 7, 8 y 9. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2zXM1fA>).

§ 1642. La no suscripción del contrato no sólo se concreta con la no suscripción del documento que lo contiene, sino que va de la mano con la falta de realización de los actos que preceden a su perfeccionamiento. 16. [De] conformidad con lo establecido en el artículo 114 del Reglamento [cfr. art. 136 del Nuevo Reglamento], una vez que la buena pro ha quedado consentida, o administrativamente firme, tanto la Entidad como el o los postores ganadores, están obligados a contratar. **17.** [Para] perfeccionar el contrato, es condición necesaria que el postor ganador de la buena pro presente todos los documentos exigidos en las bases dentro del plazo legal establecido, pues no hacerlo impediría dicho perfeccionamiento. **18.** Cabe destacar también que la no suscripción del contrato no sólo se concreta con la no suscripción del documento que lo contiene, sino que va de la mano con la falta de realización de los actos que preceden a su perfeccionamiento, como es la presentación de los documentos exigidos en las bases, toda vez que esto último constituye un requisito indispensable o de vital importancia para concretar y viabilizar la suscripción del mismo. (Resolución N.º 1382-2017-TCE-S1, de 28-06-2017, ff. 16, 17 y 18. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2zk5Y7p>).

REMISIÓN

§ 1642a. Sobre el procedimiento de expedición de las constancias de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado, capacidad libre de contratación e informativa de no estar inhabilitado o suspendido. Véase la jurisprudencia de la Directiva N.º 013-2016-OSCE/CD [§ 2238].

Artículo 140: Contrato de consorcio

140.1. El contrato de consorcio se formaliza mediante documento privado con firmas legalizadas de cada uno de los integrantes ante Notario, designándose en dicho documento al representante común. No tienen eficacia legal frente a la Entidad contratante los actos realizados por personas distintas al representante común.

140.2. Las disposiciones aplicables a consorcios son establecidas mediante Directiva emitida por el OSCE. ^{(a) (b)}

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

- (a) Véase la Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD, "Participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado" (EP, 29-01-2019) [D-018].
- (b) Véase la Directiva N.º 001-2018-OSCE/CD, "Requisito de solvencia económica en adjudicaciones simplificadas cuyo uso se autoriza mediante normas de excepción" (EP, 16-03-2018) [D-016].

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1643. La participación de los postores en consorcio no implica crear una persona jurídica diferente. **10.** [...] [En] los procesos de selección podrán participar distintos postores en consorcio, sin que ello implique crear una persona jurídica diferente, debiendo acreditarse para ello la existencia de una promesa formal de consorcio, la que se perfeccionará luego del otorgamiento de la buena pro y antes de la suscripción del contrato. [...]. (Resolución N.º 345-2005-TC-SU, de 07-04-2005, f. 10. Dirección de Supervisión. Texto completo: <bit.ly/2Go86iH>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1644. **Concepto y formalidades del contrato de consorcio. La modificación de la denominación del consorcio ganador de la buena pro no imposibilita a la Entidad a suscribir el contrato.** **2.2.** [...] [El] consorcio, de acuerdo con la Ley General de Sociedades, Ley N.º 26887, es un contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía. Atendiendo a ello, la normativa sobre contratación pública permite que las personas naturales o jurídicas participen en los procesos de selección de forma asociada, mediante la conformación de un consorcio, sin que ello suponga la existencia de una persona jurídica diferente. [...] Para tal efecto, las personas que participen en consorcio, en un proceso de selección, deberán acreditar la existencia de una promesa formal que asegure la seriedad del compromiso. Dicha promesa se presentará en el sobre que contiene la propuesta técnica y deberá formalizarse antes de la suscripción del contrato, toda vez que dicho documento constituye un requisito para su suscripción. Ahora bien, formalizado el contrato de consorcio, sus miembros pueden optar por mantener contabilidades independientes o llevarla de manera conjunta. En este último supuesto, el consorcio deberá inscribirse en el Registro Único de Contribuyentes (RUC). De este modo, si como consecuencia de su inscripción en dicho Registro, el consorcio ganador de la buena pro tuviera que modificar su denominación social, este hecho no resulta suficiente para afirmar que quien pretende suscribir el contrato es un consorcio distinto que aquel que obtuvo la buena pro. Por tanto, la modificación de la denominación del consorcio ganador de la buena pro no imposibilita a la Entidad a suscribir el contrato, siempre que se verifique la

identidad entre las personas naturales y/o jurídicas que lo conforman y las que suscribirán el contrato. (Opinión N.º 034-2010/DTN, de 30-04-2010, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CZbRsK>).

§ 1645. En el caso de consorcios, estos se obligan a ejecutar las prestaciones objeto del contrato suscrito con la entidad, conforme a lo previsto en la promesa formal de consorcio. No puede modificarse la conformación del consorcio durante la ejecución contractual. 2.1.2. [U]na vez perfeccionado el contrato, surge la relación jurídica patrimonial, en virtud de la cual el contratista se encuentra obligado a ejecutar determinada prestación a favor de la Entidad –que puede consistir en la entrega o suministro de bienes, la prestación de un servicio o la ejecución de una obra– y esta, a su vez, se obliga, principalmente, a pagar la respectiva contraprestación al contratista. Así, en el caso de los consorcios, estos se obligan a ejecutar las prestaciones objeto del contrato suscrito con la Entidad, conforme a lo previsto en la promesa formal de consorcio y/o en el respectivo contrato de consorcio, ya sean obligaciones referidas al objeto de la convocatoria u obligaciones vinculadas con la gestión administrativa, económica, financiera, etc. del contrato celebrado. Por lo tanto, dado que una vez suscrito el contrato toda obligación contenida en este debe ser cumplida por los sujetos de la relación contractual; cuando el contratista sea un consorcio, no cabe variación en su conformación –ya sea por incorporación o sustitución de un integrante–, tal como se ha precisado en opiniones previas; máxime si sobre la base de la información presentada por sus integrantes para la evaluación y calificación de su propuesta, es que la Entidad le otorgó la Buena Pro. No obstante, si pese a lo antes señalado durante la ejecución de un contrato un consorcio varía su conformación, la Entidad tiene la potestad de resolver el contrato, sin perjuicio de, además, comunicar el incumplimiento al Tribunal de Contratación del Estado para que este inicie el respectivo procedimiento administrativo sancionador e imponga la sanción correspondiente, de ser el caso. [...] 2.1.4. De conformidad con lo expuesto, debe indicarse que, cuando el contratista es un consorcio, no cabe variación alguna en su conformación durante la ejecución contractual; de lo contrario, la Entidad puede resolver el contrato por incumplimiento, sin perjuicio de comunicar tal hecho al Tribunal de Contratación del Estado para que este inicie el respectivo procedimiento administrativo sancionador e imponga la sanción correspondiente, de ser el caso. (Opinión N.º 024-2013/DTN, de 22-03-2013, ff. 2.1.2 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2C5tzt4>).

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 1646. No puede acreditarse los porcentajes de participación de los consorciados a través de un contrato de consorcio sin firma legalizada, pues resultan documentos privados del contratista. 2.2. [...] El recurrente cuestiona que a través del acogimiento de la Observación N.º 17 del participante [empresa constructora] se haya permitido la presentación de contratos de consorcio sin firmas legalizadas para acreditar el porcentaje de participación de los consorciados, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 145 del Reglamento [cfr. art 140 del Nuevo Reglamento]. En tal sentido, se estaría solicitando que dicha exigencia se adecúe a lo establecido en la normativa de contratación pública. PRONUNCIAMIENTO. [...] [E]l artículo 145º del Reglamento señala que, el contrato de consorcio se formaliza mediante documento privado con firmas legalizadas ante Notario Público por cada uno de los integrantes, de sus apoderados o de sus representantes legales, según corresponda. Asimismo, dicho contrato deberá contener el porcentaje de participación de cada consorciado, conforme a lo señalado en la promesa formal de consorcio. En tal sentido, si bien la normativa de contratación pública no exige elevar a escritura pública el contrato de consorcio, el hecho que un postor quiera acreditar su experiencia mediante el testimonio del contrato de consorcio no debe constituir un impedimento, caso contrario, se estaría vulnerando los principios de Libre Concurrencia y Competencia y de Trato Justo e Igualitario. Por tanto, de acuerdo a la normativa de contratación pública, resultan documentos válidos para acreditar el porcentaje de participación de un consorciado en la ejecución de un contrato, el testimonio del contrato de consorcio y el contrato de consorcio con firmas legalizadas ante Notario Público. Ahora bien, debe tenerse presente que los contratos de consorcio sin firmas legalizadas resultan documentos privados del contratista, por lo que estos no acreditarían fehacientemente los porcentajes

de participación de estos en la ejecución de un contrato. Estando a lo expuesto, este Organismo Supervisor decide ACOGER el presente cuestionamiento; por lo que deberá suprimirse de las Bases integradas que el porcentaje de participación en un consorcio pueda ejecutarse con el contrato de consorcio, dado que para cumplir dicha finalidad podrá presentarse i) el testimonio del contrato de consorcio o ii) el contrato de consorcio con firmas legalizadas ante Notario Público, acorde a lo señalado en el artículo 145 del Reglamento. (Pronunciamiento N.º 081-2013/DSU, de 18-01-2013, f. 2.2. Dirección de Supervisión. Texto completo: <bit.ly/2ANV7mW>).

REMISIÓN

§ 1646a. Sobre la participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado. Véase también la jurisprudencia de la Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD [§ 2239 ss.].

Artículo 141: Plazos y procedimiento para el perfeccionamiento del Contrato

Los plazos y el procedimiento para perfeccionar el contrato son los siguientes:

a) Dentro del plazo de ocho (8) días hábiles siguientes al registro en el SEACE del consentimiento de la buena pro o de que esta haya quedado administrativamente firme, el postor ganador de la buena pro presenta los requisitos para perfeccionar el contrato. En un plazo que no puede exceder de los dos (2) días hábiles siguientes de presentados los documentos la Entidad suscribe el contrato o notifica la orden de compra o de servicio, según corresponda, u otorga un plazo adicional para subsanar los requisitos, el que no puede exceder de cuatro (4) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la Entidad. A los dos (2) días hábiles como máximo de subsanadas las observaciones se suscribe el contrato.

b) Cuando la Entidad no cumpla con perfeccionar el contrato dentro de los plazos establecidos en el literal a), el postor ganador de la buena pro puede requerirla para ello, dándole un plazo de cinco (5) días hábiles. Vencido el plazo otorgado, sin que la Entidad haya perfeccionado el contrato, el postor ganador tiene la facultad de dejar sin efecto el otorgamiento de la buena pro, con lo cual deja de estar obligado a la suscripción del mismo o a la recepción de la orden de compra o de servicio.

En este supuesto la Entidad no puede convocar el mismo objeto contractual en el ejercicio, bajo responsabilidad.

c) Cuando no se perfeccione el contrato, por causa imputable al postor, éste pierde automáticamente la buena pro.

En tal supuesto, el órgano encargado de las contrataciones, en un plazo máximo de tres (3) días hábiles, requiere al postor que ocupó el segundo lugar que presente los documentos para perfeccionar el contrato en el plazo previsto en el literal a). Si el postor no perfecciona el contrato, el órgano encargado de las contrataciones declara desierto el procedimiento de selección.

DEFINICIONES

BUENA PRO ADMINISTRATIVAMENTE FIRME: Se produce cuando habiéndose presentado recurso de apelación, ocurre alguno de los siguientes supuestos: i) Se publica en el SEACE que el recurso de apelación ha sido declarado como no presentado o improcedente; ii) Se publica en el SEACE la resolución que otorga y/o confirma la buena pro; y iii) Opera la denegatoria ficta del recurso de apelación.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1647. Consentida la buena pro o administrativamente firme, la Entidad y los postores ganadores están obligados a contratar. El postor ganador es administrativamente responsable de la no suscripción del contrato por causa suya, a menos que cuente con justificación o causal eximente. 2. Al respecto, la infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 artículo 50 de la Ley, establece que el Tribunal de Contrataciones impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y contratistas que incumplan injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato

o formalizar Acuerdos Marco. En este contexto, el tipo legal señalado, se vincula con el mandato establecido en el artículo 114 del Reglamento [cfr. art. 136 del Nuevo Reglamento] según el cual: *“una vez que la buena pro ha quedado consentida, o administrativamente firme, tanto la Entidad como el o los postores ganadores, están obligados a contratar”*. 3. En tal sentido, puede señalarse que, tanto para la Entidad como para el postor que resulte ganador de la buena pro, la obligación de contratar surge una vez que ésta quedó consentida o administrativamente firme; siendo el caso que el postor ganador que no cumple con dicha obligación, puede ser pasible de una sanción administrativa, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la buena pro que no le sea atribuible, declarada por el Tribunal. 4. Es necesario señalar que para perfeccionar el contrato es condición necesaria que el postor ganador de la buena pro presente todos los documentos exigidos en las bases dentro del plazo legal establecido, pues no hacerlo impediría dicho perfeccionamiento. 5. Siendo así, corresponde a este Colegiado analizar la existencia de responsabilidad administrativa de la Adjudicataria por incumplir injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato derivado del procedimiento de selección. 6. En el presente caso, el procedimiento para perfeccionar el contrato se encuentra previsto en el numeral 1 del artículo 119 del Reglamento [cfr. art. 141.a del Nuevo Reglamento], el cual dispone que dentro del plazo de ocho (8) días hábiles siguientes al registro en el SEACE del consentimiento de la buena pro o de que esta haya quedado administrativamente firme, el postor ganador de la buena pro debe presentar la totalidad de los requisitos para perfeccionar el contrato. Asimismo, en un plazo que no puede exceder de los tres (3) días hábiles siguientes de presentados los documentos la Entidad debe suscribir el contrato o notificar la orden de compra o de servicio, según corresponda u otorgar un plazo adicional para subsanar los requisitos, plazo que no puede exceder de cinco (5) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la Entidad. Subsanas las observaciones, las partes deben suscribir el contrato. Asimismo, el numeral 3 del citado artículo refiere que cuando no se perfeccione el contrato por causa imputable al postor, éste pierde automáticamente la buena pro. 7. Atendiendo a dichas disposiciones, la normativa ha regulado de manera precisa el procedimiento que las partes de la futura relación contractual deben seguir a efectos de formalizar el correspondiente instrumento fuente de obligaciones, estableciendo, dentro de él, una serie de exigencias de cumplimiento obligatorio por parte del postor adjudicado, cuya inobservancia puede originar responsabilidad administrativa, debido a la necesidad de garantizar que las contrataciones se efectúen en la oportunidad requerida por el Estado, sin generar dilaciones que comprometan el cumplimiento de las finalidades públicas que persiguen los contratos. Sin embargo, dicho procedimiento, a su vez, se encuentra establecido a efectos de dotar de garantías a los postores, de tal forma que con su cumplimiento se evita que las Entidades puedan establecer nuevas exigencias (en cuanto a plazos y requisitos) no previstas en las bases, que tornen inviable el perfeccionamiento del contrato por parte del postor adjudicado. 8. En ese orden de ideas, y a efectos de analizar la eventual configuración de la infracción por parte de la Adjudicataria, en el presente caso, corresponde determinar el plazo con el que ésta contaba para presentar la documentación prevista en las bases para el perfeccionamiento del contrato. Asimismo, se deberá establecer el plazo con el que contaba la Adjudicataria para la suscripción del contrato. [...]. 13. [I]ncurre en responsabilidad administrativa el postor ganador de la buena pro que no cumpla con la obligación de perfeccionar el contrato o formalizar el Acuerdo Marco, omitiendo tal obligación sin mediar justificación o causal eximente para ello. 14. Al respecto, el Tribunal ha reconocido en sendas resoluciones que las causas eximentes de responsabilidad del postor por no suscribir el contrato son: (i) imposibilidad física que no le sea atribuible, e (ii) imposibilidad jurídica que no le sea atribuible; en ambos casos, la imposibilidad debe ser sobrevenida al otorgamiento de la buena pro. 15. Por tanto, a efectos de determinar la existencia de responsabilidad administrativa por la infracción establecida en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, se considera que la omisión de perfeccionar el contrato es injustificada cuando no se sustente en algunas de las causales antes detalladas. [...] [L]a imposibilidad física del postor ganador de la buena pro se encuentra referida a un obstáculo temporal o permanente que lo inhabilite, irremediable e involuntariamente, a cumplir con su obligación de perfeccionar el contrato. Asimismo, la imposibilidad jurídica del postor ganador, se produce cuando aparece un obstáculo legal que se opone a la realización de la obligación de perfeccionar el contrato, aunque la misma materialmente todavía pueda ser cumplida.

En este contexto, es preciso reiterar que la imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la buena pro no atribuible al postor ganador es determinada por el Tribunal, en función al análisis del caso concreto. (Resolución N.º 2465-2016-TCE-S2, de 19-10-2016, ff. 2 al 8 y 13 al 15. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2S93pR3>).

§ 1648. Procedimiento para perfeccionar el contrato. El procedimiento dota de garantía a los postores, de tal forma que con su cumplimiento evita que las Entidades puedan establecer nuevas exigencias no previstas en las bases. 13. Debe tenerse presente que el procedimiento para perfeccionar el contrato se encuentra previsto en el numeral 1 del artículo 119 del Reglamento, el cual dispone que, **dentro del plazo de ocho (8) días hábiles** siguientes al registro en el SEACE del consentimiento de la buena pro o de que ésta haya quedado administrativamente firme, el postor ganador de la buena pro debe presentar la totalidad de los requisitos para perfeccionar el contrato. Asimismo, en un plazo que no puede exceder de los tres (3) días hábiles siguientes de presentados los documentos, la Entidad debe suscribir el contrato o notificar la orden de compra o de servicio, según corresponda, u otorgar un plazo adicional para subsanar los requisitos, plazo que no puede exceder de cinco (5) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la Entidad. Subsanadas las observaciones, al día siguiente, las partes deben suscribir el contrato. Así también, el numeral 3 del citado artículo refiere que cuando no se perfecciona el contrato por causa imputable al postor, éste pierde automáticamente la buena pro. [...] **15.** [...] [La] normativa ha regulado, de manera precisa, el procedimiento que las partes de la futura relación contractual deben seguir a efectos de formalizar el correspondiente instrumento fuente de obligaciones, estableciendo, dentro de él, una serie de exigencias de cumplimiento obligatorio por parte del postor adjudicado, cuya inobservancia puede originar responsabilidad administrativa, debido a la necesidad de garantizar que las contrataciones se efectúen en la oportunidad requerida por el Estado, sin generar dilaciones que comprometan el cumplimiento de las finalidades públicas que persiguen los contratos. Sin embargo, dicho procedimiento, a su vez, se encuentra establecido a efectos de dotar de garantías a los postores, de tal forma que con su cumplimiento se evita que las Entidades puedan establecer nuevas exigencias (en cuanto a plazos y requisitos) no previstas en las bases, que tornen inviable el perfeccionamiento del contrato por parte del postor adjudicado. (Resolución N.º 1620-2017-TCE-S1, de 31-07-2017, ff. 13 y 15. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2TkkQv4>).

§ 1649. Si una vez presentados los documentos por el adjudicatario dentro del plazo, pero de manera deficiente, la Entidad no otorga un plazo adicional para subsanar tal ofrecimiento, se concluye entonces que el Adjudicatario no perfeccionó el contrato de manera justificada, eximiéndolo de sanción. 24. Al respecto, conforme se ha indicado en fundamentos precedentes, el numeral 1 del artículo 119 del Reglamento [cfr. art. 141.1 del Nuevo Reglamento] establece que dentro del plazo de ocho (8) días hábiles siguientes al registro en el SEACE del consentimiento de la buena pro, el postor ganador de la buena pro debe presentar la totalidad de los requisitos para perfeccionar el contrato y, en un plazo que no puede exceder de los tres (3) días hábiles siguientes de presentados los documentos, la Entidad **debe** suscribir el contrato, **u otorgar un plazo adicional** para subsanar los requisitos, el que no puede exceder de cinco (5) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la Entidad. Al respecto, nótese que el citado artículo 119, en primera instancia, precisa que dentro de los tres (3) días siguientes de presentados los documentos por el Adjudicatario, la Entidad **debe:** i) formalizar el contrato, u ii) otorgar un plazo adicional para subsanar los requisitos; por lo que se colige que la “no presentación” de un requisito, debe ser observada por la Entidad, otorgando al Adjudicatario un plazo para su subsanación. **25.** En el presente caso analizado, al no haber requerido la Entidad al Adjudicatario que subsane la omisión de los documentos no presentados, incumplió con el procedimiento de suscripción del contrato recogido en el Reglamento. **26.** En ese contexto, si bien existió el incumplimiento de la obligación del Adjudicatario de presentar la totalidad de los documentos para perfeccionar la relación contractual con la Entidad, no es posible determinar si, de haber la Entidad otorgado el plazo previsto reglamentariamente para la subsanación de los requisitos emitidos, el Adjudicatario habría o no procedido en tal sentido. Por ello, no es posible concluir que el Adjudicatario no perfeccionó de manera injustificada la relación contractual, al advertirse que la Entidad no cumplió con el procedi-



miento previsto en el inciso 1 del artículo 119 del Reglamento, por lo que en el presente caso no se puede determinar la configuración de la infracción administrativa tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley N.º 30225, por lo que no corresponde imponer sanción al Adjudicatario. (Resolución N.º 1319-2017-TCE-S1, de 21-06-2017, ff. 24, 25 y 26. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2zhbrM6>).

§ 1650. En los casos que la presentación de la documentación necesaria para la firma del contrato se vea imposibilitada por situaciones ajenas a la esfera de acción del adjudicatario, este podrá solicitar una prórroga del plazo previsto. 19. [...] [Es] de entera responsabilidad de los postores adjudicados, gestionar oportunamente los documentos para la firma del contrato y presentarlos ante la Entidad en la fecha indicada, pues participar en un proceso de selección implica un conocimiento previo de las bases y, en consecuencia, de los documentos que le serán requeridos en las diferentes etapas del mismo. No obstante, lo señalado, para situaciones ajenas a la esfera de acción del Adjudicatario, que lo imposibiliten a presentar de forma oportuna la documentación para la firma de contrato, la norma ha previsto la posibilidad de que se solicite a la Entidad la ampliación del plazo previsto para tal efecto, solicitud que debe ser formulada de forma previa al vencimiento de éste. En el presente caso, se verifica que el Adjudicatario no presentó los documentos necesarios para la firma del contrato y tampoco concurrió a la Entidad, dando lugar a que éste no se suscriba en el plazo legal previsto. Sobre el particular, según se desprende del expediente administrativo, hasta la fecha, el Adjudicatario no ha presentado descargos respecto a la imputación realizada en su contra; por lo tanto, no ha acreditado circunstancias que le hayan imposibilitado física o jurídicamente cumplir con la presentación de la documentación requerida en las bases y, posteriormente, suscribir el contrato con la Entidad; o que, a pesar de haber actuado con la diligencia ordinaria le fue imposible suscribir el contrato respectivo como consecuencia de una situación imprevisible, irresistible y sobrevenida (caso fortuito o fuerza mayor) que justifique la no presentación de los documentos para la suscripción del contrato que devinieron en la no formalización del mismo, y que de esa forma se le exima de responsabilidad. (Resolución N.º 0063-2016-TCE-S2, de 12-01-2016, f. 19. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2zXMIfA>).

§ 1651. Si el postor ganador al que se le otorgó la buena pro no presenta la documentación o no concurra a suscribir el contrato de manera injustificada, perderá automáticamente la buena pro. 4. Sobre el particular, el numeral 1 del artículo 148 del Reglamento [cfr. art. 141.a del Nuevo Reglamento], establece que dentro del plazo de doce (12) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro o cuando esta haya quedado administrativamente firme, debe suscribirse el contrato. Asimismo, precisa que dentro del referido plazo: a) El postor ganador debe presentar la totalidad de la documentación prevista en las Bases, b) La Entidad, de corresponder, solicita la subsanación de la documentación presentada y c) El postor ganador subsana las observaciones formuladas por la Entidad. Asimismo, el numeral 7 del artículo 148 del Reglamento [cfr. art. 141.c del Nuevo Reglamento], dispone que cuando el postor ganador no presente la documentación y/o no concurra a suscribir el contrato injustificadamente, según corresponda, en los plazos antes indicados, perderá automáticamente la Buena Pro, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable. En tal caso, el órgano encargado de las contrataciones citará al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación a fin que presente la documentación y suscriba el contrato en el plazo previsto en el numeral 1 previsto en dicho numeral. (Resolución N.º 0270-2016-TCE-S3, de 03-03-2016, f. 4. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2DIrMWk>).

§ 1652. El supuesto de subsanación de documentos para la firma del contrato, únicamente se puede efectuar sobre documentación efectivamente presentada y no sobre documentos que fueron omitidos. Se retira la buena pro del Consorcio por falta de diligencia de este para presentar la documentación requerida para perfeccionar el contrato. 17. En relación con ello, cabe precisar que si bien es cierto el numeral 4 del artículo 148 del Reglamento [cfr. art. 141 del Nuevo Reglamento] establece que dentro del plazo de siete (7) días hábiles siguientes al consentimiento de la buena pro, debe notificarse la orden de compra o de servicios, dentro del referido plazo el postor ganador debe presentar la totalidad de la documentación prevista en las bases. De cumplir con dicha obligación, la Entidad

-de corresponder- solicita la subsanación de la documentación presentada, y el postor ganador subsana las observaciones formuladas por la Entidad; cierto es también que, para que el postor adjudicado con la buena pro, cuente con la posibilidad de que la Entidad formule observaciones a su documentación y pueda subsanarlas, debe presentarle la misma con la anticipación respectiva, a fin de que la Entidad cuente con el tiempo pertinente para examinar los instrumentos que le presenten para la suscripción del contrato. En el presente caso el propio Consorcio reconoce que no tenía la documentación completa a la fecha límite para su presentación ante la entidad. **18.** En igual sentido, es oportuno mencionar que el supuesto de subsanación de documentos para la firma del contrato, únicamente se puede efectuar sobre documentación efectivamente presentada y no sobre documentos que fueron omitidos o no presentados como se aprecia en el presente caso. **19.** Por consiguiente, atendiendo a la falta de diligencia del Consorcio evidenciada en el hecho de que no presentó la documentación para emisión de la orden de compra, los cuales fueron requeridos expresamente en las bases del proceso de selección; este Colegiado concluye que la decisión de la Entidad de retirarle la buena pro del proceso de selección se encuentra acorde a la normativa de contratación pública señalada. (Resolución N.º 3009-2016-TCE-S4, de 23-12-2016, ff. 17, 18 y 19. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2BpCA0Y>).

§ 1653. El otorgamiento de la buena pro otorga al postor ganador del proceso de selección el derecho y obligación de suscribir el contrato respectivo. **10.** En principio, cabe precisar que con el otorgamiento de la buena pro se genera el derecho del postor ganador del proceso de selección de celebrar el contrato con la Entidad. Sin embargo, la suscripción del contrato, además de un derecho, constituye una obligación del postor, quien, como participante del proceso de selección, asume el compromiso de mantener la seriedad de su oferta hasta la suscripción del contrato respectivo, lo cual involucra su obligación, no sólo de perfeccionar el acuerdo a través de la suscripción del documento contractual o la recepción de la orden de compra o de servicios, sino también la de presentar los documentos requeridos en las bases para ello. (Resolución N.º 0292-2016-TCE-S4, de 09-03-2016, f. 10. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2BbuEAF>).

§ 1654. Pérdida automática de la Buena Pro, cuando hay exclusividad de responsabilidad del postor en no presentar la documentación requerida en las bases en el plazo correspondiente. **7.** [...] [El] Reglamento dispone que, cuando el postor ganador no presente la documentación y/o no concurra a suscribir el contrato injustificadamente, según corresponda, en los plazos antes indicados, pierde automáticamente la Buena Pro. En tal caso, el órgano encargado de las contrataciones cita al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles a fin de que concurra a suscribir el contrato. **8.** Para el cómputo de los referidos plazos, cabe traer a colación lo dispuesto en el artículo 75 del Reglamento [cfr. art. 63 del Nuevo Reglamento], respecto a que el otorgamiento de la Buena Pro realizado en acto público se presumirá notificado a todos los postores en la misma fecha y que dicha presunción no admite prueba en contrario. (Resolución N.º 0381-2016-TCE-S3, de 30-03-2016, ff. 7 y 8. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2zPTK6U>).

§ 1655. Si antes del vencimiento del plazo para suscribir el contrato, se impone una sanción administrativa de inhabilitación para participar en un procedimiento de selección y contratar con el Estado al postor ganador del proceso de selección, ello se configura como una causa justificada para no suscribir el contrato. Véase la jurisprudencia del artículo 50.4.b de la Ley [§ 907]. (Resolución N.º 3012-2016-TCE-S3, de 23-12-2016, ff. 18, 19 y 20. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2QNeEtK>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1656. Cuando el postor mantiene su voluntad de perfeccionar el contrato en los mismos términos bajo los cuales le fue adjudicado, y persiste la necesidad de efectuar la contratación por parte de la Entidad, corresponde a esta última, como parte de una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, evaluar la situación concreta y, en aplicación del Principio de Eficacia y Eficiencia, decidir lo más conveniente para el Estado y el interés público involucrado. CONSULTA:



2. “Se puede suscribir contratos derivados de los procedimientos de selección en un plazo mayor al señalado en el artículo 119 de la normativa de la materia, cuando la no suscripción se haya dado por causa no imputable a las partes contratantes, siendo que éstas últimas todavía mantienen su interés en suscribir el mismo y además, la entidad usuaria aún cuenta con el presupuesto asignado para dicho requerimiento”. [...] 3.

CONCLUSIONES. 3.1. Cuando el postor adjudicado no cumpla con perfeccionar el contrato por alguna causa que le sea imputable, se produce la pérdida automática de la Buena Pro, lo cual significa que el postor pierde inmediatamente el derecho a suscribir el respectivo contrato, y será pasible de sanción administrativa impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado. 3.2. Cuando la Entidad incumpla injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato dentro del plazo previsto en numeral 119.1 del artículo 119 del Reglamento [cfr. art. 141.a del Nuevo Reglamento], el postor adjudicado puede requerirle para ello, otorgándole un plazo de cinco (5) hábiles. Vencido dicho plazo sin que la Entidad haya perfeccionado el contrato, el postor tiene la facultad de dejar sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro, con lo cual deja de estar obligado a la suscripción del contrato o la recepción de la orden de compra o servicio, según corresponda. 3.3. Cuando el postor decida no ejercer su facultad de dejar sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro -pese de encontrarse habilitado para ello- sino que mantiene su voluntad de perfeccionar el contrato en los mismos términos bajo los cuales le fue adjudicado, y persiste la necesidad de efectuar la contratación por parte de la Entidad, corresponde a esta última, como parte de una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, evaluar la situación concreta y, en aplicación del Principio de Eficacia y Eficiencia, decidir lo más conveniente para el Estado y el interés público involucrado, siendo recomendable que para adoptar cualquier decisión sobre el particular coordine, cuando menos, con su área legal y su área de presupuesto; sin perjuicio de las responsabilidades que puedan recaer sobre el Titular de la Entidad u otros funcionarios y/o servidores por haber transgredido los plazos previstos en el artículo 119 del Reglamento [cfr. art. 141 del Nuevo Reglamento]. 3.4. El Titular de Entidad o funcionario a quien este le haya encargado la aprobación y/o modificación del Plan Anual de Contrataciones, así como el órgano encargado de las contrataciones y demás funcionarios y/o servidores que intervengan en los procesos de contratación, son responsables de que las contrataciones programadas inicien su ejecución oportunamente conforme a la planificación prevista para cada año fiscal. (Opinión N.º 227-2017/DTN, de 11-10-2017, ff. 3.1 al 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LgPcuu>).

§ 1657. Cuando se acuerde la ejecución de prestaciones adicionales, el contratista debe aumentar de manera proporcional las garantías, en el plazo previsto por la normativa de contrataciones con el Estado. CONSULTA: “Notificado el contratista, con la resolución que aprueba u ordena la ejecución de prestaciones adicionales (ya sea en bienes, servicios u obras). ¿Cuál es el plazo con el que cuenta el contratista para aumentar en forma proporcional, las garantías que hubiese otorgado?”. CONCLUSIONES: 2.2. [D]ebe indicarse que una vez perfeccionado el contrato, las partes se encuentran obligadas a ejecutar las prestaciones a las que se hubieran comprometido, a fin de alcanzar la finalidad pública que subyace a la contratación. No obstante ello, tomando en consideración que durante la ejecución del contrato pueden surgir determinadas situaciones -no atribuibles a las partes- que dificulten la consecución del objetivo o finalidad que se persigue a través de la contratación; la normativa de contrataciones del Estado ha previsto las modificaciones que pueden realizarse en el marco de una contratación pública, tales como la aprobación de prestaciones adicionales, entre otras figuras reguladas por dicha normativa. Así, el numeral 34.1 del artículo 34 de la Ley establece que “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”. (El subrayado es agregado). En ese contexto, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley -concordante con los artículos 139, 175 y 176 del Reglamento [cfr. arts. 157, 205 y 206 del Nuevo Reglamento] - excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar la ejecución de “prestaciones adicionales” de bienes, servicios u obras, siempre que tales prestaciones resulten indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Al respecto, resulta pertinente precisar que tratándose de contratos de bienes o servicios, el numeral 139.3 del artículo 139 del Reglamento [cfr. art. 157.3 del Nuevo Reglamento] establece que “*En caso de adicionales, el contratista debe aumentar de forma proporcional las garan-*

tías que hubiese otorgado”; a su vez, respecto a los contratos de obra, el numeral 175.14 [cfr. art. 205.15 del Nuevo Reglamento] del artículo 175 del Reglamento dispone que “*Cuando se apruebe la prestación adicional de obra, el contratista está obligado a ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento*”. De las disposiciones expuestas, se desprende que ante la aprobación de prestaciones adicionales, la normativa de contrataciones del Estado prevé que el contratista está obligado a incrementar proporcionalmente las garantías que hubiese otorgado, en el caso de bienes y servicios; así como a ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento, en el caso de obras; sin embargo, se advierte que dicha normativa no determina “*el plazo con el que cuenta el contratista para aumentar en forma proporcional*” tales garantías. Como se observa, a diferencia de lo que ocurre durante la fase selectiva del proceso de contratación, en la que la normativa de contrataciones del Estado ha establecido el plazo -de ocho (8) días hábiles siguientes al registro en el SEACE del consentimiento de la buena pro o de que esta haya quedado administrativamente firme- dentro del cual se deben presentar las garantías que integran los requisitos para el perfeccionamiento del contrato; para la fase de ejecución contractual no se ha previsto -en la normativa- el plazo con el que cuenta el contratista para aumentar proporcionalmente dichas garantías cuando se haya aprobado la ejecución de prestaciones adicionales; razón por la cual, en atención al Principio de ‘Eficacia y Eficiencia’ -que sirve de parámetro para la actuación de quienes intervengan en la gestión de las contrataciones del Estado -, la Entidad define el plazo que estime oportuno para que el contratista le presente las referidas garantías adecuadas proporcionalmente conforme a las prestaciones adicionales aprobadas, de forma tal que se asegure la consecución de la finalidad a que se refiere el artículo 1 de la Ley. (Opinión N.º 110-2018/DTN, de 13-07-2018, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BI7G3Y>).

§ 1658. Si el postor adjudicado entrega la información de forma incompleta, el órgano encargado de las contrataciones deberá otorgarle un plazo adicional para subsanar la omisión y hacer posible el perfeccionamiento del contrato, esto en razón de los principios consagrados en la normativa de contrataciones del Estado. CONSULTA: 2.1. “*Cuando la norma de contrataciones refiere a que luego del consentimiento de la buena pro o de que esta haya quedado administrativamente firme, el postor ganador de la buena pro debe presentar la totalidad de los requisitos para perfeccionar el contrato ¿indica que deben presentarse absolutamente todos los documentos o requisitos señalados en las bases para la suscripción del contrato?*”. [...] 2.2. “*En ese mismo sentido, el plazo adicional para subsanar los requisitos para la suscripción del contrato ¿solo se encuentra referido al plazo para subsanar cualquier observación realizada a los documentos que fueron presentados? o ¿también cabe la posibilidad de que en esa oportunidad, se presenten documentos que no fueron entregados primigeniamente?*”. [...] 2.1.2. [La] normativa en contrataciones del Estado ha establecido un procedimiento específico para la suscripción del contrato, el cual está revestido de una serie de formalidades, las cuales -en concordancia con el Principio de Legalidad -deben ser cumplidas obligatoriamente por las partes a efectos de perfeccionar el contrato y, consecuentemente, ejecutar las prestaciones respectivas. Así, el numeral 1 del artículo 119 del Reglamento [cfr. art. 141.a del Nuevo Reglamento] establece lo siguiente: “*Dentro del plazo de ocho (8) días hábiles siguientes al registro en el SEACE del consentimiento de la buena pro o de que esta haya quedado administrativamente firme, el postor ganador de la buena pro debe presentar la totalidad de los requisitos para perfeccionar el contrato. En un plazo que no puede exceder de los tres (3) días hábiles siguientes de presentados los documentos la Entidad debe suscribir el contrato o notificar la orden de compra o de servicio, según corresponda, u otorgar un plazo adicional para subsanar los requisitos, el que no puede exceder de cinco (5) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la Entidad. Al día siguiente de subsanadas las observaciones, las partes suscriben el contrato.*” Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado dispone que dentro de los ocho (8) días hábiles siguiente al registro en el SEACE del consentimiento de la buena pro o de que esta haya quedado administrativamente firme, el postor adjudicado debe cumplir con presentar todos los requisitos necesarios para el perfeccionamiento del contrato, de acuerdo a lo contemplado en los artículos 117 y 151 del Reglamento [cfr. arts. 139 y 175 del Nuevo Reglamento], según corresponda. 2.2.2. [Es] importante mencionar que la finalidad que persigue la normativa de contrataciones públicas no es otra que las Entidades adquieran bienes, servicios y obras, maximizando el valor de los recursos públicos que se invierten bajo el enfoque de gestión por resultados, de manera tal que sus necesidades sean satisfechas



de forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios regulados en Ley. Uno de estos principios es el 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. Asimismo, el principio de “*Competencia*” señala que los procesos de contratación incluyen disposiciones que permitan establecer condiciones de competencia efectiva y así obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público. En esa medida, las disposiciones que regulan el procedimiento de contratación deben ser aplicadas y/o interpretadas de forma tal que se prioricen los fines, metas y objetivos de la Entidad por encima de la realización de formalidades no esenciales; de igual forma, el procedimiento de selección debe encontrarse orientado a permitir que se obtenga la propuesta más ventajosa para la satisfacción del interés público. Sobre esta base, debe entenderse que si el contrato no llega a perfeccionarse por la ausencia de algún requisito, cuya subsanación pudo ser oportuna y debidamente requerida por la Entidad, no sólo se ocasiona retraso en la adquisición de un bien o la contratación de un servicio o la ejecución de una obra, sino que además se genera un perjuicio económico al Estado, al haber agotado recursos en la preparación y desarrollo del procedimiento de selección, dado que finalmente no se llegará a suscribir el contrato con el ganador de la buena pro, o se llegará a suscribir contrato con un postor cuya oferta no fue la más idónea (según el orden de prelación). Por tanto, en caso el órgano encargado de las contrataciones advierta que el postor adjudicado ha omitido la presentación de algún requisito, deberá otorgarle un plazo adicional no mayor de cinco (5) días hábiles, a efectos de que éste tenga la posibilidad de levantar dicha observación; ello precisamente con el propósito de cautelar que el procedimiento de selección cumpla sus fines y se llegue a perfeccionar el contrato en las mejores condiciones de precio y calidad, salvaguardando la satisfacción oportuna de las necesidades públicas. (Opinión N.º 119-2018/DTN, de 09-08-2018, ff. 2.1, 2.2, 2.1.2 y 2.2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rmdMRQ>).

§ 1659. Interpretación de la expresión “la buena pro queda administrativamente firme” en torno al perfeccionamiento del contrato. Véase la jurisprudencia del artículo 136º del Nuevo Reglamento [§ 1618]. (Opinión N.º 107-2018/DTN, de 12-07-2018, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KMzpU7>).

Artículo 142: Plazo de ejecución contractual

142.1. 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.

142.2. Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer que el plazo de ejecución contractual sea hasta un máximo de tres (3) años, salvo que por leyes especiales o por la naturaleza de la prestación se requiera plazos mayores, siempre y cuando se adopten las previsiones presupuestarias necesarias para garantizar el pago de las obligaciones, según las reglas previstas en la normatividad del Sistema Nacional de Presupuesto Público.

142.3. El plazo de ejecución contractual de los contratos de supervisión de obra está vinculado a la duración de la obra supervisada.

142.4. Cuando se haya previsto en el contrato de supervisión que las actividades comprenden la liquidación del contrato de obra: i) el contrato de supervisión culmina en caso la liquidación sea sometida a arbitraje; ii) el pago por las labores hasta el momento en que se efectúa la recepción de la obra, es realizado bajo el sistema de tarifas mientras que la participación del supervisor en el procedimiento de liquidación es pagado empleando el sistema a suma alzada.

142.5. Tratándose de contratos de supervisión de servicios, el plazo de ejecución se encuentra vinculado a la duración del servicio.

142.6. Cuando se trate del arrendamiento de bienes inmuebles, el plazo puede ser hasta por un máximo de tres (3) años prorrogables en forma sucesiva por igual o menor plazo; reservándose la Entidad el derecho de resolver unilateralmente el contrato antes del vencimiento previsto, sin reconocimiento de lucro cesante ni daño emergente, sujetándose los reajustes que pudieran acordarse al Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI.

DEFINICIONES

LIQUIDACIÓN DE CONTRATO: Cálculo técnico efectuado, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene como finalidad determinar el costo total del contrato y su saldo económico.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1660. El acacimiento de un evento futuro contemplado en el contrato como condición determina el inicio del plazo de ejecución (art. 142.1). CONSULTA: “(...) ¿desde cuándo se computa el plazo de ejecución contractual en caso la Entidad convocante exige en las Bases del proceso de selección que el contratista debe adjuntar una Orden de Compra y el Pedido de Comprante de Salida (PECOSA) al momento de internar los bienes en los almacenes de destino?”. CONCLUSIONES. **3.1.** De haberse fijado así en el contrato, el plazo con el que cuenta el contratista para realizar las prestaciones a su cargo se contabiliza a partir de la ocurrencia del evento futuro establecido en los términos contractuales como “condición”. **3.2.** Las condiciones a las que hace referencia el numeral 120.1 del artículo 120 del Reglamento [cfr. art. 142.1 del Nuevo Reglamento] son distintas de aquellas exigencias que el contratista debe cumplir a efectos de ejecutar las prestaciones a su cargo. (Opinión N.º 127-2018/DTN, de 21-08-2018, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RgNJGX>).

§ 1661. Inicio del cómputo para la entrega o suministro de bienes (art. 142.1). CONSULTA: “(...) ¿a partir de qué momento se computa el plazo de entrega de los bienes contratados? (...)”. **3.** CONCLUSIÓN: La normativa de contrataciones del Estado establece que el plazo para la entrega o suministro de bienes se computa desde el día siguiente de la suscripción del contrato, salvo que las condiciones establecidas en las bases señalen algo distinto; mientras que, cuando la Entidad haya optado por perfeccionar el contrato mediante la emisión de una orden de compra, el plazo de entrega de los bienes se computa desde el día siguiente de su recepción por parte del proveedor. (Opinión N.º 049-2016/DTN, de 29-03-2016, f. 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rx70Zh>).

§ 1662. Si la Entidad ha previsto en las bases la entrega del adelanto al contratista, la falta de entrega de dicho adelanto en el plazo previsto es causal de ampliación de plazo para la entrega de bienes. El plazo de entrega de los bienes no inicia si en las bases se previó que la entrega del adelanto era condición para el inicio de su cómputo y esta no ha sido efectuada por la entidad. **2.1.3.** [...] [Debe] indicarse que el segundo párrafo del artículo 151 del Reglamento [cfr. art. 142 del Nuevo Reglamento] establece que “*El plazo de ejecución contractual se computa en días calendario desde el día siguiente de la suscripción del contrato o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en las Bases. En el caso de contrataciones perfeccionadas mediante orden de compra o de servicio, el plazo de ejecución se computa desde el día siguiente de recibida*”. (El resaltado es nuestro). Como se aprecia, el plazo para la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista -entrega de bienes o prestación de servicios- se computa en días calendario a partir del día siguiente de la suscripción del contrato o de la recepción de la orden de compra o de servicio -según la formalidad que corresponde para el perfeccionamiento del contrato- o, en ambos casos, a partir del día siguiente de que se cumplen las condiciones previstas en las Bases. En ese sentido, si las Bases expresamente establecieron como condición para el inicio del cómputo del plazo de entrega de los bienes que la Entidad entregue el adelanto al contratista -previa solicitud formal de este, dentro del plazo previsto en las Bases y adjuntando la garantía por adelantos y el respectivo comprobante de pago- y ello no sucedió en el plazo previsto en las Bases, entonces no se iniciará el cómputo de dicho plazo hasta que se cumpla tal condición. **2.1.4.** En virtud de lo expuesto, debe indicarse que cuando la Entidad ha previsto en las Bases la entrega del adelanto al contratista, la

falta de entrega de dicho adelanto en el plazo previsto en las Bases es causal de ampliación de plazo, debiendo observarse para tal efecto el artículo 175 del Reglamento [cfr. art. 158 del Nuevo Reglamento]. No obstante, si en las Bases se previó que la entrega del adelanto era condición para el inicio del cómputo del plazo de entrega de los bienes, entonces dicho plazo no podrá iniciarse en tanto no se cumpla esta condición. (Opinión N.º 101-2012/DTN, de 10-10-2012, ff. 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RwbjUq>).

§ 1663. Resolución unilateral de contrato de arrendamiento (art. 142.3). 3.1. La normativa de contrataciones del Estado, no ha especificado un procedimiento para efectuar la resolución unilateral del contrato de arrendamiento. No obstante, a efectos de ejercer este derecho corresponde a la Entidad comunicar formalmente al contratista, la decisión de resolver el contrato, especificando las razones que sustentan su posición. 3.2. Corresponde a cada Entidad prever o determinar un plazo para hacer efectiva la resolución del contrato, en función de las razones que justifiquen dicha decisión, así como las características particulares del contrato de arrendamiento que se haya suscrito. (Opinión N.º 185-2015/DTN, de 09-12-2015, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TzAJNh>).

§ 1664. El contrato de supervisión es independiente respecto al contrato de obra (art. 142.4). 2.1.4. [...] [M]ientras en el contrato de obra un contratista se obliga a ejecutar una obra a favor de la Entidad, mediante el contrato de supervisión la Entidad verifica que el contratista cumpla con las condiciones de ejecución de la obra. (Opinión N.º 035-2010/DTN, de 30-04-2010, f. 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TV3PqL>).

§ 1665. Una Entidad pública puede prorrogar un contrato de arrendamiento hasta por un máximo de 6 años. Una vez transcurrido el plazo máximo de 06 años, corresponderá a la Entidad realizar un nuevo procedimiento de selección para efectuar la contratación (art. 142.6). CONSULTA: *“¿Es viable prorrogar el plazo de un contrato de arrendamiento de un bien inmueble urbano arrendado que pertenece a una Entidad Pública (JNE) derivado de una Contratación Directa (proveedor único) por más de 6 años (artículo 1688º de Código Civil) o correspondería efectuar una nueva Contratación Directa, a fin de iniciar un nuevo cómputo de plazo?”* [...] 2.3 [...] Así, debe tenerse en cuenta que la normativa de contrataciones del Estado prevé casos especiales de vigencia en los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles. Al respecto, el numeral 120.6 del artículo 120 del Reglamento [cfr. art. 142.6 del Nuevo Reglamento] dispone que: *“Cuando se trate del arrendamiento de bienes inmuebles, el plazo puede ser hasta por un máximo de tres (3) años prorrogables en forma sucesiva por igual o menor plazo; reservándose la Entidad el derecho de resolver unilateralmente el contrato antes del vencimiento previsto, sin reconocimiento de lucro cesante ni daño emergente, sujetándose los reajustes que pudieran acordarse al Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI.”* [...] 2.4. Asimismo, es importante resaltar que el Reglamento no ha previsto limitación en cuanto a las veces o al tiempo máximo en que puede ser prorrogado el plazo de este tipo de contrato; sin perjuicio de lo cual, la Entidad se encuentra facultada para resolver unilateralmente el contrato antes de su vencimiento, y sin que deba reconocer lucro cesante ni daño emergente alguno. Ahora bien, en este punto, debe señalarse que en Opiniones previas este Organismo Técnico Especializado ha reconocido la aplicación supletoria de las disposiciones del artículo 1688 del Código Civil en el marco de la normativa de contrataciones del Estado. Así, corresponde señalar que el artículo 1688 del Código Civil establece que, *“El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años. Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces el plazo no puede ser mayor de seis años. Todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados se entiende reducido a dichos plazos.”* (El resaltado es agregado). Teniendo en consideración lo anterior, los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles pertenecientes a Entidades Públicas pueden considerar un plazo de hasta tres (3) años, prorrogables por igual o menor plazo, de manera sucesiva, hasta alcanzar el plazo máximo de seis (6) años. En consecuencia, una vez transcurrido el plazo máximo de seis (6) años, según lo establecido en el artículo 1688 del Código Civil, corresponderá a la Entidad realizar un nuevo procedimiento de selección para efectuar la contratación de arrendamiento del inmueble requerido. (El resaltado es agre-

gado). (Opinión N.º 158-2018/DTN, de 24-09-2018, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Qtb4rE>).

§ 1666. En el ámbito de contrataciones estatales, no puede aplicarse de manera supletoria el artículo 1700 del Código Civil para convertir un contrato de arrendamiento en uno de duración indeterminada (art. 142.6). CONSULTA: “¿Correspondería debido a la necesidad pública, aplicar en extenso de manera supletoria y/o complementaria, el artículo 1700º del Código Civil a efectos que el referido contrato [de arrendamiento] se convierta en uno de naturaleza indeterminada?” 2.1. [...] [La] Primera Disposición Complementaria Final de la Ley señala lo siguiente “La presente Ley y su reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. 2.2. Efectuadas estas precisiones, corresponde señalar que los contratos celebrados bajo el amparo de la normativa de contrataciones del Estado deben contemplar un plazo de ejecución a efectos de establecer el inicio y la culminación de las prestaciones que deberá efectuar el contratista; dicho plazo debía definirse desde la formulación del requerimiento para posteriormente ser recogido en las Bases y finalmente en el contrato. Así, el artículo 120 del Reglamento [cfr. art. 142 del Nuevo Reglamento] establece las reglas que deben respetarse al establecer el plazo de ejecución contractual, en aquellos contratos realizados por las Entidades Públicas, de acuerdo a lo siguiente: [...] (...) Cuando se trate del arrendamiento de bienes inmuebles, el plazo puede ser hasta por un máximo de tres (3) años prorrogables en forma sucesiva por igual o menor plazo; reservándose la Entidad el derecho de resolver unilateralmente el contrato antes del vencimiento previsto, sin reconocimiento de lucro cesante ni daño emergente, sujetándose los reajustes que pudieran acordarse al Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI.” (El resaltado es agregado) [...] De esta manera, en el caso de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, el plazo de ejecución previsto en el contrato podía ser prorrogado en forma sucesiva por igual o menor tiempo, pero siempre especificándose el periodo a prorrogar. De lo expuesto, se advierte que la normativa de contrataciones del Estado *-la cual prevalece sobre las normas de derecho privado, como por ejemplo el Código Civil-* no admite la posibilidad de que los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, realizados por las Entidades Públicas, puedan tener una duración indeterminada, sino que, por el contrario, dispone que éstos deben tener un plazo de ejecución no mayor de tres (3) años, el cual puede ser prorrogado en forma sucesiva por igual o menor periodo. (Opinión N.º 146-2018/DTN, de 12-09-2018, ff. 2.1 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BBiDVa>).

§ 1667. La prórroga de un contrato de arrendamiento no constituye un nuevo contrato. No existe en la actual normativa impedimento para que se prorrogue un contrato de arrendamiento cuando el contratista ha sido inhabilitado de manera sobreviniente a la celebración del contrato. CONSULTA: 2.1. “¿La prórroga de un contrato de arrendamiento de bien inmueble constituye un nuevo contrato? Referido a la interpretación del numeral 4 de artículo 150 de la Ley de Contrataciones del Estado.” [...] 2.2. “¿Existe impedimento legal para que una entidad celebre una prórroga de contrato de bien inmueble con un contratista sancionado con posterioridad a la suscripción del contrato?” [...] CONCLUSIONES: 3.1. En el marco de un contrato de arrendamiento de bien inmueble celebrado bajo el ámbito de la anterior normativa de contrataciones del Estado [cfr. art. 142.6 del Nuevo Reglamento], la prórroga no determina la celebración de un nuevo contrato, sino que se limitaba a extender el plazo de ejecución del contrato original, por un periodo determinado. 3.2. La anterior normativa de contrataciones del Estado no había establecido impedimento alguno que restrinja la posibilidad de prorrogar un contrato de arrendamiento cuando de manera sobreviniente a su celebración, el contratista hubiese adquirido la condición de impedido para contratar con el Estado, como consecuencia de una sanción de inhabilitación temporal o definitiva impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado [cfr. art. 50.4 de la Ley vigente]. 3.3. Sin perjuicio de lo anterior, dada su calidad de garante del interés público que subyace a toda contratación pública, correspondía a la Entidad realizar un análisis costo - beneficio antes de prorrogar un contrato de arrendamiento de bien inmueble celebrado con un contratista que, durante la ejecución del mismo, hubiese adquirido la condición de impedido como consecuencia de una sanción impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado, más aún, si la infracción que dio origen a dicha sanción se encontraba relacionada directamente con aquel contrato que se pretende prorrogar. (Opinión N.º 058-2017/DTN, de 23-02-2017, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BRXAxE>).



§ 1668. En los contratos de arrendamiento celebrados con una Entidad, esta puede resolver unilateralmente el contrato antes del vencimiento previsto a pesar de que tal facultad se encuentre o no incluida en el texto del contrato o prórroga celebrada (art. 142.6). 2.3. En relación con la vigencia de los contratos en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, debe indicarse que el [...] Reglamento establece que el contrato tiene vigencia desde el día de la suscripción del documento que lo contiene o desde la recepción de la orden de compra o servicio, según corresponda. Asimismo, como regla general, [...] se desprende que la vigencia y ejecución de un contrato debe corresponder a un ejercicio presupuestal, que en nuestro país abarca del 1 de enero al 31 de diciembre de cada año. No obstante, la normativa de contrataciones del Estado establece supuestos por los cuales un contrato puede tener una vigencia que abarque más de un ejercicio presupuestal, estos supuestos se encuentran regulados en el artículo 150 del Reglamento [cfr. art. 142 del Nuevo Reglamento]. Así, en el numeral 4) del artículo 150 del Reglamento se establece que: *“Cuando se trate del arrendamiento de bienes inmuebles, el plazo podrá ser hasta por un máximo de tres (3) años prorrogables en forma sucesiva por igual o menor plazo; reservándose la Entidad el derecho de resolver unilateralmente el contrato antes del vencimiento previsto, sin reconocimiento de lucro cesante ni daño emergente, sujetándose los reajustes que pudieran acordarse al Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI).* (El subrayado es nuestro). Como se observa, en el caso de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, el plazo de ejecución contractual puede ser fijado hasta por un máximo de tres (3) años, prorrogables en forma sucesiva por igual o menor plazo. En este supuesto, la Entidad tiene el derecho de resolver unilateralmente el contrato antes de su vencimiento. Este derecho asiste a la Entidad, y lo puede ejercitar, se encuentre o no incluido en el texto del contrato o prórroga celebrada, pues su reconocimiento no depende del acuerdo entre las partes, sino de la norma legal, la cual, como hemos mencionado, en materia de contrataciones del Estado es imperativa. (Opinión N.º 096-2011/DTN, de 24-11-2011, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HgRgoh>).

§ 1669. **Plazo de ejecución y resolución del contrato de supervisión de obra.** Véase la jurisprudencia del artículo 207º del Nuevo Reglamento [§ 2042]. (Opinión N.º 157-2018/DTN, de 21-09-2018, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4 y 3.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2P2lw4N>).

Artículo 143: Cómputo de los plazos

Durante la ejecución contractual los plazos se computan en días calendario, excepto en los casos en los que el presente Reglamento indique lo contrario, aplicándose supletoriamente lo dispuesto por los artículos 183 y 184 del Código Civil.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1670. Si el vencimiento del plazo para que la Entidad emita resolución es en un día inhábil, el vencimiento se entenderá el primer día hábil siguiente. CONSULTA: 2.1. [...] ¿El plazo con el que cuenta la Entidad para emitir resolución respecto a la solicitud de ampliación de plazo, vence en día inhábil, se entenderá que dicho plazo vence el primer día hábil siguiente, por aplicación supletoria del numeral 5) del artículo 183º del Código Civil? De conformidad con lo dispuesto en el artículo 151º del Reglamento [cfr. art. 143 del Nuevo Reglamento], durante la vigencia del contrato, los plazos se computarán en días calendario, excepto en los casos en los que el Reglamento indique lo contrario y se computan desde el día siguiente de la suscripción del contrato o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en las Bases. Adicionalmente, el citado artículo señala que se aplicará supletoriamente lo dispuesto por los artículos 183º y 184º del Código Civil. Al respecto, el numeral 5) del artículo 183º del Código Civil establece que *“El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente”*. En tal sentido, si el último día del plazo con el que cuenta la Entidad para emitir la resolución respecto a la solicitud

de ampliación de plazo, es un día inhábil, este vencerá el primer día hábil siguiente (Opinión N.º 014-2011/DTN, de 18-01-2011, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2D95e7i>).

§ 1671. Si el cómputo del plazo de ejecución contractual hubiera sido establecido en días hábiles, el contratista podía solicitar que la ampliación del plazo fuera computada en días hábiles. Si la Entidad no resolvía dicha solicitud en el plazo establecido por ley, se tenía por aprobada la solicitud del contratista. CONSULTA: “¿Si un contratista solicita una ampliación de plazo contractual en días hábiles, y la Entidad no resuelve dicha solicitud y notifica su decisión al contratista en el plazo de ley, se tendría por aprobada dicha solicitud, al amparo del artículo 175º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo N.º 184-2008-EF [anterior reglamento])? ¿O en todo caso, prevalece las disposiciones del artículo 151º del aludido precepto normativo, que establece que durante la ejecución contractual los plazos se computan en días calendarios?”. [...] CONCLUSIÓN: **3.1.** La solicitud de ampliación de plazo solo podía realizarse respetando las reglas previstas en el artículo 151 del anterior Reglamento [cfr. art. 143 del Nuevo Reglamento], toda vez que la misma se realizaba en función al plazo de ejecución contractual previamente establecido en el contrato (el cual constituía una condición contractual bajo la cual debían ejecutarse las prestaciones). **3.2.** El contratista podía solicitar que el cómputo de la ampliación del plazo se realizara en días hábiles solo si, en atención a una disposición legal o a un acuerdo entre las partes, se hubiera establecido que el plazo de ejecución contractual se computaba en días hábiles, conforme a lo previsto en el artículo 151 del anterior Reglamento. **3.3.** Por tanto, y solo cuando el cómputo del plazo de ejecución contractual hubiera sido establecido en días hábiles, el contratista podía solicitar que la ampliación del plazo fuera computada en días hábiles; en tal caso, si la Entidad no resolvía dicha solicitud y notificaba su decisión dentro del plazo legal establecido -al no existir pronunciamiento expreso al respecto- se tenía por aprobada la solicitud del contratista, conforme a lo establecido en el artículo 175 del anterior Reglamento [cfr. art. 158 del Nuevo Reglamento]; no obstante, si en ese mismo contexto, el cómputo del plazo de ejecución contractual hubiera sido establecido en días calendario -ante el silencio de la Entidad-, la referida solicitud se entendía aprobada en días calendario. (Opinión N.º 109-2018/DTN, de 13-07-2018, ff. 3.1 al 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DUIPNe>).

§ 1672. Cuando la décima parte del plazo de ejecución vigente sea un número entero de días más una fracción de día, debe entenderse que el plazo de subsanación corresponde al número entero de días inmediatamente superior. Véase la jurisprudencia del artículo 208º del Nuevo Reglamento [§ 2050]. (Opinión N.º 074-2017/DTN, de 08-03-2017, ff. 2.4 y 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EhQogy>).



Artículo 144: Vigencia del Contrato

144.1. El contrato tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o, en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio.

144.2. Tratándose de la adquisición de bienes y servicios, el contrato rige:

a) Hasta que el funcionario competente da la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y se efectúe el pago, salvo que este sea condición para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios, en cuyo caso el contrato se encuentra vigente hasta la conformidad respectiva; o,

b) Hasta que se ejecuta la última prestación a cargo del contratista, cuando existan prestaciones que corresponden ser ejecutadas con posterioridad al pago 144.3. En el caso de ejecución y consultoría de obras, el contrato rige hasta el consentimiento de la liquidación y se efectúe el pago correspondiente.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1674. Entidades no pueden condicionar la emisión de la conformidad de recepción al resultado del arbitraje. **3. CONCLUSIONES: 3.1** Una Entidad no podía suspender la emisión de la confor-

midad de recepción de la última prestación al resultado de un arbitraje al que se hubiera sometido una controversia relativa a la aplicación de penalidades; siendo que si dicha prestación se hubiera ejecutado conforme a los términos y condiciones del contrato, la Entidad debía otorgar la conformidad de recepción respectiva, a efectos de cumplir con su obligación de pago a favor del contratista; sin perjuicio de la aplicación de la penalidad por mora que pudiera corresponder. **3.2** En el marco de lo dispuesto por la anterior normativa de contrataciones del Estado, cuando el contratista se retrasaba de manera injustificada en el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, la Entidad automáticamente debía aplicar la penalidad por mora; pues una de las finalidades de esta penalidad era -justamente- resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado (Opinión N.º 254-2017/DTN, de 06-12-2017, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FWEOIE>).

Artículo 145: Nulidad del Contrato

145.1. Cuando la Entidad decida declarar la nulidad de oficio del contrato por alguna de las causales previstas en el artículo 44 de la Ley, cursa carta notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad. Dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes el contratista que no esté de acuerdo con esta decisión, puede someter la controversia a arbitraje.

145.2. Cuando la nulidad se sustente en las causales previstas en los literales a) y b) del numeral 44.3 del artículo 44 de la Ley, la Entidad puede realizar el procedimiento previsto en el artículo 167.

145.3. Cuando la Entidad advierta posibles vicios de nulidad del contrato, corre traslado a las partes para que se pronuncien en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1675. Concepto de Nulidad. 16. [...] Resulta conveniente resaltar que, conforme a reiterados pronunciamientos de este Tribunal, la nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades una herramienta lícita para sanear el proceso de selección de cualquier irregularidad que pudiera enturbiar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de la materia, a efectos de que la contratación que realice se encuentre arreglada a ley y no al margen de ella, circunstancia que resulta aplicable al presente caso en tanto las Bases no han superado el examen de legalidad formulado por este Tribunal, debido a las imprecisiones descritas en los numerales anteriores. (Resolución N.º 1124-2007-TC-S4, de 15-08-2007, f. 16. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2sCRThB>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1676. Si el titular de la Entidad decide declarar la nulidad de contrato, esta procede aun cuando el contrato se encuentre resuelto. Procedimiento de la resolución del contrato. CONSULTA: **2.1.** *“¿Procede la Nulidad de Contrato cuando se verifique mediante Fiscalización Posterior, la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección, cuando este mismo contrato ha sido resuelto con anterioridad, de conformidad a lo señalado en el artículo 44.2 inciso b) de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N.º 30225, modificada mediante D.L. N.º 1341?”.* [...] **2.1.5.** [Es] importante señalar que un contrato nulo -por definición- es inexistente y no debe surtir efectos; por tanto, la declaración de nulidad de un contrato determina que las obligaciones que constituyen su objeto se vuelvan inexigibles para las partes. Como se aprecia, una consecuencia de la declaratoria de nulidad del contrato es que no pueda exigirse la ejecución de trabajo alguno al contratista ni efectuarse el pago, pues el cumplimiento de dichas prestaciones sólo se justifica en el marco de una relación contractual válida, en consecuencia la declaración de nulidad del contrato trae como consecuencia que éste no genere efectos económicos; ello sin perjuicio de las acciones destinadas a impedir el enriquecimiento sin causa

u otras a que hubiere lugar. Así, considerando los efectos de la nulidad del contrato, su declaración, en algunos casos puede implicar, a manera de ejemplo, la paralización de una prestación cuyo grado de ejecución es avanzado o la inejecución de una obligación cuyo cumplimiento en un momento determinado es esencial para las funciones de la Entidad. En ese sentido, la normativa de contrataciones del Estado establece que, cuando se configure alguna de las causales contempladas en el tercer párrafo del artículo 44 de la Ley, el Titular de la Entidad tiene la potestad de declarar la nulidad de contrato; ello, con la finalidad que, luego de una evaluación del caso en concreto y atendiendo a criterios de eficacia y eficiencia, opte por declarar nulo el contrato, o no. Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado contempla la declaratoria de nulidad de contrato como una potestad y no como una obligación del Titular de la Entidad; por tanto, cuando se verifique la configuración de alguno de los supuestos regulados en el tercer párrafo del artículo 44 de la Ley, el Titular de la Entidad debe realizar una evaluación del caso en concreto y -en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad- determinar si ejerce, o no, la facultad de declarar nulo el contrato. No obstante ello, con independencia de si el Titular de la Entidad decide declarar la nulidad de contrato, o no, cuando se advierta la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, corresponde -de conformidad con el artículo 221 del Reglamento- comunicar tal hecho al Tribunal de Contrataciones del Estado a efectos que se evalúe la aplicación de una sanción por haberse cometido una infracción a la normativa de contrataciones del Estado. 2.1.6. Ahora bien, atendiendo al tenor de la presente consulta, debe señalarse que si bien la resolución y la nulidad paralizan la ejecución de la prestación por parte del contratista; sin embargo se trata de supuestos distintos, cuyos efectos o consecuencias son diferentes; así, mientras la resolución de un contrato imposibilita de manera definitiva su continuación y en función a ello puede generarse diversas consecuencias económicas (como por ejemplo el resarcimiento por los daños y perjuicios generados a la parte afectada, en caso corresponda), un contrato nulo es inexistente y no debe surtir efectos, por tanto las obligaciones que constituyen su objeto se vuelvan inexigibles para las partes -no puede exigirse la ejecución de trabajo alguno al contratista ni efectuarse el pago derivado del contrato; ello sin perjuicio de las acciones destinadas a impedir el enriquecimiento sin causa u otras a que hubiere lugar-, pues el cumplimiento de dichas prestaciones sólo se justifican en el marco de una relación contractual válida. En esa medida, si el Titular de la Entidad decide declarar la nulidad de contrato, esta procede aun cuando el contrato se encuentre resuelto, para lo cual la Entidad deberá cumplir con comunicar al contratista la declaratoria de nulidad de conformidad a lo establecido en el artículo 122 del Reglamento [cfr. art. 145 del Nuevo Reglamento]. [...] CONSULTA: 2.2. “En caso la primera respuesta sea afirmativa ¿Cuál es el procedimiento cuando la resolución de contrato se encuentra en Arbitraje?”. 2.2.2. [...] [C]uando el Titular de la Entidad opte por declarar nulo el contrato, el numeral 122.1 del artículo 122 del Reglamento establece la formalidad mediante la cual la Entidad debe comunicar al contratista la declaración de nulidad, señalando que “(...) debe cursar carta notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad (...)”. (El subrayado es agregado), lo que las partes harán de conocimiento del Tribunal Arbitral. Resulta importante precisar que una vez iniciado el arbitraje, el tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo, conforme lo señala el numeral 3 del artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1071 “Decreto Legislativo que norma el Arbitraje”. En ese sentido, el artículo 188 del Reglamento [cfr. art. 229 del Nuevo Reglamento] establece que “*Las excepciones u objeciones al arbitraje cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia deben ser resueltas al finalizar la etapa postulatoria y antes que se fijen los puntos controvertidos del proceso*”. Como puede apreciarse la normativa de contrataciones del Estado ha regulado la formalidad que debe cumplir la Entidad para notificar al contratista la declaratoria de nulidad del contrato -en el numeral 122.1 del artículo 122 del Reglamento-; sin embargo, no ha previsto disposiciones que regulen la formalidad para comunicar dicha declaratoria de nulidad al Tribunal Arbitral durante el arbitraje, lo cual se realizará considerando las disposiciones del respectivo Reglamento arbitral institucional, el Decreto Legislativo N.º 1071 “Decreto Legislativo que norma el Arbitraje”, y las demás normas que resulten aplicables, así como lo dispuesto en el artículo 188 del Reglamento.



(Opinión N.º 081-2018/DTN, de 12-06-2018, ff. 2.1.5, 2.1.6 y 2.2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2E0w8QG>).

§ 1677. Es decisión de exclusiva responsabilidad del titular de la Entidad, el declarar la nulidad del contrato cuando se advierta la transgresión del principio de presunción de veracidad. Cuando el titular de la Entidad opte por declarar nulo el contrato debe cursar carta notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad. Véase la jurisprudencia del artículo 44.2.b de la Ley [§ 726]. (Opinión N.º 136-2017/DTN, de 21-06-2017, ff. 2.1. 2.1.2, 2.2 y 2.2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2P2q1fL>).

Artículo 146: Responsabilidad de la Entidad

146.1. La Entidad es responsable frente al contratista de las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares o de aquellos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos, sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponde a los autores de los proyectos, estudios, informes o similares.

146.2. La Entidad es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares para la ejecución y consultoría de obras, salvo que en los documentos del procedimiento de selección se estipule que la tramitación de éstas se encuentra a cargo del contratista.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1678. No es posible que unilateralmente un contratista modifique el precio del contrato o incorpore partidas en el presupuesto de obra bajo el argumento que no fueron incorporadas por el consultor de obra que elaboró el expediente técnico, sin perjuicio de la responsabilidad en cual pueda incurrir la Entidad ante tales deficiencias. CONSULTA: 2.1. “Si el profesional que elaboró el Expediente Técnico no ha considerado una o varias partidas o subpartidas dentro del Presupuesto base, ¿éstas pueden ser incorporadas por el contratista?” [...] 2.1.2 [...] En efecto, si bien el contratista se obliga a ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad en la forma, oportunidad y precio establecidos en el contrato, la normativa de contrataciones del Estado contempla determinados supuestos en los que, excepcionalmente, es posible modificar las prestaciones o condiciones de ejecución de un contrato de obra, siempre que dicha posibilidad esté expresamente establecida en el Reglamento. De esta manera, en tanto no está expresamente establecido ni en la Ley o su Reglamento, no es posible que unilateralmente un contratista modifique el precio del contrato o incorpore partidas en el presupuesto de obra bajo el argumento que no fueron incorporadas por el consultor de obra que elaboró el expediente técnico. 2.2. [...] Sin perjuicio de ello, es importante precisar que la Entidad es responsable frente al contratista del contenido del expediente técnico –en tanto forma parte de las Bases que han sido elaboradas por aquella– y de las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares o de aquellos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos, sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponde a los autores de los proyectos, estudios, informes o similares, de conformidad con el primer párrafo del artículo 153 del Reglamento [cfr. art. 146 del Nuevo Reglamento]. De esta manera, no es posible que la Entidad impute al contratista ejecutor de obra la responsabilidad por errores u omisiones en alguno de los documentos que forman parte del expediente técnico de obra. (Opinión N.º 021-2016/DTN, de 10-02-2016, ff. 2.1, 2.1.2 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2R5L575>).

§ 1679. La disponibilidad del terreno para ejecutar la obra debe ser “efectiva” y no “potencial”. La disponibilidad del terreno no implica necesariamente que la Entidad sea propietaria del terreno o de las áreas donde se ejecutará la obra. Véase la jurisprudencia del artículo 41º del Nuevo Reglamento [§ 1160]. (Opinión N.º 072-2016/DTN, de 11-05-2016, ff. 2.1.2 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QXlbFG>).

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 1680. Cuando la Entidad decida que no corresponde considerar dentro del valor referencial un gasto por licencia de funcionamiento, deberá presentar un informe en la cual sustente las razones de tal decisión. OBSERVACIÓN N.º 16: CONTRA EL VALOR REFERENCIAL. *El participante cuestiona el valor referencial, debido a que considera que en el estudio de mercado no se ha considerado los costos de la licencia de funcionamiento, ni el costo que implica la obtención de servidumbres.* PRONUNCIAMIENTO: [...] En el presente caso, el Comité Especial, en su informe técnico señala que «no corresponde un gasto por licencia de funcionamiento, toda vez que su obtención está convenientemente considerada en el rubro alquiler de oficinas y de casa de almacén en el sitio de la obra. [...]». Ahora bien, considerando que es de exclusiva competencia y responsabilidad de la Entidad determinar el valor referencial del proceso de selección y en tanto el observante no ha sustentado técnicamente su cuestionamiento, este Organismo Supervisor ha decidido NO ACOGER la observación formulada. Sin perjuicio de ello, deberá publicarse en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) un informe en el que sustente las razones por las que no corresponde considerar dentro del valor referencial un gasto por licencia de funcionamiento, dicho informe deberá fundamentar si dicha licencia se encuentra incluida dentro de lo establecido en el artículo 153º del Reglamento [cfr. art. 146 del Nuevo Reglamento]. Asimismo, debe registrarse la información correspondiente del presupuesto que evidencie que el gasto por la obtención de la servidumbre se encuentra dentro del valor referencial. (Pronunciamento N.º 015-2011/DTN, de 12-01-2011. Observación N.º 16: Contra el valor referencial. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RSuffl>).

Artículo 147: Subcontratación

147.1. Se puede subcontratar por un máximo del cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original, salvo prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección o cuando se trate de prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista.

147.2. La Entidad aprueba la subcontratación por escrito y de manera previa, dentro de los cinco (5) días hábiles de formulado el pedido. Si transcurrido dicho plazo la Entidad no comunica su respuesta, se considera que el pedido ha sido rechazado.

147.3. No cabe subcontratación en la Selección de Consultores Individuales.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1681. Alcances de la subcontratación. 2.1. [...] [El] contratista puede subcontratar algunas de las prestaciones previstas en el contrato, siempre que dicha subcontratación no se encuentre prohibida por los documentos del procedimiento de selección y cuente con autorización previa de la Entidad. Asimismo, de acuerdo con el artículo 124 del Reglamento [cfr. art. 147 del Nuevo Reglamento], solo se puede subcontratar por un máximo del cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original, no pudiendo ser objeto de subcontratación aquellas prestaciones esenciales que se encuentran vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista. De igual forma, es importante precisar que la subcontratación no enerva la responsabilidad del contratista, pues conforme a lo previsto en el cuarto párrafo del artículo 35 de la Ley, este “(...) mantiene la responsabilidad por la ejecución total de su contrato frente a la Entidad.” Para estos efectos, debe tenerse presente que el subcontrato es un contrato derivado y dependiente de otro anterior de la misma naturaleza (contrato base o principal), en virtud del cual uno de los contratantes, en vez de ejecutar personalmente la obligación a su cargo, decide contratar a un tercero para que realice dicha ejecución, en cumplimiento del contrato base o principal. [...]. 2.2. Ahora bien, es preciso diferenciar la subcontratación de otras figuras contractuales próximas y muy usuales en el ámbito de las contrataciones. Sobre el particular, Roberto Dromi señala que “No todo

convenio celebrado por el contratista con un tercero, respecto del cumplimiento del contrato principal, implica un subcontrato, ni menos aún una cesión. Así, no son subcontratos los acuerdos que el contratista realice con terceros para proveerse de fondos que faciliten la ejecución del contrato, o con las personas que trabajan a destajo, o con sus proveedores". Así, existe un conjunto de contratos de diversa naturaleza y objeto que el contratista puede realizar con personas naturales o jurídicas para proveerse a sí mismo de los medios necesarios para cumplir con las prestaciones a su cargo frente a una Entidad que no tienen la naturaleza de subcontratos. Por ejemplo, los préstamos para proveerse de fondos para afrontar la obra, la contratación de personal para realizar las prestaciones, la adquisición de equipos que serán suministrados a la entidad o las materias primas para producir el bien requerido por la otra parte, entre otros. En virtud de lo señalado anteriormente, se tiene que los contratos que pueda o deba realizar el contratista para cumplir con las prestaciones a su cargo, en principio, no constituyen una modalidad de subcontrato, sino la actividad ordinaria del contratista para poder cumplir con dichas prestaciones. Esta posición ha sido confirmada por el Tribunal de Contrataciones en la Resolución N.º 608-2004-TC-SU, en la que estableció que no constituye subcontratación, aunque las partes así lo hubieren denominado, al contrato de aprovisionamiento de maquinarias y equipos para la ejecución de la obra si la prestación fue ejecutada directamente por el contratista. Consecuentemente, el contrato de arrendamiento de bienes que van a ser empleados en la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista no constituye subcontratación, en la medida que el tercero arrendador no ejecute alguna de las prestaciones objeto del contrato entre la Entidad y el contratista. [...] **3.1.** En el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la subcontratación implica que un tercero ejecute parte de las prestaciones a las que se obligó el contratista frente a la Entidad, entendiéndose por "tercero" a una persona, natural o jurídica, necesariamente distinta a las partes conformantes de la relación contractual; es decir, una persona distinta del contratista. **3.2.** El contrato de arrendamiento de bienes que van a ser empleados en la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista no constituye subcontratación, en la medida que el tercero arrendador no ejecute alguna de las prestaciones objeto del contrato entre la Entidad y el contratista. **3.3.** Mediante la cesión se transfiere la titularidad de un crédito a un tercero ajeno a la relación obligacional de la cual dicho crédito es objeto; en esta medida, una cesión de derechos no puede constituir un supuesto de subcontratación. (Opinión N.º 108-2016/DTN, de 15-07-2016, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QXM7VE>).

§ 1682. Alcances sobre la subcontratación del consorcio. **CONCLUSIONES:** **3.1.** En el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la subcontratación implica que un "tercero" ejecute parte de las prestaciones a las que se obligó el contratista frente a la Entidad, entendiéndose por "tercero" a una persona necesariamente distinta a las partes conformantes de la relación contractual; es decir, una persona distinta al contratista. **3.2.** No resulta válida la subcontratación del consorcio con alguno de sus integrantes, así como con otro consorcio conformado por alguno de ellos, dado que éstos son parte del contrato celebrado con la Entidad y no son terceros ajenos a esta relación contractual. **3.3.** Las prestaciones que pueden ser materia de subcontratación no pueden exceder del cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original. La normativa de contrataciones del Estado no establece excepción alguna a dicha disposición. **3.4.** Teniendo en consideración que una vez suscrito el contrato toda obligación contenida en éste, así como en los documentos que lo conforman, debe ser cumplida por los sujetos de la relación contractual; en el supuesto que el contratista sea un consorcio, no cabe variación en su conformación, por lo que no resulta posible que se incorpore o se sustituya un integrante. (Opinión N.º 048-2012/DTN, de 19-03-2012, ff. 3.1 al 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2GwfoZW>).

§ 1683. El arrendamiento de bienes que van a ser empleados en la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista no constituye subcontratación, siempre que el tercero arrendador no ejecute alguna de las prestaciones objeto del contrato entre la Entidad y el contratista. Véase la jurisprudencia del artículo 35º de la Ley [§ 607]. (Opinión N.º 108-2016/DTN, de 15-07-2016, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QXM7VE>).

§ 1684. La entidad tiene la obligación de verificar la capacidad de contratación (capacidad máxima y capacidad libre) del subcontratista. Véase la jurisprudencia del artículo 17° del Nuevo Reglamento [§ 1007]. (Opinión N.º 022-2017/DTN, de 31-01-2017, ff. 2.1, 2.1.4 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DtZMMH>).

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 1685. La obligación de solicitar la aprobación de la Entidad para subcontratar se encuentra a cargo del contratista principal y no a cargo del subcontratista. Véase la jurisprudencia del artículo 35° de la Ley [§ 610]. (Pronunciamiento N.º 318-2005/GTN, de 10-12-2005, Observación N.º 01. Gerencia Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HEXPRL>).

CAPÍTULO II GARANTÍAS Y ADELANTOS

Artículo 148: Tipos de garantía

Los documentos del procedimiento de selección establecen el tipo de garantía que corresponde sea otorgada por el postor y/o contratista, pudiendo ser carta fianza y/o póliza de caución emitidas por entidades bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP que cuenten con clasificación de riesgo B o superior.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1686. En el marco contrataciones del Estado, ni la carta fianza ni la póliza de caución pueden ser emitidas por empresas financieras o de seguros a favor de sí mismas. CONSULTA: 2.1. “¿Una institución financiera autorizada por la SBS puede emitir carta fianza o póliza de caución, de ser el caso, a favor de sí mismo a fin de garantizar su participación como postor en un proceso de selección o como contratista para la suscripción del contrato?” [...] 2.2. “En el ámbito del régimen de contratación pública ¿Es válido y aceptable que la firma del funcionario de la institución autorizada por la SBS que emite la carta fianza o póliza de caución, sea consignada de modo escaneado o pre impreso?” [...] CONCLUSIONES. 3.1. En el marco de las contrataciones del Estado, ni la carta fianza ni la póliza de caución pueden ser emitidas por empresas financieras o de seguros a favor de sí mismas, de acuerdo a lo establecido por la SBS. 3.2. Determinar el detalle del contenido de los instrumentos mediante los que se otorgan estas garantías-carta fianza o póliza de caución, a elección de la Entidad- le compete a la SBS, en su calidad de organismo rector del sistema financiero y de seguros, debiendo efectuarse ante ésta la consulta respectiva. (Opinión N.º 068-2012/DTN, de 06-06-2012, ff. 2.1, 2.2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SWAV90>).

§ 1687. Con independencia quien solicite la fianza, en la medida que la garantía presentada por el proveedor cumpla con los requisitos previstos en la normativa de contrataciones del, la misma podrá ser aceptada por las Entidades en el marco de un proceso de contratación. CONSULTA: 2.1. “es procedente la aceptación de las cartas fianzas garantizado por una tercera persona jurídica, que no tiene la obligación de vínculo contractual ‘sí o no’.” [...] 2.2. “Si las cartas fianzas es financiado por una tercera persona jurídica: es procedente su ejecución de dicho carta fianza: ‘sí o no’.” [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Con independencia de quién solicite la carta fianza, en la medida que la garantía presentada por el proveedor cumpla con los requisitos previstos en la normativa de contrataciones del Estado, -entre ellos, que sea emitida por una institución financiera autorizada para emitir garantías y sujeta a la supervisión de la SBS, otorgada a favor de la Entidad garantizando las obligaciones del contratista- podrá ser aceptada por las Entidades en el marco de un proceso de contratación. 3.2. La ejecución de las garantías será procedente únicamente cuando la Entidad - de conformidad con lo establecido en el artículo 131 del



Reglamento [cfr. art. 155 del Nuevo Reglamento] - luego de realizar previamente una evaluación de las circunstancias, advierta que se encuentra inmersa en uno de los supuestos habilitadores contemplados en la normativa. (Opinión N.º 094-2017/DTN, de 24-03-2017, ff. 2.1, 2.2, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zDa1MC>).

§ 1688. Es posible que un tercero ajeno a la relación contractual otorgue a la Entidad una carta fianza emitida por una institución financiera autorizada para garantizar las obligaciones del contratista o los contratistas en consorcio. CONSULTA: 2.1. “¿Es posible o válido, que un tercero, pueda respaldar financieramente la carta fianza, la misma que precisa que servirá para garantizar la obra adjudicada por el Consorcio “X” (en el cual se menciona expresamente a todas y cada uno de los miembros integrantes que la conforman) dado su carácter literal en comentario?” [...] 2.1.2. [...] Por su parte, el segundo párrafo del artículo 39 de la anterior Ley [cfr. art. 33 de la Ley vigente] establecía los requisitos que debían cumplir las garantías para ser aceptadas por las Entidades: “(...) ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten. Dichas empresas deben encontrarse bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y deben estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú”. Adicionalmente, los instrumentos mediante los cuales los proveedores podían otorgar garantías a favor de las Entidades eran la carta fianza y la póliza de caución, el cual era determinado por cada Entidad en las Bases de sus procesos de selección, conforme lo disponía el segundo párrafo del artículo 155 del anterior Reglamento [cfr. art. 125 del Nuevo Reglamento]. [...] 2.1.3. De otro lado, en caso de consorcios, la Directiva N.º 016-2012-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (D-018)] “Participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado” establecía que las garantías que presenten los consorcios, para la firma del contrato, durante la ejecución contractual y para la interposición de los recursos administrativos, además de cumplir con las condiciones establecidas en el artículo 39 de la anterior Ley, debían consignar expresamente el nombre completo o la denominación o razón social de los integrantes del consorcio, en calidad de garantizados, de lo contrario no podían ser aceptadas por las Entidades, precisando que no se cumple el requisito antes indicado si se consignaba únicamente la denominación del consorcio. De las disposiciones citadas, se desprende que la normativa de contrataciones del Estado establecía los requisitos de las garantías que los proveedores debían presentar, sea carta fianza o póliza de caución, así como los requisitos en caso estas garantías sean presentadas por consorcios. Ahora bien, dentro de dichos requisitos no se ha previsto la posibilidad de que un tercero, ajeno a la relación jurídica contractual, pueda solicitar a la institución financiera sujeta a la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones - SBS y autorizada para emitir garantías, emita una carta fianza a favor de la Entidad garantizando las obligaciones del contratista, aspecto que corresponderá ser evaluado por las empresas del sistema financiero que las emiten, en el marco de la normativa aplicable. Por tanto, con independencia de quien solicite la carta fianza, en la medida que la garantía presentada por el proveedor cumpla con los requisitos previstos en la normativa de contrataciones del Estado, entre ellos, que sea emitida por una institución financiera autorizada para emitir garantías y sujeta a la supervisión de la SBS, otorgada a favor de la Entidad garantizando las obligaciones del contratista, podrá ser aceptada por las Entidades en el marco de un proceso de contratación. (Opinión N.º 118-2016/DTN, de 25-07-2016, ff. 2.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LoqPv4>).

REMISIÓN

§ 1688a. Sobre las garantías. Véase también la jurisprudencia del artículo 33º de la Ley [§ 565 ss.].

Artículo 149: Garantía de fiel cumplimiento

149.1. Como requisito indispensable para perfeccionar el contrato, el postor ganador entrega a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del

monto del contrato original. Esta se mantiene vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes, servicios en general y consultorías en general, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

149.2. En caso se haya practicado la liquidación final y se determine un saldo a favor del contratista y este someta a controversia la cuantía de ese saldo a favor, la Entidad devuelve la garantía de fiel cumplimiento.

149.3. Cuando habiéndose practicado la liquidación final y exista una controversia sobre el saldo a favor de la Entidad menor al monto de la garantía de fiel cumplimiento, esta se devuelve, siempre que el contratista entregue una garantía por una suma equivalente al monto que la Entidad determinó en su liquidación. La última garantía se mantiene vigente hasta el consentimiento de la liquidación final.

149.4. En los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicios en general, así como en los contratos de consultoría en general, de ejecución y consultoría de obras que celebren las Entidades con las micro y pequeñas empresas, estas últimas pueden otorgar como garantía de fiel cumplimiento el diez por ciento (10%) del monto del contrato original, porcentaje que es retenido por la Entidad. En el caso de los contratos para la ejecución de obras, tal beneficio solo procede cuando:

- a) El procedimiento de selección original del cual derive el contrato a suscribirse sea una Adjudicación Simplificada;
- b) El plazo de ejecución de la obra sea igual o mayor a sesenta (60) días calendario; y,
- c) El pago a favor del contratista considere, al menos, dos (2) valorizaciones periódicas, en función del avance de obra.

149.5. La retención se efectúa durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada en cada pago, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo.

149.6. En caso de servicios que consideren una comisión de éxito, el monto de la garantía de fiel cumplimiento se constituye únicamente sobre la base del honorario fijo.

DEFINICIONES

SUMINISTRO: La entrega periódica de bienes requeridos por una Entidad para el desarrollo de sus actividades y el cumplimiento de funciones y fines.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1689. **Finalidad de la garantía de fiel cumplimiento.** 14. [...] [Debe] tenerse presente que la garantía de fiel cumplimiento tiene como finalidad cumplir una doble función: compulsiva y resarcitoria. Es compulsiva, pues lo que pretende es compeler u obliga al contratista a cumplir con todas sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de ejecutar las garantías presentadas por este. Asimismo, es resarcitoria, pues lo que se pretende a través de su ejecución es indemnizar a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios que ha sufrido debido al incumplimiento del contratista. (Resolución N.º 0247-2016-TCE-S4, de 25-02-2016, f. 14. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2DIVkeo>).

§ 1690. **El cronograma de entrega establecido en las bases debe consignar de manera precisa las fechas en las cuales se entregarán los bienes, de modo que así podrá establecerse de manera adecuada la fecha de vigencia de las cartas fianzas de garantía de fiel cumplimiento otorgadas por el postor.** 13. [...] [La] sección específica de las bases establece que: “Plazo de entrega. Los bienes materia de la presente convocatoria se entregarán en el plazo no mayor a cinco (5) días calendario contados a partir del día siguiente de la recepción de la Orden de Compra correspondiente el cual constituye el plazo de cada entrega de suministro; la duración contractual del suministro es de trescientos sesenta y cinco (365) días calendario. Cronograma de entrega La entrega del suministro deberá ser de manera trimestral dentro de un periodo de los doce meses contractuales, de acuerdo a los pedidos que la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco efectúe”. Como se desprende de la información contenida en las bases, no se aprecia una fecha precisa de la entrega de los bienes, tan sólo se conoce que se producirá dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la orden de compra correspondiente, además que la entrega de los



bienes se producirá de forma trimestral durante un año; lo cual, aproximándonos a una fecha, significaría que la entrega de los bienes se producirá cada tres meses, cuatro veces al año; sin embargo, dicha información no es suficiente para determinar la fecha exacta de la entrega de los bienes, para poder deducir - consecuentemente- cuándo se hubiera otorgado la conformidad de recepción de la prestación a cargo del Adjudicatario, para así, a su vez, poder conocer la fecha de vigencia por la que debieron ser presentadas las cartas fianzas de garantía de fiel cumplimiento del contrato, máxime si en el cronograma de entrega establecido en las bases no se ha consignado las fechas de cada entrega trimestral. (Resolución N.º 0247-2016-TCE-S4, de 25-02-2016, f. 13. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2DIVkeo>).

§ 1691. Para que las MYPE puedan acogerse al beneficio de otorgar como garantía de fiel cumplimiento la retención del 10% del monto del contrato original, resulta necesario que la obligación de pago por parte de la Entidad se encuentre fraccionada en una pluralidad de pagos parciales y que el número total de estos sea conocido. 26. Sobre el particular, el tercer párrafo del artículo 126 del Reglamento [cfr. art. 149 del Nuevo Reglamento] respecto a la presentación de la Garantía de fiel cumplimiento establece lo siguiente: *“En los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicios en general, así como en los contratos de ejecución y consultoría de obras que celebren las Entidades con las micro y pequeñas empresas, estas últimas pueden otorgar como garantía de fiel cumplimiento el diez por ciento (10%) del monto del contrato original, porcentaje que es retenido por la Entidad. (...) La retención se efectúa durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada en cada pago, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo”*. (La negrita es agregada). Como puede apreciarse, la normativa de contrataciones contempla un sistema alternativo de constitución de garantía de fiel cumplimiento, el cual consiste en la retención del diez por ciento (10%) del monto del contrato original, en lugar de la presentación de una carta fianza o póliza de caución emitida por el mismo importe. Ahora bien, para que se pueda garantizar el fiel cumplimiento del contrato a través de la retención, la Entidad debe verificar que su contraparte es una MYPE y que el contrato es uno periódico de suministro de bienes o de prestación de servicios, debiendo efectuar el análisis de la periodicidad del contrato respecto de la obligación a cargo de la Entidad, esto es, el pago de la contraprestación [...]. Siendo así para que la retención del diez por ciento (10%) del contrato resulte procedente, la obligación de pago a cargo de la Entidad debe ser de ejecución periódica y, por tanto, debe dar lugar a una pluralidad de pagos parciales, considerando que el último párrafo del citado artículo 126 del Reglamento, establece que la retención se efectúa durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada en cada pago, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo. De tal manera, para que las micro y pequeñas empresas puedan acogerse al beneficio de la retención del diez por ciento (10%) del contrato, no solo resulta necesario que la obligación de pago, a cargo de la Entidad, origine una pluralidad de pagos parciales a favor del contratista, sino que también debe conocerse el número total de estos, debido a que, cuando no se cuenta con esta información, la Entidad no podrá identificar cuál es la primera mitad del número total de pagos sobre la que debe aplicarse la retención regulada en el artículo 126 del Reglamento; razón por la cual, en dicho supuesto, no sería posible garantizar el fiel cumplimiento del contrato a través del sistema de retención. (Resolución N.º 1382-2017-TCE-S1, de 28-06-2017, f. 26. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2zk5Y7p>).

§ 1692. La presentación de la garantía de fiel cumplimiento tiene como objetivo respaldar el correcto cumplimiento por parte del contratista de todas las obligaciones que asume frente a la Entidad. 27. [Es] necesario precisar que la presentación de la garantía de fiel cumplimiento tiene como objetivo respaldar el correcto cumplimiento por parte del contratista de todas las obligaciones que asume frente a la Entidad, según lo estipulado en el contrato y lo dispuesto en las bases integradas y la oferta ganadora, objetivo que en el presente caso se verá cumplido, puesto que la Entidad retendrá un porcentaje del monto del contrato, el cual será devuelto, si se cumplen con todas las obligaciones previstas en el contrato. **28.** [Debe] tenerse en cuenta que las exigencias de orden formal y sustancial que la normativa prevea o cuya aplicación surja a partir de su interpretación deben obedecer a la necesidad de asegurar el escenario más idóneo en el que, dentro de un contexto de libre competencia, se equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y, se garantice el pleno ejercicio del derecho d las

personas naturales y jurídicas para participar como proveedores del Estado, máxime cuando en el caso en concreto se aprecia que la finalidad de exigir la presentación de la garantía de fiel cumplimiento se estaría efectivizando. (Resolución N.º 096-2017-TCE-S2, de 23-01-2017, ff. 27 y 28. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2R6r446>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1693. Funciones que cumple la garantía de fiel cumplimiento. 2.1.1. [...] La garantía de fiel cumplimiento cumple una doble función: compulsiva y resarcitoria. Es compulsiva por cuanto lo que pretende es compeler u obligar al contratista a que cumpla sus obligaciones contractuales, pues de lo contrario se haría merecedor de las penalidades establecidas en el contrato (y/o en la Ley y en el Reglamento), y, en su caso, a la ejecución de las garantías presentadas por él. Es resarcitoria, pues lo que se pretende a través de su ejecución es indemnizar a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios que haya sufrido debido al incumplimiento del contratista. (Opinión N.º 025-2011/DTN, de 23-02-2011, f. 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DpI9gM>).

§ 1694. Variación de la garantía de fiel cumplimiento. 2.1.2. [D]urante la ejecución del contrato, el contratista (MYPE) podría solicitar la variación de la garantía de fiel cumplimiento de una retención a una carta fianza que reúna los requisitos previstos en el segundo párrafo del artículo 39 de la Ley (siempre que esta forma de garantía haya sido prevista en las Bases del proceso de selección), la misma que, en caso sea aprobada por la Entidad, no debe afectar la obligación del contratista de garantizar a la Entidad por la ejecución de sus obligaciones contractuales. De esta manera, aun cuando se presente la referida variación, el contratista seguiría cumpliendo con su obligación de mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento y la Entidad se encontraría debidamente protegida ante el eventual incumplimiento de las obligaciones del contratista. Para estos efectos, la Entidad, bajo su exclusiva responsabilidad, puede adoptar la decisión de gestión de autorizar la variación de la garantía, aceptando la carta fianza, tomando en consideración las retenciones que se hayan efectuado, la viabilidad de la variación de la garantía y la pertinencia de la misma, conforme al Estado de la ejecución del contrato. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe precisar que no sería admisible que, durante la ejecución del contrato, el contratista solicite la variación de la garantía de fiel cumplimiento de una carta fianza o póliza de caución (de acuerdo a lo que establezcan las Bases del proceso de selección) a una retención, pues la normativa de contrataciones del Estado solo le otorga el beneficio de optar por la garantía en forma de retención hasta el momento de suscribir el contrato. (Opinión N.º 121-2015/DTN, de 23-07-2015, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Hscrn8>).

§ 1695. No procede la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento cuando se declara la nulidad del contrato. CONSULTA: 2. *“¿Procede la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento cuando la Entidad ha declarado la nulidad del contrato, por infracción del Principio de Presunción de Veracidad; siendo que en el periodo de vigencia del contrato objeto de nulidad, de manera simultánea, se advirtieron incumplimientos esenciales imputables al contratista, que habrían derivado en la resolución del mismo?”* [...] 2.4. [Si] una Entidad declara la nulidad de un contrato luego de haber verificado la trasgresión del Principio de Presunción de Veracidad, ello determina la inexistencia de dicho contrato y, por consiguiente, la inexigibilidad de las obligaciones contenidas en éste; no siendo procedente la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, ya que esta salvaguarda el cumplimiento de un contrato inexistente. Finalmente debe tenerse en consideración que los supuestos en los que cabe ejecutar la garantía de fiel cumplimiento están definidos expresamente en el artículo 164 del Reglamento [cfr. art. 155 del Nuevo Reglamento]; por lo que, a efectos de ejecutarla, la Entidad debe verificar el cumplimiento de las condiciones previstas en este artículo. (Opinión N.º 059-2012/DTN, de 24-04-2012, ff. 2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SbhCc3>).

§ 1696. Imposibilidad de presentar en dos etapas la garantía de fiel cumplimiento en la ejecución de obras por concurso oferta. CONSULTA: *“¿Es posible que la garantía de fiel cumplimiento en un contrato bajo la modalidad de concurso oferta sea implementada o presentada en dos etapas, la primera sobre*

el monto de la elaboración del expediente técnico y la segunda sobre el monto de la ejecución de la obra luego que la entidad apruebe u otorgue la conformidad de la primera.” [...] 2.2. [...] [La] finalidad principal de la garantía de fiel cumplimiento es cautelar el correcto y oportuno cumplimiento del íntegro de las obligaciones que son parte del contrato, y no garantizar el cumplimiento de alguna prestación en particular [...]. 2.4. [...] [Si] bien las obras ejecutadas bajo la modalidad de concurso oferta involucran la ejecución sucesiva de prestaciones de diversa naturaleza –entre ellas, la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra en sí–, la garantía de fiel cumplimiento garantiza la adecuada y oportuna ejecución del íntegro de las prestaciones objeto del contrato. Así, para que la garantía presentada por el postor ganador de la Buena Pro sea aceptada por la Entidad, esta debe ser emitida por el diez por ciento (10%) del monto total del contrato original, con una vigencia hasta el consentimiento de la liquidación final del contrato. En tal sentido, la mencionada garantía no puede asegurar el cumplimiento de las prestaciones individualmente consideradas que comprende la modalidad de concurso oferta, ni tampoco presentarse en dos etapas, pues su finalidad es garantizar la ejecución del íntegro de las prestaciones del contrato y, en última instancia, la ejecución de la obra pública. (Opinión N.º 099-2013/DTN, de 05-12-2013, ff. 2.2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HppXb6>).

§ 1697. No existe excepción a la presentación de la garantía de fiel cumplimiento en caso de contrataciones que consideran el pago de una comisión de éxito. No es posible celebrar un contrato que contemple como contraprestación única una comisión de éxito (art. 149.6). Véase la jurisprudencia del artículo 152º del Nuevo Reglamento [§ 1699]. (Opinión N.º 011-2017/DTN, de 13-01-2017, ff. 2.1, 2.1.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QB60BC>).

§ 1698. Obligación de mantener la vigencia de las garantías de fiel cumplimiento y adelanto directo. Véase la jurisprudencia del artículo 155º del Nuevo Reglamento [§ 1713]. (Opinión N.º 150-2018/DTN, de 13-09-2018, ff. 2.1 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Q3daPN>).

Artículo 150: Sustitución de garantía de fiel cumplimiento en obras

A partir de la fecha en que el residente anota en el cuaderno de obra la culminación de esta, el contratista puede solicitar la devolución de la garantía de fiel cumplimiento, siempre que se cumpla con las siguientes condiciones:

a) Que la Entidad haya retenido el cinco por ciento (5%) del monto del contrato vigente a solicitud del contratista. La retención se realiza a partir de la segunda mitad del número total de valorizaciones a realizarse, conforme lo previsto en el calendario de avance de obra valorizado.

b) El contratista presente una garantía de fiel cumplimiento equivalente al cinco por ciento (5%) del monto del contrato vigente.

DEFINICIONES

CALENDARIO DE AVANCE DE OBRA VALORIZADO: El documento en el que consta la valorización de las partidas de la obra, por períodos determinados en las bases o en el contrato y que se formula a partir del Programa de Ejecución de Obra.

Artículo 151: Garantías de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias

En las contrataciones de bienes, servicios en general, consultorías o de obras que conllevan la ejecución de prestaciones accesorias, tales como mantenimiento, reparación o actividades afines, se otorga una garantía adicional por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato de la prestación accesorio, la misma que es renovada periódicamente hasta el cumplimiento total de las obligaciones garantizadas. El OSCE mediante Directiva establece las disposiciones complementarias para la aplicación de esta garantía. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 003-2019-OSCE/CD, "Lineamientos para la aplicación de la garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias" (EP, 29-01-2019) [D-023].

Artículo 152: Excepciones

No se otorga garantía de fiel cumplimiento del contrato ni garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias en los siguientes casos:

- a) En los contratos de bienes y servicios, distintos a la consultoría de obras, cuyos montos sean iguales o menores a cien mil con 00/100 Soles (S/ 100 000,00). Dicha excepción también aplica a: i) los contratos derivados de procedimientos de selección por relación de ítems, cuando el monto del ítem adjudicado o la sumatoria de los montos de los ítems adjudicados no supere el monto señalado; y, ii) a los contratos derivados de procedimientos de selección realizados para compras corporativas, cuando el monto del contrato a suscribir por la Entidad participante no supere el monto indicado.
- b) Adquisición de bienes inmuebles.
- c) Contratos de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles.
- d) Las contrataciones complementarias celebradas bajo los alcances del artículo 174, cuyos montos se encuentren dentro del supuesto contemplado en el literal a).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1699. No existe excepción a la presentación de la garantía de fiel cumplimiento en caso de contrataciones que consideran el pago de una comisión de éxito. No es posible celebrar un contrato que contemple como contraprestación única una comisión de éxito. CONSULTA: 2.1. Mediante Opinión N.º 060-2015/DTN, se indicó que "(...), si una Entidad pretende establecer como contraprestación a favor del contratista, únicamente el monto por los honorarios de éxito, no se cumplirá con lo establecido en el artículo 15 del Reglamento para la determinación del valor referencial, requisito indispensable para convocar un proceso de selección." En base a lo señalado, ¿podría entenderse que tratándose de un contrato que en su integridad constituye un honorario de éxito, no se precisa la presentación de una garantía de fiel cumplimiento del contrato, por no cumplirse los requisitos para convocar un procedimiento de selección?". [...]

2.1.1. Sobre el particular, debe indicarse que, de acuerdo al [...] Reglamento, los contratos suscritos bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado pueden considerar, además de un honorario fijo, el pago de una comisión de éxito, la cual se desembolsará de conseguirse el resultado esperado por la Entidad. Por otro lado, de conformidad con lo previsto en el artículo 33 de la Ley y 126 del Reglamento [cfr. art. 149 del Nuevo Reglamento], previamente a la suscripción del contrato, el postor ganador de la Buena Pro debe presentar a la Entidad, la garantía de fiel cumplimiento exigida por la Ley. Las únicas excepciones a dicha regla se encuentran establecidas en el artículo 128 del Reglamento [cfr. art. 152 del Nuevo Reglamento]; sin embargo, entre estas no se encuentran contempladas las contrataciones que consideren el pago de una comisión de éxito. En esa medida, la constitución y presentación de la garantía de fiel cumplimiento constituye un requisito obligatorio para la suscripción de un contrato, incluyendo aquellos que consideren el pago de una comisión de éxito. 2.1.2. Finalmente, cabe precisar que, no es posible celebrar un contrato que contemple como contraprestación a favor del contratista, únicamente, una comisión de éxito, dado que, en este tipo de contrataciones, el postor debe ofertar, necesariamente, un honorario fijo como base. (Opinión N.º 011-2017/DTN, de 13-01-2017, ff. 2.1, 2.1.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QB60BC>).

§ 1700. No es posible celebrar un contrato que contemple como contraprestación única una comisión de éxito. No existe excepción a la presentación de la garantía de fiel cumplimiento en caso de contrataciones que contemplen el pago de una comisión de éxito. Véase la jurisprudencia



del artículo 35° del Nuevo Reglamento [§ 1700]. (Opinión N.º 011-2017/DTN, de 13-01-2017, ff. 2.1, 2.1.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QB60BC>).

§ 1701. **La normativa sobre contratación pública no ha previsto la regularización de cartas fianza en la ejecución contractual.** Véase la jurisprudencia del artículo 153° del Nuevo Reglamento [§ 1702]. (Opinión N.º 119-2009/DTN, de 30-10-2009, ff. 2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rRHP3N>).

Artículo 153: Garantía por adelantos

153.1. **La Entidad solo puede entregar los adelantos directos y por materiales contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto. La presentación de esta garantía no puede ser exceptuada en ningún caso.**

153.2. **La garantía tiene un plazo mínimo de vigencia de tres (3) meses, renovable por un plazo idéntico hasta la amortización total del adelanto otorgado. Dicha garantía puede reducirse a solicitud del contratista hasta el monto pendiente de amortizar**

153.3. **Cuando el plazo de ejecución contractual sea menor a tres (3) meses, las garantías pueden ser emitidas con una vigencia menor, siempre que cubra la fecha prevista para la amortización total del adelanto otorgado.**

153.4. **Tratándose de los adelantos de materiales, la garantía se mantiene vigente hasta la utilización de los materiales o insumos a satisfacción de la Entidad, pudiendo reducirse de manera proporcional de acuerdo con el desarrollo respectivo.**

153.5. **En el caso de obras, no se exige la presentación de garantía por adelantos cuando los documentos del procedimiento de selección establezcan la obligación de constituir un fideicomiso para el manejo de los recursos que el contratista reciba a título de adelanto.**

OPINIONES DEL OSCE

§ 1702. **La normativa sobre contratación pública no ha previsto la regularización de cartas fianza en la ejecución contractual.** CONSULTA: 2. “¿Procede que las Entidades exijan a los contratistas, durante la vigencia del contrato, la presentación de garantías, como la de fiel cumplimiento de contrato y de adelanto, que no fueron requeridas por la Entidad como condición para la suscripción de contrato?”. [...] 2.3. [Es] materia de la presente consulta determinar si durante la vigencia del contrato puede exigirse al contratista la presentación de garantías, como la de fiel cumplimiento de contrato y de adelanto, que no fueron requeridas por la Entidad oportunamente. Sobre el particular, debe indicarse que la normativa sobre contratación pública no ha previsto la regularización de cartas fianza en la ejecución contractual. Por tanto, la Entidad no podría requerir al contratista que subsane el otorgamiento de las garantías que no fueron requeridas en su debida oportunidad. (Opinión N.º 119-2009/DTN, de 30-10-2009, ff. 2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rRHP3N>).

§ 1703. **Devolución de garantía por adelantos. 2.2.** [...] [La] devolución de la garantía por adelantos está directamente relacionada con la amortización del adelanto entregado, es decir, que la garantía por adelantos será devuelta al contratista una vez que este haya amortizado el adelanto recibido. Esto se condice con la finalidad de la garantía por adelantos que, como se ha señalado en el punto anterior, es garantizar la amortización total del adelanto entregado por la Entidad al contratista. (Opinión N.º 053-2010/DTN, de 20-08-2010, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FAeNzx>)

§ 1704. **Finalidad de la entrega de adelantos al contratista. La empresa emisora de garantías no puede solicitar a la Entidad ejecutante que previamente a la ejecución de una garantía otorgada por adelantos acredite el saldo no amortizado por el contratista.** Véase la jurisprudencia del artículo

155° del Nuevo Reglamento [§ 1710]. (Opinión N.º 016-2013/DTN, de 08-02-2013, ff. 2.1, 2.1.1 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DeEFgY>).

§ 1706. **Obligación de mantener la vigencia de las garantías de fiel cumplimiento y adelanto directo.** Véase la jurisprudencia del artículo 155° del Nuevo Reglamento [§ 1713]. (Opinión N.º 150-2018/DTN, de 13-09-2018, ff. 2.1 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Q3daPN>).

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 1707. **En las bases no puede establecerse que se puede solicitar un adelanto directo cuya efectivización está supeditada a la disponibilidad presupuestal de la Entidad, ya que tal condicionamiento causaría incertidumbre en los participantes del procedimiento de selección.** 3.3. **Adelantos.** Si bien las Bases han previsto que el contratista puede solicitar un adelanto directo de hasta un treinta por ciento (30 %) del monto del contrato [10% según la normativa vigente], conforme a lo dispuesto en el artículo 171 del Reglamento [cfr. art. 180 del Nuevo Reglamento], se ha condicionado su entrega a la disponibilidad presupuestal de la Entidad. Es de señalarse que [...] de decidirse el otorgamiento de adelantos, estos deben encontrarse determinados indubitablemente en las Bases, siendo que tal dispositivo legal no otorga facultad alguna a la Entidad de dejar a su arbitrio o de acuerdo a su disponibilidad presupuestal la entrega del monto del adelanto previsto, dado que tal disponibilidad debió haberse previsto con anticipación. Asimismo, debe tenerse presente que condicionar el monto de los adelantos a la disponibilidad presupuestal de la Entidad afectaría los Principios de Libre Concurrencia y Competencia y de Publicidad, en tanto los participantes deben contar con información cierta y exacta a fin de que estos puedan formular propuestas informadas y coherentes. Por tanto, dado que la entrega de adelantos directos es una facultad de la Entidad, el Comité Especial deberá determinar si es que se ofrecerá adelantos directos en el presente caso y, de ser así, determinar el porcentaje exacto de dicho adelanto, lo que deberá ser precisado en las Bases integradas. (Pronunciamento N.º 244-2012/DSU, de 08-06-2012, f. 3.3. Dirección de Supervisión. Texto completo: <bit.ly/2B18651>).

Artículo 154: Garantías a cargo de la Entidad

En los contratos de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, la garantía es entregada por la Entidad al arrendador en los términos previstos en el contrato. Dicha garantía cubre las obligaciones derivadas del contrato, con excepción de la indemnización por lucro cesante y daño emergente.

Artículo 155: Ejecución de garantías

155.1 Las garantías se ejecutan en los siguientes supuestos:

a) Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Una vez que se cuente con la conformidad de la recepción de la prestación o haya quedado consentida la liquidación, según corresponda, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista o de haber saldo a favor, se le devuelve el monto ejecutado sin dar lugar al pago de intereses. Tratándose de las garantías por adelantos, no corresponde devolución alguna por el adelanto pendiente de amortización.

b) La garantía de fiel cumplimiento se ejecuta, en su totalidad, cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral se declare procedente la decisión de resolver el contrato. En estos supuestos, el monto de la garantía corresponde íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.

c) Igualmente, la garantía de fiel cumplimiento se ejecuta cuando transcurridos tres (3) días hábiles de haber sido requerido por la Entidad, el contratista no hubiera cumplido con pagar el saldo a su cargo establecido en el acta de conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de



bienes, servicios en general y consultorías en general, o en la liquidación final del contrato, en el caso de consultoría de obras y ejecución de obras. Esta ejecución es solicitada por un monto equivalente al citado saldo a cargo del contratista.

d) La garantía por adelantos se ejecuta cuando resuelto o declarado nulo el contrato, no se realice la amortización o el pago, aun cuando este evento haya sido sometido a un medio de solución de controversias.

155.2. En cualquiera de los supuestos contemplados en el numeral anterior, la Entidad en forma previa a la ejecución de la garantía por adelantos, requiere notarialmente al contratista, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para que devuelva el monto pendiente de amortizar, bajo apercibimiento de ejecutar la garantía por adelantos por dicho monto.

155.3. Los supuestos previstos en los numerales anteriores están referidos exclusivamente a la actuación de la Entidad, siendo de su única y exclusiva responsabilidad evaluar en qué supuesto habilitador se encuentra para la ejecución de la garantía, por lo que no afectan de modo alguno al carácter automático de tal ejecución y por tanto, de la obligación de pago a cargo de las empresas emisoras, quienes se encuentran obligadas a honrarlas conforme a lo previsto en el artículo 33 de la Ley, al solo y primer requerimiento de la respectiva Entidad, sin poder solicitar que se acredite el supuesto habilitador, sin oponer excusión alguna y sin solicitar sustento ni documentación alguna y en el plazo perentorio de tres (3) días hábiles. Cualquier pacto en contrario contenido en la garantía emitida es nulo de pleno derecho y se considera no puesto, sin afectar la eficacia de la garantía extendida.

155.4. Aquellas empresas que no cumplan con honrar la garantía otorgada son sancionadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones - SBS.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1708. Ejecución de la garantía por adelanto directo en los contratos de obra. 2.4. [...] [C]uando la amortización del adelanto directo entregado al contratista no se cumpla en los plazos programados, resultará justificado que la Entidad ejecute la garantía por adelantos para salvaguardar los fondos públicos involucrados. En relación con lo anterior, es importante precisar que la normativa de contrataciones del Estado brinda al contratista la posibilidad de reducir el monto de la garantía por adelantos conforme a las amortizaciones que se vayan efectuando, con la finalidad que esta garantía refleje el monto real pendiente de amortización y, de ejecutarse, se recupere únicamente dicho monto. [...] 2.6. [Debe] señalarse que la resolución de un contrato de obra por incumplimiento del contratista obliga a la inmediata paralización de la obra y determina que el contratista esté impedido de continuar con su ejecución, por lo que el adelanto otorgado por la Entidad no se amortizará según lo programado, pues la amortización se realiza en función al pago de cada una de las valorizaciones de los avances en la ejecución de la obra [...]. En esa medida, independientemente de si la resolución de un contrato de obra por incumplimiento del contratista está consentida o no, esta determinará la paralización de la obra e impedirá la amortización del adelanto directo otorgado; por lo que, con la finalidad de proteger los fondos públicos involucrados, la Entidad podrá ejecutar la garantía por adelantos y recuperar el monto pendiente de amortización. (Opinión N.º 041-2013/DTN, de 27-05-2013, ff. 2.4 y 2.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RZIG1c>).

§ 1709. Cuando no pueda cumplirse con la amortización de los adelantos entregados al contratista le corresponde a la Entidad ejecutar las garantías por los adelantos otorgados, a efectos de salvaguardar los fondos públicos involucrados. 3.1. Cuando la amortización de los adelantos entregados al contratista no pueda cumplirse según lo programado, como en el caso de resolución del contrato de obra o en caso surjan controversias que determinen la paralización de la obra, corresponde que la Entidad ejecute las garantías por los adelantos otorgados, a efectos de salvaguardar los fondos públicos involucrados. Las cuales deben ser ejecutadas de forma inmediata -dentro de los tres (3) días siguientes de efectuada la solicitud- al solo requerimiento de la Entidad, por el monto total consignado en estas al momento en que se solicita su ejecución, sin que sea posible oponer excusión alguna.

(Opinión N.º 003-2014/DTN, de 02-01-2014, f. 3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2qMEPW9>).

§ 1710. Finalidad de la entrega de adelantos al contratista. La empresa emisora de garantías no puede solicitar a la Entidad ejecutante que previamente a la ejecución de una garantía otorgada por adelantos acredite el saldo no amortizado por el contratista. CONSULTA: 2.1. *En la ejecución de garantías por adelantos en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, teniendo en consideración lo dispuesto por el último párrafo del art. 155 del Reglamento conforme al cual “las garantías solo se harán efectivas por el motivo garantizado” [cfr. art. 149 del Nuevo Reglamento], ¿resulta lícito que como requisito de ejecución las empresas emisoras de las garantías por adelantos soliciten a la Entidad ejecutante que previamente acredite el saldo no amortizado por el contratista? [sic].* 2.1.1. De conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 38 de la Ley [cfr. art. 38 de la Ley vigente], “a solicitud del contratista, y siempre que haya sido previsto en las Bases, la Entidad podrá entregar adelantos en los casos, montos y condiciones señalados en el Reglamento”. Asimismo, el segundo párrafo del referido artículo [cfr. art. 153.1 del Nuevo Reglamento] precisa que “Para que proceda el otorgamiento del adelanto, el contratista garantizará el monto total de este”. [El resaltado es nuestro]. Al respecto, debe señalarse que la finalidad de la entrega de adelantos al contratista es facilitarle el financiamiento necesario para la ejecución de las prestaciones a su cargo y, consecuentemente, prevenir el encarecimiento de la contratación, al evitar que este tenga que recurrir a fuentes externas de financiamiento y asumir los costos que ello conllevaría; costos que, en última instancia, serían trasladados a la Entidad. Sin embargo, para que la Entidad haga entrega del adelanto al contratista no basta con que tal posibilidad se encuentre prevista en las Bases, sino que también es necesario que el contratista presente su solicitud dentro del plazo previsto en dichas Bases, adjuntando una garantía por un monto equivalente al adelantado a ser entregado. Cabe precisar que esta garantía tiene por finalidad salvaguardar la amortización total del adelanto otorgado por la Entidad al contratista. [...] 2.1.4. Finalmente, es importante señalar que el artículo 39 de la Ley establece, en su segundo párrafo [cfr. art. 33.2 del artículo de la Ley vigente], que las garantías que acepten las Entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país al solo requerimiento de la Entidad garantizada. Asimismo, en su tercer párrafo el referido artículo párrafo [cfr. art. 33.3 de la Ley vigente] dispone lo siguiente: “En virtud de la realización automática, a primera solicitud, las empresas emisoras no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de las garantías debiendo limitarse a honrarlas de inmediato dentro del plazo máximo de tres (3) días. Toda demora generará responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el postor o contratista, y dará lugar al pago de intereses [legales] a favor de la Entidad.” (El resaltado es agregado). De esta manera, las garantías por adelantos deben ser ejecutadas de forma inmediata -dentro de los tres (3) días siguientes de efectuada la solicitud- por la entidad emisora, al solo requerimiento de la Entidad, sin que quepa la posibilidad de oponer excusión alguna. (Opinión N.º 016-2013/DTN, de 08-02-2013, ff. 2.1, 2.1.1 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DeEFgY>).

§ 1711. No corresponde ejecutar la garantía de fiel cumplimiento ante la declaración de nulidad de un contrato que quede consentida, por lo que, si la garantía salvaguardara el cumplimiento de un contrato inexistente, ello carecería de objeto. CONSULTA: 2.1. *“¿Corresponde ejecutar la carta fianza de fiel cumplimiento, una vez que quede consentida la declaración de nulidad de un contrato?”* [...] 2.1.4. [Es] importante reiterar que la consecuencia de la declaración de nulidad era la invalidez de los actos celebrados con violación o defecto de los requisitos y formalidades impuestas por el ordenamiento jurídico, por lo que los actos nulos eran considerados actos inexistentes y, como tales, incapaces de producir efectos. Así, cuando una Entidad declaraba la nulidad de un contrato, se producía la invalidez e inexistencia del mismo y, por consiguiente, la inexigibilidad de las obligaciones contenidas en éste. En esa medida, considerando que la garantía de fiel cumplimiento tenía por objeto cautelar el correcto y oportuno cumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista y que la declaración de nulidad de un contrato implicaba la inexistencia e inexigibilidad de dichas obligaciones, no correspondía ejecutar la garantía de fiel cumplimiento ante la declaración de nulidad de un contrato que había quedado consentida, dado que la referida garantía hubiera salvaguardado el cumplimiento de un contrato

inexistente, por lo que carecería de objeto. (Opinión N.º 155-2017/DTN, de 13-07-2017, ff. 2.1 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LRleFY>).

§ 1712. En los casos de resolución contractual por causa imputable al contratista, la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento se realiza por la totalidad de esta, sin tener en cuenta la naturaleza de la prestación o la cuantificación del daño efectivamente irrogado. CONSULTA: 2.1. “[...] [*¿Corresponde*] ejecutar la garantía de fiel cumplimiento una vez resuelto un contrato por causa imputable al contratista y luego que dicha resolución haya quedado consentida, aun en los casos en los que no se perciba un perjuicio material inherente a dicha resolución y lo este no pueda ser cuantificado por la entidad?”. [...] 2.1.2. [...] Respecto de la garantía de fiel cumplimiento, debe precisarse que aquella tenía una doble función: **compulsiva y resarcitoria**. Era compulsiva, puesto que lo que buscaba era compeler u obligar al contratista a cumplir con todas sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de ejecutar las garantías presentadas por este. Asimismo, era resarcitoria, dado que, lo que se pretendía a través de su ejecución era indemnizar a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios que haya sufrido debido al incumplimiento de las obligaciones del contratista. [...] Como se advierte, el mecanismo específico que tenía la Entidad para proteger sus intereses en el supuesto que el contrato haya sido resuelto por causas imputables al contratista, consistía en la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento. Cabe precisar que la finalidad principal de la garantía de fiel cumplimiento era asegurar el cumplimiento del íntegro de las obligaciones que eran parte del contrato. En ese sentido, el incumplimiento del contratista de alguna de estas obligaciones, facultaba a la Entidad a resolver el contrato y, en consecuencia, a ejecutar la referida garantía, luego de cumplirse con las condiciones detalladas en el numeral 2) del artículo 164 del anterior Reglamento [cfr. art. 155 del Nuevo Reglamento]. Por tanto, una vez consentida la resolución del contrato por causal atribuible al contratista, correspondía que la Entidad ejecute la garantía de fiel cumplimiento, en su totalidad, esto es, por el monto íntegro por el cual fue constituida, sin tener en cuenta la naturaleza de la prestación o la cuantificación del daño efectivamente irrogado. (Opinión N.º 206-2016/DTN, de 23-12-2016, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LOFFCA>).

§ 1713. Obligación de mantener la vigencia de las garantías de fiel cumplimiento y adelanto directo. CONSULTA: 2.1. “*¿Hasta qué oportunidad el contratista debió mantener vigentes las garantías de fiel cumplimiento y adelanto directo? Al respecto, considerar que, para el caso específico de la garantía de fiel cumplimiento, la aprobación de la liquidación es una de las materias controvertidas, mientras que para el adelanto directo, no se realizaron amortizaciones*” [...] 2.1.4. De lo expuesto hasta este punto, se verifica que el anterior Reglamento [Decreto Supremo N.º 184-2008-EF] regulaba un tratamiento particular a cada una de las garantías que entregaba el contratista; así, la Entidad debía verificar que éstas estuvieran vigentes, de acuerdo a lo que regulaba el anterior Reglamento para cada una de ellas, bajo apercibimiento de que fueran ejecutadas. En conclusión, de acuerdo a lo establecido en el anterior Reglamento, para el caso de obras, la garantía de fiel cumplimiento debía encontrarse vigente -considerando que la vigencia de la garantía podía ser renovada hasta antes de la fecha de su vencimiento- hasta que la liquidación final del contrato estuviera consentida; y la garantía por los adelantos debía encontrarse vigente -teniendo presente que su vigencia podía renovarse trimestralmente y siempre antes de su vencimiento- hasta el momento en que el monto total del adelanto hubiera sido amortizado totalmente. (Opinión N.º 150-2018/DTN, de 13-09-2018, ff. 2.1 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Q3daPN>).

§ 1714. La garantía de fiel cumplimiento no puede ser ejecutada cuando se declara la nulidad de un contrato suscrito con una Entidad. 2.2.3. [...] [C]onsiderando que la garantía de fiel cumplimiento [tiene] por objeto cautelar el correcto y oportuno cumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista y que la declaración de nulidad de un contrato implicaba la inexistencia e inexistibilidad de dichas obligaciones, no correspondía ejecutar la garantía de fiel cumplimiento ante la declaración de nulidad de un contrato que había quedado consentido, dado que la referida garantía salvaguardaría el cumplimiento de un contrato inexistente. (Opinión N.º 061-2017/DTN, de 28-02-2017, f. 2.2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2U99olp>).

§ 1715. La ejecución de la garantía no puede usarse por la entidad para amortizar la penalidad por mora, correspondiendo a la Entidad solicitar el pago de dicha penalidad al proveedor.

CONSULTAS Y ANÁLISIS: 2.1. “En el caso que un servicio no haya sido cumplido oportunamente, habiendo sido resuelto por penalidad máxima alcanzada por el contratista, existe la posibilidad que la garantía de fiel cumplimiento referida en el inciso 2 del artículo 164 [del Reglamento, D.S. N.º 350-2015-EF] de la Ley de Contrataciones del Estado pueda ser requerida y aplicada como consecuencia de la resolución del contrato al haber quedado consentida; y asimismo sea exigible al contratista el pago de la penalidad por mora, teniendo en cuenta que la garantía de fiel cumplimiento retenida es un monto equivalente a la penalidad por mora generada?” [...] 2.2. “De ser la respuesta afirmativa, la entidad puede requerir al contratista el pago de la penalidad por mora?” [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Cuando el contratista se retrasaba injustificadamente en el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, la Entidad le aplicaba una penalidad por mora, la cual debía ser deducida del pago final o de los pagos a cuenta, cuando correspondía; o en caso sea necesario, del monto resultante de la ejecución de las garantías presentadas por el contratista. 3.2. En caso se hubiera llegado a acumular el monto máximo de penalidad por mora o el monto máximo de otras penalidades, la Entidad se encontraba en la facultad de resolver el contrato por incumplimiento, supuesto en el cual ejecutaba la garantía de fiel cumplimiento, siempre que dicha resolución hubiera quedado consentida. 3.3. Si la Entidad procedió a resolver el contrato al haberse llegado a acumular el monto máximo de penalidad por mora y ante ello ejecuta la garantía de fiel cumplimiento por dicha resolución sin que se haya podido cobrar el monto de la penalidad, la ejecución de la garantía no puede usarse para amortizar la referida penalidad, correspondiendo a la Entidad solicitar el pago de dicha penalidad al proveedor. (Opinión N.º 015-2018/DTN, de 31-01-2018, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RmP3b6>).

§ 1716. Con independencia quien solicite la fianza, en la medida que la garantía presentada por el proveedor cumpla con los requisitos previstos en la normativa de contrataciones del, la misma podrá ser aceptada por las Entidades en el marco de un proceso de contratación. Véase la jurisprudencia del artículo 148º del Nuevo Reglamento [§ 1687]. (Opinión N.º 094-2017/DTN, de 24-03-2017, ff. 2.1, 2.2, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zDa1Mc>).

Artículo 156: Adelanto directo

156.1. Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer adelantos directos al contratista, los que en ningún caso exceden en conjunto del treinta por ciento (30%) del monto del contrato original. En tal caso, los documentos del procedimiento de selección, además, prevén el plazo en el cual el contratista solicita el adelanto, así como el plazo de entrega del mismo.

156.2. Al momento de solicitar el adelanto, el contratista entrega la garantía acompañada del comprobante de pago.

156.3. La amortización del adelanto se realiza mediante descuentos proporcionales en cada uno de los pagos parciales que se efectúen al contratista por la ejecución de la o las prestaciones a su cargo. Cualquier diferencia que se produzca respecto de la amortización parcial de los adelantos se toma en cuenta al momento de efectuar el siguiente pago que le corresponda al contratista o al momento de la conformidad de la recepción de la prestación.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1717. Otorgamiento de adelantos directos hasta el 30 % del monto del contrato original. La Entidad debe observar los principios que rigen toda contratación pública y cautelar el debido uso de los recursos públicos incluso en las contrataciones que se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. CONSULTA: 2. “Si corresponde que en el procedimiento de Contratación de Servicios se otorguen adelantos del 30% y si el mismo es acorde a las normas



de *Contrataciones del Estado*.” [...] **2.2.** [...] cabe anotar que el artículo 129 del Reglamento [cfr. art. 153 del Nuevo Reglamento] regula las condiciones bajo las cuales se debe emitir la garantía por concepto de adelanto directo, precisando que esta debe tener un plazo mínimo de vigencia de tres (3) meses y ser renovable por un plazo idéntico hasta la amortización total del adelanto otorgado; cuando el plazo de ejecución contractual sea menor al plazo antes señalado, dicha garantía puede ser emitida con una vigencia menor, siempre que cubra la fecha prevista para la amortización del adelanto otorgado. [...] en el marco de un procedimiento de selección para la contratación de servicios, la Entidad puede otorgar adelantos directos a favor del contratista, hasta el treinta por ciento (30%) del monto del contrato original, siempre que ello se encuentre previsto en los documentos de dicho procedimiento de selección; por su parte, el contratista deberá entregar a la Entidad una garantía emitida por un monto idéntico al de los adelantos directos, para que ésta última le pueda hacer entrega de los mismos, conforme a lo establecido en el artículo 129 del Reglamento. **2.3.** [...] [Las] contrataciones que se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado pueden realizarse sin observar las disposiciones de dicha normativa; no obstante, la Entidad deberá observar los principios que rigen toda contratación pública y cautelar el debido uso de los recursos públicos. (Opinión N.º 210-2017/DTN, de 26-09-2017, f. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UDAUZd>).

§ 1718. **La garantía por adelantos será devuelta al contratista una vez que este haya amortizado el adelanto recibido.** **2.1.** [...] [Una] Entidad puede entregar adelantos a solicitud del contratista siempre que ello haya sido previsto en las Bases y que el contratista garantice el monto total adelantado. La garantía que el contratista debe otorgar como requisito para la entrega del adelanto, es la garantía por adelantos. Esta garantía tiene por finalidad salvaguardar la amortización total del adelanto entregado por la Entidad al contratista. Ahora bien, el artículo 162 del Reglamento [cfr. art. 153 del Nuevo Reglamento] establece las disposiciones aplicables a la garantía por adelantos: “*La Entidad solo puede entregar los adelantos previstos en las Bases y solicitados por el contratista, contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto y un plazo mínimo de vigencia de tres (3) meses, renovable trimestralmente por el monto pendiente de amortizar, hasta la amortización total del adelanto otorgado*”. [...] De ello se desprende que la devolución de la garantía por adelantos está directamente relacionada con la amortización del adelanto entregado, es decir, que la garantía por adelantos será devuelta al contratista una vez que este haya amortizado el adelanto recibido. Esto se condice con la finalidad de la garantía por adelantos que, como se ha señalado en el punto anterior, es garantizar la amortización total del adelanto entregado por la Entidad al contratista. (Opinión N.º 053-2010/DTN, de 20-08-2010, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FAeNzx>).

§ 1719. **Si bien la regla general es que los adelantos entregados por la Entidad se amorticen mediante descuentos proporcionales en cada uno de los pagos parciales que se efectúen al contratista, nada impide que el contratista solicite que la totalidad del monto dado en adelanto se amortice en su totalidad en el primer o primeros pagos parciales (art. 156.3).** **2.3.** [...] [Debe] indicarse que el artículo 173 del Reglamento [cfr. art. 156 del Nuevo Reglamento] establece que “*la amortización de los adelantos se hará mediante descuentos proporcionales en cada uno de los pagos parciales que se efectúen al contratista por la ejecución de la o las prestaciones a su cargo*”. Como se aprecia, el adelanto se amortiza mediante descuentos proporcionales en cada uno de los pagos parciales que se efectúen al contratista, por la ejecución de la prestación o las prestaciones objeto del contrato. Al respecto, debe indicarse que esta forma de amortización del adelanto ha sido establecida con la finalidad de facilitar al contratista el financiamiento necesario para la ejecución de las prestaciones a su cargo y, consecuentemente, evitar el encarecimiento de la contratación, al evitar que el contratista tenga que recurrir ante terceros por financiamiento, asumiendo los costos que ello conlleva, los cuales, en última instancia, serían trasladados a la Entidad. **2.4.** De esta manera, en principio, el adelanto se amortiza en cada uno de los pagos parciales que la Entidad efectúe al contratista por la ejecución de la prestación o las prestaciones objeto del contrato; no obstante, resulta posible que el contratista solicite a la Entidad que el descuento

correspondiente a la amortización del adelanto se realice en el primer pago parcial, o en los primeros pagos parciales; ello, siempre que el adelanto haya sido utilizado en su totalidad para la ejecución de las prestaciones parciales, respecto de las cuales el contratista solicita que se efectúe el descuento correspondiente a la amortización del adelanto. En este punto, es importante resaltar que esta medida favorecería al contratista, pues le permitiría amortizar el adelanto con antelación y evitar el costo de mantener la garantía por adelantos durante todo el periodo de la ejecución contractual, pero también favorecería a la Entidad al permitirle recuperar los fondos entregados al contratista en calidad de adelanto, en un plazo más corto al de la ejecución contractual, diluyéndose el riesgo de que el contratista incumpla el contrato antes de haber amortizado el adelanto, riesgo que resulta mayor cuanto más extenso sea el plazo de ejecución contractual. (Opinión N.º 053-2010/DTN, de 20-08-2010, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FAeNzxc>).

§ 1720. Si la Entidad ha previsto en las bases la entrega del adelanto al contratista, la falta de entrega de dicho adelanto en el plazo previsto es causal de ampliación de plazo para la entrega de bienes. El plazo de entrega de los bienes no inicia si en las bases se previó que la entrega del adelanto era condición para el inicio de su cómputo y esta no ha sido efectuada por la entidad. Véase la jurisprudencia del artículo 142º del Nuevo Reglamento [§ 1662]. (Opinión N.º 101-2012/DTN, de 10-10-2012, ff. 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RwbjUq>).

CAPÍTULO III MODIFICACIONES DEL CONTRATO

Artículo 157: Adicionales y Reducciones

157.1. Mediante Resolución previa, el Titular de la Entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que estas sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, para lo cual corresponde contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio en general o de consultoría y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos se determina por acuerdo entre las partes.

157.2. Igualmente, puede disponerse la reducción de las prestaciones hasta el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original.

157.3 En caso de adicionales corresponde que el contratista aumente de forma proporcional las garantías que hubiese otorgado, debiendo entregar la actualización del valor de la garantía correspondiente en el plazo máximo de ocho (8) días hábiles de ordenada la prestación adicional. En caso de reducciones puede solicitar la disminución en la misma proporción.

DEFINICIONES

PRESTACIÓN ADICIONAL DE OBRA: Aquella no considerada en el expediente técnico de obra, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional.

PRESTACIÓN ADICIONAL DE SUPERVISIÓN DE OBRA: Aquella no considerada en el contrato original, que resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la finalidad de la contratación, que puede provenir de: i) deficiencias u omisiones en los términos de referencia de supervisión de obra; ii) prestaciones adicionales de obra; y, iii) variaciones en el plazo de obra o en el ritmo de trabajo de obra distintas a las prestaciones adicionales de obra.

PRESUPUESTO ADICIONAL DE OBRA: Es la valoración económica de la prestación adicional de una obra.

PRESTACIÓN NUEVA DE OBRA: La no considerada en el expediente técnico de obra, ni en el contrato original, cuya realización no es indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta principal de la obra. Estas prestaciones se ejecutan mediante un nuevo contrato, para lo cual se aplican los procedimientos establecidos en la Ley y su Reglamento.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1721. **El contratista ejecutor de la obra no puede encargarse de la elaboración del expediente técnico de una prestación adicional. La modificación del expediente técnico como consecuencia de la prestación adicional la tiene que realizar y aprobar la Entidad. Obligaciones del contratista ejecutor de la prestación adicional.** CONSULTA: 2.1. “¿De acuerdo a la normativa de contratación pública, corresponde al Contratista la elaboración del expediente de la prestación adicional de obra?” [...] 2.2. “Si la prestación adicional involucra modificaciones al expediente técnico, ¿A quién corresponde la definición y la aprobación de las modificaciones y en qué oportunidad debe darse éstas?” [...] 2.3. “¿Qué obligación asume el contratista en la elaboración de la prestación adicional de obra?” [...] 3. CONCLUSIONES: 3.1. El contratista ejecutor de la obra no puede encargarse de la elaboración del Expediente Técnico de una prestación adicional. 3.2. De existir alguna modificación al expediente técnico, esta modificación la tiene que realizar y aprobar la Entidad que, de encontrar errores podrá posteriormente, atribuir responsabilidad por vicios ocultos al consultor de obra que se encargó de la elaboración del citado expediente, de ser el caso. 3.3. El contratista ejecutor de la obra durante la prestación adicional de obra está obligado a la ejecución de la respectiva prestación y al cumplimiento del procedimiento establecido en la normativa. (Opinión N.º 064-2011/DTN, de 07-07-2011, ff. 2.1, 2.2, 2.3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LtS5Iv>).

§ 1722. **La sola extensión del plazo de un contrato de servicio no puede ser considerada como una prestación adicional al contrato (art. 157.1).** 2.1.3. [Se] consulta si la extensión del plazo de un contrato de servicio, puede considerarse o entenderse como una prestación adicional. En ese orden de ideas, y atendiendo a la finalidad del contrato, los artículos 41 de la Ley [cfr. art. 34.4 de la Ley vigente] y 174 del Reglamento [cfr. art. 157 del Nuevo Reglamento] establecen que la Entidad, excepcionalmente y previa sustentación por parte del área usuaria, podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, en el caso de bienes y servicios, y siempre que resulte indispensable para alcanzar la finalidad del contrato. Como fundamento de lo anterior, se tiene que durante la ejecución del contrato, la Entidad cuenta con las herramientas necesarias para advertir la eventual inviabilidad del proyecto o hacer frente a determinadas circunstancias ajenas a la voluntad de las partes que, como única solución, exijan la ejecución de determinadas prestaciones - no contenidas en el contrato original - para alcanzar el interés principal de la Administración, cual es la satisfacción de sus necesidades y, con ella, la realización del interés público. En este contexto, debe tenerse en cuenta que la ejecución de prestaciones adicionales supone la ejecución de nuevas prestaciones o prestaciones diferentes a las originariamente pactadas, no previstas en el contrato pero que resultan necesarias para que se cumpla con la finalidad para la que fue celebrado. Por su parte, el plazo de ejecución de un servicio es una condición del contrato que se determina desde el requerimiento efectuado por el área usuaria, en función de sus necesidades, entendiéndose que la Entidad ha previsto que en dicho periodo de tiempo se alcanzará la finalidad del contrato. En dicha medida, la sola extensión del plazo de un contrato de servicio no puede ser considerada como una prestación adicional al contrato, toda vez que no se cumplen con las condiciones previstas en la normativa para ello. (Opinión N.º 096-2015/DTN, de 03-06-2015, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TESMli>).

§ 1723. **Limite a la ejecución de prestaciones adicionales. Ejecución de prestaciones adicionales en contratos de servicios (art. 157.1).** CONSULTA: 2.1. “Si es procedente que para el cálculo del porcentaje del Adicional se reste el monto de la reducción de la Prestación del Adicional de Servicio” [...] 2.2. “¿Es procedente aprobar la Prestación Adicional en Mantenimiento de vías, infraestructuras, etc., cuyo objetivo de contratación ha sido determinado como un servicio y bajo el sistema de Suma Alzada?” [...] 3. CONCLUSIONES: 3.1. La normativa de contrataciones del Estado prevé que el límite hasta por el cual una Entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales, en contratos de servicios, es el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original; asimismo, dispone que el costo de dichas prestaciones adicionales se determina sobre la base de los términos de referencia del servicio y de las condiciones y precios pactados en el contrato, o en defecto de estos, por el acuerdo entre las partes. 3.2.

Una Entidad puede ordenar la ejecución de prestaciones adicionales en contratos de servicios -cuando estas no se encuentren consideradas originalmente en el contrato, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para alcanzar la finalidad de la contratación- hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original; en atención a lo dispuesto en los artículos 34 de la Ley y 139 del Reglamento [cfr. art. 157 del Nuevo Reglamento], según corresponda al objeto contractual. (Opinión N.º 024-2018/DTN, de 13-02-2018, ff. 2.1, 2.2 y 3 al 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Sd2uum>).

§ 1724. A pesar de que el contrato suscrito entre la Entidad y el contratista sólo estaba referido al alquiler de camionetas, de ser necesario para alcanzar la finalidad pública de la contratación y previa sustentación, la Entidad puede requerir servicios adicionales hasta un 25% del monto del contrato original, los cuales pueden consistir en la inclusión de choferes (art. 157.1). CONSULTA: 2.1. *“¿Es procedente que una entidad pública después de suscrito el contrato pueda obligar al contratista incluir (09) nueve conductores, ya que según los términos de referencia y las bases integradas del procedimiento de selección solamente sea previsto y presupuestado por (09) nueve Camionetas?”* [...] 2.1.2. Sobre el particular, es importante precisar que, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, una vez que se perfecciona el contrato, tanto el contratista como la Entidad se obligan a ejecutar las prestaciones pactadas en virtud de dicha contratación; siendo el cumplimiento de tales prestaciones, en la forma y oportunidad establecidas, la situación esperada en el ámbito de la contratación pública. No obstante, se advierte que dicha situación no siempre se verifica durante la fase de ejecución contractual, ya que las prestaciones pactadas originalmente son susceptibles de ser modificadas -en atención a determinadas circunstancias- a fin de lograr la finalidad del contrato. En ese contexto, tanto la Ley como el Reglamento han previsto las modificaciones del contrato que pueden realizarse durante la ejecución contractual; tales como los Adicionales y Reducciones (de prestaciones), la Ampliación del Plazo Contractual, la Cesión de Posición Contractual, y las Modificaciones convencionales al contrato. [...] 2.1.3. [...] [En] el marco de lo dispuesto por la normativa de Contrataciones del Estado, de manera excepcional y previa sustentación del área usuaria, una Entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales en un contrato de servicios -hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original- siempre que ello resulte indispensable para alcanzar la finalidad pública de la contratación; lo cual obedece a una decisión de gestión de exclusiva responsabilidad de cada Entidad. En ese contexto, el costo de los adicionales se determina sobre la base de los términos de referencia del servicio en general y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos, dicho costo se determina por acuerdo entre las partes, de conformidad con el numeral 139.1 del artículo 139 del Reglamento [cfr. art. 157.1 del Nuevo Reglamento] (Opinión N.º 153-2018/DTN, de 17-09-2018, ff. 2.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2P20Ytb>).

§ 1725. Para la ejecución de prestaciones adicionales de la supervisión es necesario contar con una autorización previa de la Entidad. En casos excepcionales, debido a la urgencia de la prestación, la Entidad puede proceder con la aprobación de manera previa al pago (art. 157.1). CONSULTA: 2.5. *“Considerando la naturaleza accesoria que tiene el contrato de supervisión, donde existe la obligación de velar de forma directa y permanente por la correcta ejecución del contrato de obra, y teniendo en cuenta el trámite que conlleva aprobar las prestaciones adicionales de la supervisión, ¿la autorización de las prestaciones adicionales de la supervisión por parte del órgano competente de la Entidad es una condición para su ejecución o solo es necesaria para autorizar el pago por los servicios de la supervisión que se vienen brindando?”* 2.5.1. Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, el artículo 139 del Reglamento [cfr. art. 157 del Nuevo Reglamento] establece que, mediante resolución previa, el Titular de la Entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales, siempre que estas sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, para lo cual debe contar con la asignación presupuestal necesaria. De esta manera, considerando que las prestaciones adicionales implican la ejecución de presupuestos adicionales que se encuentran fuera del alcance original del contrato e involucran la erogación de mayores recursos públicos, resulta indispensable que para su ejecución se cuente previamente con la autorización del Titular de la Entidad o del funcionario que cuenta con facultades para ello; es decir, solo procede el

pago de prestaciones adicionales que han sido debidamente aprobadas de manera previa a su ejecución. No obstante, en el caso que la aprobación previa del adicional de supervisión pueda comprometer el control directo y permanente de los trabajos propios de la obra, la Entidad de forma excepcional -en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad debidamente sustentada- puede proceder con la aprobación de manera previa al pago. (Opinión N.º 155-2018/DTN, de 19-09-2018, ff. 2.5 y 2.5.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DRq5wW>).

§ 1726. Siempre que la reducción de prestaciones de obra que ordenara la Entidad implicaba la afectación del plazo contractual, se deducían los menores gastos generales debidamente acreditados (art. 157.2). 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: “*¿En el presupuesto de las reducciones de prestaciones de obra, se deberá de deducir los gastos generales?*” [...] 2.4. [R]esulta pertinente anotar que de acuerdo al [...] Anexo de Definiciones, los gastos generales estaban definidos como “(...) aquellos costos indirectos que el contratista debe efectuar para la ejecución de la prestación a su cargo, derivados de su propia actividad empresarial, por lo que no pueden ser incluidos dentro de las partidas de las obras o de los costos directos del servicio.” (El subrayado es agregado). Precizando lo anterior, la Opinión N.º 175-2015/DTN [§ 1999] sostiene que, en el caso de obras, el gasto general podía ser fijo o variable en función a si dicho gasto estaba o no relacionado con el tiempo de ejecución de la obra. Así, por ejemplo, el costo de adquisición de las bases podía considerarse un gasto general fijo pues se incurría una sola vez; en cambio, el pago mensual del sueldo del residente de obra podía considerarse un gasto general variable. 2.5. Por lo expuesto, se desprende que, siempre que la reducción de prestaciones de obra que ordenara la Entidad, implicaba la afectación del plazo contractual, se deducían los menores gastos generales debidamente acreditados; es decir, aquellos conceptos que constituían parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial -según correspondía-; conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 202 del anterior Reglamento [cfr. art. 199 del Nuevo Reglamento]. (Opinión N.º 002-2017/DTN, de 04-01-2017, ff. 2, 2.4 y 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FQnUML>).

§ 1727. La facultad de reducir prestaciones solo puede realizarse sobre prestaciones divisibles y pendientes de ejecución (art. 157.2). 2. CONSULTA: 2.1. “*¿La Entidad puede aprobar reducciones al contrato previstas en el artículo 34º de Ley de Contrataciones del Estado, Ley N.º 30225 [...] cuando la prestación a cargo del contratista es indivisible y ya la ejecutó, adquirió y garantizó? o, además, ¿debe evaluar si es que la situación afecta las condiciones originales que motivaron la participación del contratista, a efectos de que no se produzca una ruptura del equilibrio económico financiero del contrato?*” [...] 3. CONCLUSIONES: 3.1. La Entidad en su calidad de garante del interés público puede ejercer la prerrogativa especial de reducir prestaciones, para tal efecto, la normativa de contrataciones del Estado establece que, de manera excepcional y previa sustentación por el área usuaria, el Titular de la Entidad mediante una resolución puede aprobarla hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que ello sea indispensable para alcanzar la finalidad del contrato. 3.2. La reducción de prestaciones requiere -además del cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 34 de la Ley y 139 del Reglamento [cfr. art. 157 del Nuevo Reglamento] - que la obligación a cargo del contratista tenga carácter divisible, lo cual implica que la prestación -bien, servicio u obra- pueda ser ejecutada parcialmente sin que ello ocasione un detrimento que le impida cumplir la finalidad para la cual fue contratada; adicionalmente, solo podrán ser objeto de la reducción aquellas prestaciones que aún no hayan sido ejecutadas. 3.3. La reducción de prestaciones necesariamente implica una variación de la prestación a cargo del contratista, afectando su cantidad y/o plazo de ejecución; de igual manera, genera una disminución de la prestación a cargo de la Entidad, esto es, el pago; por tanto, cuando se producen estos eventos, la reducción de prestaciones -divisibles y pendientes de ejecución- no contraviene lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, en la medida que esta se encuentre debidamente sustentada de acuerdo a lo señalado en la Ley y el Reglamento. (Opinión N.º 156-2016/DTN, de 23-09-2016, ff. 2, 2.1 y 3 al 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ct9gXU>).

§ 1728. No existe diferencia entre los términos prestación adicional de obra y ejecución de obras adicionales. 2. CONSULTA: 2.1. “*Definición de ejecución de obras adicionales ¿Existe diferencia entre*

la prestación adicional de obra y la ejecución de obras adicionales?” [...] 2.1.2. [...] [El] Anexo Único del Reglamento, “Anexo de definiciones”, define al término Prestación como: “La ejecución de la obra, la realización de la consultoría, la prestación del servicio o la entrega del bien cuya contratación se regula en la Ley y en el presente Reglamento” (El subrayado es agregado). Asimismo, el [...] “Anexo de Definiciones”, define a la Prestación adicional de obra como: “Aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional”. En ese sentido, en caso de obras el término prestación implica la ejecución de la obra y la prestación adicional de obra implica la ejecución de una obra adicional a la contemplada en el contrato, por lo que no existe diferencia entre la prestación adicional de obra y la ejecución de obras adicionales. De esta manera, una prestación -independiente de la denominación que se le atribuya- será considerada una prestación adicional de obra cuando implique la ejecución de una obra adicional que no se encuentre prevista en el expediente técnico ni en el contrato original, cuya realización sea indispensable y/o necesaria para el cumplimiento de la meta prevista en la obra principal y siempre que genere un presupuesto adicional de obra; debiendo considerarse estas características como concurrentes. En caso no se cumplan todas las características señaladas anteriormente, estaremos ante otro tipo de prestaciones o una prestación nueva de obra. (Opinión N.º 167-2016/DTN, de 14-10-2016, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QKdHqC>).

§ 1729. **Cuando se aprueba una ampliación de plazo por causal de aprobación de prestación adicional, el nuevo plazo de ejecución contractual era la suma del plazo inicial y el plazo adicional aprobado.** 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. “[...] [C]uando se aprueba una ampliación de plazo por causal de aprobación del adicional, ¿el vencimiento del plazo para la ejecución del adicional se convierte en el nuevo vencimiento del contrato?”. [...] 2.1.3. [...] [La] normativa de contrataciones del Estado le otorgaba al contratista el derecho a solicitar la ampliación del plazo de ejecución en los contratos de bienes y servicios cuando, entre otras causales, se aprobaba una prestación adicional, siempre que ello hubiera afectado el plazo de ejecución contractual. De lo expuesto se desprende que, la ampliación de plazo era una forma de modificación del contrato, que consistía en una variación del plazo de ejecución contractual inicialmente pactado. Por tanto, el nuevo plazo de ejecución contractual era la suma del plazo inicial y del plazo adicional aprobado (que afectaba el plazo original del contrato). (Opinión N.º 169-2016/DTN, de 14-10-2016, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Aa1m4m>).

§ 1730. **Puede usarse cualquier tipo de documento para sustentar la solicitud de ampliación del plazo de ejecución contractual, siempre que a través de estos pudiera acreditar fehacientemente los hechos.** 2.1.6. [Es] importante señalar que para cuantificar la ampliación del plazo de ejecución de obra se debía determinar el tiempo en días en que las actividades que forman parte de la ruta crítica fueron afectadas. Para ello debía tenerse en consideración la duración del hecho o circunstancia invocado como causal y aquellos efectos derivados de estos que hubieran afectado la ruta crítica de la obra. De esta manera, la duración del hecho o circunstancia invocado como causal no necesariamente debía ser igual al periodo por el cual debía ampliarse el plazo. [...] 2.3. [...] En esa medida, al no haberse previsto un tipo específico de documento para sustentar una ampliación del plazo, el contratista podía emplear cualquier tipo de documento que resulte pertinente para sustentar su solicitud (entre ellos, anotaciones en el cuaderno de obra, peritajes, informes, fotografías, videos, etc.), siempre que a través de estos pudiera acreditar fehacientemente los hechos y circunstancias alegados, así como sus efectos sobre la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente. (Opinión N.º 170-2016/DTN, de 17-10-2016, ff. 2.1.6 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2S6f6XP>).

§ 1731. **Tipos de prestaciones adicionales de supervisión de obra.** 2.1.1. En primer lugar, debe indicarse que el artículo 159 del Reglamento [cfr. art. 186 del Nuevo Reglamento] establece que durante la ejecución de una obra debe contarse, de modo permanente y directo, con un inspector o con un supervisor, a elección de la Entidad, a menos que el valor de la obra a ejecutarse sea igual o superior al monto establecido en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal respectivo, supuesto



en el cual, necesariamente debe contarse con un supervisor de obra. Por su parte, el artículo 160 del Reglamento [cfr. art. 187 del Nuevo Reglamento] precisa que a través del supervisor la Entidad controla los trabajos realizados por el ejecutor de la obra, siendo aquel el responsable de velar de forma directa y permanente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato. De esta manera, si bien el contrato de supervisión es un contrato independiente del contrato de obra -en tanto constituyen relaciones jurídicas distintas-, ambos se encuentran directamente vinculados en virtud de la naturaleza accesoria que tiene el primero respecto del segundo. Esta relación de accesoriadad determina que los eventos que afectan la ejecución de la obra, por lo general, también afectan las labores del supervisor. [...] **2.1.5.** De conformidad con lo expuesto, el siguiente cuadro muestra los tipos de prestaciones adicionales de supervisión de obra que contempla la normativa de contrataciones del Estado:

Tipos de prestaciones adicionales de supervisión de obra	Origen	Limite	Autorización por parte de la Contraloría General de la República	Base legal
Prestaciones adicionales de supervisión derivadas del propio contrato de supervisión	Aspectos derivados del propio contrato de supervisión	Veinticinco (25%) del monto del contrato original	No requieren	Numeral 34.2 del artículo 34 de la Ley y numeral 139.1 del artículo 139 del Reglamento
Prestaciones adicionales de supervisión derivadas de adicionales de obra	Aprobación de prestaciones adicionales de obra	No tienen limite	No requieren	Segundo párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley
Prestaciones adicionales de supervisión derivadas de variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de la obra (distintos a los adicionales de obra)	Variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de la obra (distintos a los adicionales de obra) autorizados por la Entidad, siempre que impliquen prestaciones adicionales en la supervisión	Quince por ciento (15 %) del monto del contrato original, el cual puede superarse	Requieren autorización, previa al pago, cuando este tipo de adicionales, en conjunto, supere el quince por ciento (15%)	Primer párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley y numeral 139.4 del artículo 139 del Reglamento

2.1.6. [...] De otro lado, en el caso de una ampliación del plazo otorgada por una paralización total de la obra no imputable al contratista, si bien la ejecución de los trabajos propios de la obra se mantuvo detenida (por ejemplo, durante 10 días calendario en los cuales el supervisor no realizó sus labores) y con ello el periodo de permanencia del supervisor en la obra se incrementa (por ejemplo, de 180 a 190 días calendario), las labores de supervisión efectiva desarrolladas por este último deben ser realizadas en la misma proporción que lo inicialmente pactado, lo cual no genera la necesidad de ejecutar prestaciones adicionales de supervisión. Como se advierte, las variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de la obra autorizadas por la Entidad (distintas a los adicionales de obra), reguladas en el primer párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley, en algunos casos no generan la necesidad de ejecutar prestaciones adicionales de supervisión, toda vez que las labores de supervisión efectiva pueden ser ejecutadas en la misma proporción que lo inicialmente pactado; debiendo verificarse en todo caso que la variación del plazo implique la ejecución de prestaciones adicionales en la supervisión. (Opinión N.º 044-2018/DTN, de 09-04-2018, ff. 2.1.1, 2.1.5 y 2.1.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Q3r6ZR>).

§ 1732. **Definición del contrato de seguros.** No resulta posible que, a través de la ejecución de una prestación adicional, se extienda la cobertura de la póliza de seguros contratada por una Entidad. 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. “Considerando que la cobertura de una póliza de seguros es sólo una de las prestaciones a las que se obliga el contratista en este tipo de contratos ¿Se puede requerir extensión en el tiempo de la cobertura de una póliza de seguros como prestación adicional independientemente que dicha prestación adicional genere o no una ampliación de plazo en la ejecución del contrato?” [...] 2.1.3. [A] efectos de determinar si cabe la aprobación de prestaciones adicionales para extender el periodo de cobertura de una póliza de seguros contratada por una Entidad, es necesario tener en consideración la naturaleza y características particulares de este tipo de contratación. Cabanellas de Torres señala que “En lo jurídico, seguro es un contrato aleatorio, por el cual una de las personas (el asegurador) se compromete a indemnizar los riesgos que otra (el asegurado) sufra, o a pagarle determinada suma a este mismo o a un tercero (el beneficiario) en caso de ocurrir o no el acontecimiento de que se trate, a cambio del pago de una prima en todo caso”. Por su parte, Osorio Ruiz define al contrato de seguros como “(...) aquel por el cual una persona llamada asegurador se obliga, a cambio de una suma de dinero -conocida como prima-, a indemnizar a otra llamada asegurado, o a quien este designe (tercero o beneficiario), el perjuicio que puede causar un suceso de producción incierta, o que siendo cierta no es determinable, desde el momento de su acontecimiento. De esta manera, el monto objeto de indemnización, que es pactado expresamente, es pagado cuando ocurre el evento o riesgo cubierto por el seguro”. De ello se desprende que el seguro es un contrato celebrado con la finalidad de cubrir determinado riesgo, siendo obligación del asegurador compensar el perjuicio económico experimentado por el asegurado como consecuencia de la verificación de dicho riesgo (siniestro). Es importante señalar que las características del servicio de seguro que requiere contratar una Entidad son definidas previamente por el área usuaria respectiva atendiendo a una necesidad específica y puntual de asegurar la verificación de determinados riesgos sobre el patrimonio o personal de dicha Entidad por un periodo específico. Así, este tipo de contrato se materializa a través de un documento denominado “póliza de seguros” -lo cual no enerva la obligación del contratista y de la Entidad de suscribir el contrato respectivo-, en el cual se establecen las condiciones que regirán la relación contractual convenida entre el asegurador y el asegurado. Entre estas, se encuentra el periodo de cobertura, que es el plazo durante el cual la compañía aseguradora está obligada a cubrir e indemnizar a la Entidad por los siniestros que ocurran durante dicho periodo. En el marco de la normativa de contrataciones del Estado, dado que el contratista se encuentra obligado a brindar la prestación requerida por la Entidad durante el periodo de cobertura establecido en el contrato y/o póliza de seguros, dicho periodo constituye el plazo de ejecución contractual. En ese sentido, si el periodo de cobertura ha sido definido por la propia Entidad, teniendo en consideración sus necesidades, se entiende que recién al culminar dicho plazo se alcanzará la finalidad del contrato. Por tanto, si la Entidad requiere que el asegurador extienda la cobertura de la póliza de seguros contratada, ello no resultaría posible a través de la ejecución de una prestación adicional, pues con la prestación del servicio, en el plazo inicialmente pactado, ya se alcanzó la finalidad del contrato. Caso contrario sucede cuando, durante el mismo periodo de cobertura, la Entidad requiere que la compañía aseguradora le brinde cobertura a un número mayor de bienes, en caso se trate de seguros patrimoniales; se incluya a un mayor número de trabajadores, en el caso de pólizas de salud o de vida; o se implementen más situaciones en las que se podría aplicar la póliza de responsabilidad civil frente a terceros. En dichos supuestos, si cabe la ejecución de prestaciones adicionales, pues todas se efectúan dentro del plazo de ejecución del servicio y, por tanto, del periodo de cobertura inicialmente contratado. 2.1.4. En virtud de lo expuesto, debe indicarse que no resulta posible que, a través de la ejecución de una prestación adicional, se extienda la cobertura de la póliza de seguros contratada por una Entidad, pues con la prestación del servicio, en el plazo inicialmente pactado, se alcanzaría la finalidad del contrato. (Opinión N.º 022-2012/DTN, de 15-02-2012, ff. 2, 2.1, 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RQb6KY>).

§ 1733. **Es posible la ejecución de prestaciones adicionales en la contratación directa por la causal de proveedor único.** Véase la jurisprudencia del artículo 27º de la Ley [§ 511]. (Opinión N.º 116-2018/DTN, de 02-08-2018, f. 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DXUoly>).

§ 1734. Bajo el sistema de contratación de precios unitarios, para el caso de servicio y bienes, es factible la ejecución de prestaciones adicionales. Véase la jurisprudencia del artículo 34.3 de la Ley [§ 581]. (Opinión N.º 043-2017/DTN, de 08-02-2017, ff. 2.4, 2.4.1 y 2.4.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rkAQ34>).

§ 1735. No resulta procedente la aprobación de prestaciones adicionales de obra con posterioridad a la ejecución parcial o total de estas. Véase la jurisprudencia del artículo 205º del Nuevo Reglamento [§ 2022]. (Opinión N.º 073-2017/DTN, de 08-03-2017, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2D8VF7k>).

§ 1736. Si la Entidad ejerce la facultad de reducir prestaciones a las originalmente previstas, el calendario de avance de obra deberá ser reformulado de tal manera que sólo comprenderá los trabajos de deben ser ejecutados por el contratista. Véase la jurisprudencia del artículo 34º de la Ley [§ 575]. (Opinión N.º 126-2018/DTN, de 10-08-2018, ff. 2.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r802tR>).

§ 1737. La facultad de reducir prestaciones solo puede realizarse sobre prestaciones divisibles y pendientes de ejecución. Véase la jurisprudencia del artículo 34º de la Ley [§ 576]. (Opinión N.º 156-2016/DTN, de 23-09-2016, ff. 2.1, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ct9gXU>).

REMISIÓN

§ 1737a. Sobre las modificaciones del contrato. Véase también la jurisprudencia del artículo 34º de la Ley [§ 571 ss.].

Artículo 158: Ampliación del plazo contractual

158.1. Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

a) Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiere otorgado.

b) Por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista.

158.2. El contratista solicita la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.

158.3. La Entidad resuelve dicha solicitud y notifica su decisión al contratista en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde el día siguiente de su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tiene por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

158.4. En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad amplía el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal.

158.5. Las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios en general y consultoría en general dan lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados. En el caso de la consultoría de obras, se paga al contratista el gasto general y el costo directo, este último debidamente acreditado, además de la utilidad.

158.6. Cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo puede ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles posteriores a la notificación de esta decisión.

DEFINICIONES

RUTA CRÍTICA DEL PROGRAMA DE EJECUCIÓN DE OBRA: Es la secuencia programada de las partidas de una obra cuya variación afecta el plazo total de ejecución de la obra.

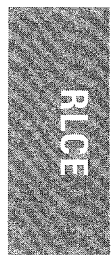
RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1738. Cuando un contratista considera que el incumplimiento de sus obligaciones se encuentra justificado debido a que respondería a causas ajenas a su voluntad, debe impulsar y agotar los mecanismos de solución de controversias que la normativa prevé para resolver el contrato. Véase la jurisprudencia del artículo 45° de la Ley [§ 744]. (Resolución N.º 1577-2017-TCE-S3, de 24-07-2017, ff. 13 al 15. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2zbJh1N>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1739. Para la adecuación del plazo del contrato de supervisión a las variaciones en el plazo o en el ritmo de trabajo de la obra, en situaciones distintas a las de adicionales de obra, no son aplicables las causales, procedimientos y consecuencias económicas establecidas para la ampliación del plazo contractual. 3. CONCLUSIONES. 3.1. La anterior normativa de contrataciones del Estado también le asignaba la calidad de “prestación adicional” a la extensión del plazo del contrato de supervisión que se producía como consecuencia de las variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de la obra que no se derivaban de la ejecución de adicionales de obra, aun cuando la aprobación de esta figura no implicara la supervisión de actividades o trabajos distintos a los previstos originalmente. 3.2. Para la ampliación o adecuación del plazo del contrato de supervisión a las variaciones en el plazo o en el ritmo de trabajo de la obra, en casos distintos a los de adicionales de obra, no eran aplicables las causales, el procedimiento, ni los efectos económicos señalados en el artículo 175 del anterior Reglamento [cfr. art. 205 del Nuevo Reglamento], debido a que las reglas específicas para este caso estaban establecidas en el segundo y tercer párrafos del artículo 191 del anterior Reglamento. 3.3. Cuando se producía la ampliación o adecuación del plazo del contrato de supervisión a las variaciones en el plazo o en el ritmo de trabajo de la obra, en casos distintos a los de adicionales de obra, el pago debía calcularse en función al monto ofertado y al plazo de ejecución original, de forma proporcional, y no según lo previsto en el penúltimo párrafo del artículo 175 del anterior Reglamento. 3.4. El límite establecido en el primer párrafo del artículo 191 del anterior Reglamento podía ser superado cuando la Entidad tuviera que efectuar el pago por la adecuación del plazo del contrato de supervisión a las variaciones en el plazo de la obra, en casos distintos a los de adicionales de obra. 3.5. En la Ley N.º 30225 y su Reglamento para la adecuación del plazo del contrato de supervisión a las variaciones en el plazo o en el ritmo de trabajo de la obra, en situaciones distintas a las de adicionales de obra, no son aplicables las causales, procedimientos y consecuencias económicas establecidas -para una ampliación de plazo- en el artículo 140 del Reglamento [cfr. art. 158 del Nuevo Reglamento], debido a que las reglas específicas para este caso están establecidas en el numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley; en consecuencia, el pago -en estas circunstancias- debe realizarse en función a la tarifa ofertada y, de ser el caso, de manera proporcional a esta. (Opinión N.º 221-2017/DTN, de 09-10-2017, ff. 3.1 al 3.5. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MnpuW1>).

§ 1740. Formalidades para la aprobación de una ampliación del plazo contractual. 2. CONSULTA: 2.1. “[...] ¿La Entidad al emitir pronunciamiento expreso respecto a una ampliación de plazo, para servicios o/y obras lo puede hacer mediante Carta administrativa, o necesariamente dichas formalizaciones tienen que ser a través de Resolución?”. [...] 3. CONCLUSIONES: 3.1. Considerando que el Titular de la Entidad puede delegar a otro funcionario u órgano la emisión del pronunciamiento sobre las solicitudes de ampliación del plazo contractual, no se ha establecido de manera específica la denominación del acto que debe ser emitido por la Entidad para tal efecto, debiéndose aceptar como válido el acto del funcionario u órgano que -en el marco de las normas de organización interna que correspondan- ejerza la competencia para pronunciarse sobre las solicitudes de ampliación de plazo. 3.2. La ampliación de plazo genera sus efectos cuando la Entidad emite y notifica su pronunciamiento al contratista o cuando transcurre el plazo que la Entidad tenía para ello sin la emisión del pronunciamiento respectivo, por lo que no es necesario suscribir una adenda para tal efecto. (Opinión N.º 195-2015/DTN, de 31-12-2015, ff. 2, 2.1, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FQcMhM>).



§ 1741. Corresponde a la Entidad determinar la configuración de un caso fortuito o fuerza mayor, a fin de resolver la solicitud de ampliación de plazo y notificar su decisión al contratista, de lo contrario se debe aplicar la penalidad por mora en la ejecución de la prestación. 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: [...] “Si en la Ley y Reglamento de contrataciones anteriores y vigente siempre estuvo y está prevista la aplicación de penalidades por un retraso injustificado: ¿por qué no se norma que los retrasos no imputables al contratista sólo pueden ser por fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobado, y que un retraso diferente a fuerza mayor o caso fortuito, las penalidades deben asumirlas los contratista y/o los proveedores del contratista?” [...] 2.4. [...] [Se] advierte que la configuración de un “caso fortuito o fuerza mayor” exime de responsabilidad a las partes, específicamente, a la parte que se ve imposibilitada de ejecutar las prestaciones a su cargo. 2.5. Por tanto, la normativa de contrataciones del Estado ha regulado la causal de ampliación de plazo por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista; pudiendo -entre otros casos- sustentarse estos sobre la base de la configuración de un “caso fortuito o fuerza mayor”. No obstante, corresponde a la Entidad determinar si, en efecto, se configura dicha causal, a fin de resolver la solicitud de ampliación de plazo y notificar su decisión al contratista, conforme a lo establecido en el Reglamento; caso contrario, si esta determina que no se configura la causal, aplica la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” al contratista. (Opinión N.º 195-2017/DTN, de 06-12-2017, ff. 2, 2.4 y 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r176TQ>).

§ 1742. Las controversias relacionadas con la ampliación del plazo, pueden ser materia de conciliación o arbitraje. La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto la posibilidad de declarar la nulidad del acto que resuelve la solicitud de ampliación del plazo. La Ley N.º 27444 no es aplicable de manera supletoria a las disposiciones que regulan la ejecución de los contratos celebrados bajo la normativa de contrataciones estatales. 2. CONSULTAS Y ANÁLISIS: 2.1. “¿Es competencia del Titular de la Entidad, en sede administrativa, declarar la nulidad de oficio del acto que declaró: la improcedencia de la solicitud de ampliación de plazo presentada por el contratista, dentro del marco de la ejecución contractual; otorgando, en consecuencia, la ampliación de plazo solicitada?” [...] 2.2. “De ser negativa la respuesta ¿Es procedente aplicar supletoriamente el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, la cual regula la nulidad de los actos administrativos?” [...] 3. CONCLUSIONES: 3.1. Cualquier controversia relacionada con la ampliación de plazo -como podría serlo una actuación contractual arbitraria-, podía ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo fijado en el artículo 140 del Reglamento [cfr. art. 158 del Nuevo Reglamento], el cual constituía un plazo de caducidad. 3.2. La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto la posibilidad de que la Entidad pueda declarar la nulidad del acto que resuelve la solicitud de ampliación de plazo; por lo que, de suscitarse vicios en la declaración que resuelve la solicitud de ampliación de plazo, corresponderá a cada Entidad, en concordancia con su área legal, determinar si ante tal eventualidad resulta compatible la aplicación supletoria del Código Civil. 3.3. Las disposiciones de la Ley N.º 27444 y de su respectivo Texto Único Ordenado no son de aplicación supletoria a las disposiciones que regulan la ejecución de los contratos celebrados bajo el ámbito de la Ley y su Reglamento. (Opinión N.º 130-2018/DTN, de 23-08-2018, ff. 2, 2.1, 2.2, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HAzuMB>).

§ 1743. No siempre la ocurrencia de un hecho o circunstancia por sí misma genera la afectación de la ruta crítica sino que dicha afectación se podría derivar de los efectos que dicho hecho o circunstancia producen en la obra. 2.1.3. [Es] importante indicar que el artículo 201 del anterior Reglamento [cfr. art. 158 del Nuevo Reglamento] detallaba el procedimiento para solicitar la ampliación de plazo en los contratos de obra, así como determinadas situaciones que podían estar vinculadas con dicho procedimiento. Sobre el particular, el primer párrafo del referido artículo señalaba que “(...) desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional

resulte necesario para la culminación de la obra. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo". (El subrayado es agregado). Como se aprecia, independientemente de la causal invocada, el contratista debía solicitar, cuantificar y sustentar su solicitud de ampliación del plazo dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho o circunstancia invocada como causal, para que resultara procedente. En este punto, es importante tener en consideración que no siempre la ocurrencia de un hecho o circunstancia por sí misma generaba la afectación de la ruta crítica, sino que dicha afectación se podía derivar de los efectos que dicho hecho o circunstancia producían en la obra. Por ejemplo, la lluvia (hecho) por sí misma no genera un atraso o paralización en la ejecución de la obra, sino que son sus efectos en la obra (en el terreno o en los materiales, por ejemplo) los que finalmente podían generar un atraso o paralización en la ejecución de la obra. Esta precisión debía ser considerada por las partes para determinar la conclusión del hecho o circunstancia invocada como causal de ampliación de plazo y para cuantificar el número de días por el que debía ser ampliado el plazo de ejecución de la obra. (Opinión N.º 170-2016/DTN, de 17-10-2016, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2S6f6XP>).

§ 1744. Para determinar si correspondía otorgar o no una ampliación del plazo para la ejecución de una prestación adicional de obra se debía analizar, en el caso en concreto, si la ejecución de las nuevas o mayores partidas y/o actividades que conformaban la prestación adicional afectaba o no la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente. CONSULTA: 2.1. "Una entidad aprueba una ampliación de plazo para la ejecución de una prestación adicional de obra y notifica al contratista ¿cuándo se debe de contabilizar la ampliación de plazo concedida a partir del día siguiente de la fecha de término de obra vigente o se debe de realizar un análisis considerando para ello solo las partidas que se han visto afectadas y en armonía con la ampliación de plazo concedida, para poder definir la nueva fecha de término de obra?" [...] 2.1.2. [Es] importante considerar que la aprobación de una prestación adicional de obra constituía una causal de ampliación del plazo debido a que, por lo general, las nuevas y/o mayores prestaciones -a las inicialmente pactadas- requerían de un mayor plazo para ser ejecutadas; no obstante, es preciso señalar que no toda prestación adicional de obra requería de la ampliación del plazo para su realización. En efecto, la aprobación de una ampliación del plazo para la ejecución de una prestación adicional de obra procedía cuando las actividades y/o partidas que formaban parte de la prestación adicional aprobada iban a afectar la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente o cuando se iba a requerir de un plazo mayor para su ejecución. Bajo el mismo criterio, cuando la ejecución de las actividades y/o partidas que formaban parte de la prestación adicional aprobada no iban a afectar la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente (por ejemplo, cuando podían ejecutarse de forma paralela a las partidas o actividades que formaban parte de la ruta crítica), no procedía aprobar una ampliación del plazo contractual por dicha causal. En virtud de lo expuesto, para determinar si correspondía otorgar o no una ampliación del plazo para la ejecución de una prestación adicional de obra se debía analizar, en el caso en concreto, si la ejecución de las nuevas o mayores partidas y/o actividades que conformaban la prestación adicional afectaba o no -y en qué medida- la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente, o si para su ejecución se requería de un plazo adicional; situaciones que solo podían determinarse una vez aprobada la prestación adicional de obra. (Opinión N.º 006-2018/DTN, de 18-01-2018, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2P39S9z>).

§ 1745. La disposición contenida la normativa sobre contrataciones del Estado sobre ampliación del plazo contractual, se aplica a los contratos que tengan naturaleza accesoria con el contrato que es objeto de ampliación de plazo y no a aquellas prestaciones pendientes de ejecución en un contrato de ejecución periódica (art. 158.4). 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: [...] 2.2. "(...) Cuando la fecha de la primera entrega es ampliada, ¿Resulta de aplicación lo señalado en el artículo 140 del Reglamento [Decreto Supremo N.º 350-2015-EF] [...], en el extremo referido a que "en virtud de la ampliación otorgada, la Entidad amplía el plazo de los contratos directamente vinculados al objeto principal", debiendo entenderse que se tiene por ampliados en consecuencia los plazos de las restantes entregas para que el término global de la prestación formado por todas estas (el "plazo del contrato") se entienda como "ampliado"?". De conformidad con lo indicado al absolver la consulta anterior, en un contrato de ejecución periódica, el hecho que la

Entidad otorgue la ampliación del plazo de ejecución de la prestación parcial a cargo del contratista no significa necesariamente que de manera automática se haya ampliado el plazo de ejecución de las prestaciones parciales siguientes. De otro lado, el cuarto párrafo del artículo 140 del Reglamento [cfr. art. 158.4 del Nuevo Reglamento] establece que *“En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad amplía el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal”*. (El subrayado es agregado). Conforme a la norma citada, la ampliación del plazo de ejecución de un contrato determina la ampliación del plazo de los contratos directamente vinculados a aquel, como sería el caso del contrato de supervisión de obra debido a la ampliación del plazo del contrato de ejecución de obras, en atención a la naturaleza accesoria que tiene el primero respecto del segundo. En esa medida, la disposición contenida en el [...] Reglamento se aplica a los contratos que tengan naturaleza accesoria con el contrato que es objeto de ampliación de plazo y no a aquellas prestaciones pendientes de ejecución en un contrato de ejecución periódica. (Opinión N.º 121-2016/DTN, de 01-08-2016, ff. 2 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2STQi1W>).

§ 1746. **Los pagos que se realizan al contratista cuando se amplía el plazo del contrato de supervisión de obra no están sujetos a la limitación del 15%, la cual sí es aplicable a las prestaciones adicionales de supervisión (art. 158.5).** CONSULTA: 2.3. *“¿Cuáles son las consecuencias económicas que deben considerarse para la ampliación del plazo del contrato de supervisión de obra derivado de variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de la obra, distintas a las prestaciones adicionales de obra, que no impliquen prestaciones adicionales de la supervisión sino únicamente la extensión del plazo de su contrato? ¿Debe pagarse considerando lo establecido en el artículo 140 del Reglamento [cfr. art. 158 del Nuevo Reglamento]? ¿Este pago estaría condicionado al límite del 15%?”* [...] 2.3.2. [...] [Debe] señalarse que el primer párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley establece que las prestaciones adicionales de supervisión generadas como consecuencia de variaciones en el plazo de la obra o ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad (distintas a los adicionales de obra), se encuentran sujetas a un límite del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, correspondiendo solicitar la autorización -previa al pago- de la Contraloría General de la República únicamente cuando se supere dicho porcentaje. Como se aprecia, el límite porcentual previsto por el primer párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley (quince por ciento del monto contratado de la supervisión) se aplica a las prestaciones adicionales de supervisión generadas como consecuencia de variaciones en el plazo de la obra o ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad (distintas a los adicionales de obra), mas no a los pagos que -según la tarifa pactada o procediendo al amparo de lo previsto en el artículo 140 del Reglamento - se deben realizar al contratista cuando se amplía el plazo del contrato de supervisión de obra sin que ello conlleve prestaciones adicionales de supervisión. (Opinión N.º 155-2018/DTN, de 19-09-2018, ff. 2.3 y 2.3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DRq5wW>).

§ 1747. **Cuando la Entidad otorgue la ampliación del plazo de ejecución de una de las prestaciones parciales no significa que se haya ampliado el plazo de ejecución de las prestaciones parciales siguientes a menos que en el contrato suscrito se hubiese pactado que el plazo de ejecución de las entregas parciales se determine en función al plazo de ejecución de la primera entrega.** 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. *“¿Será adecuado entender que en el caso de que la entidad amplie el plazo de la primera entrega de bienes en un contrato de ejecución periódica con varias entregas (otorgada de conformidad a lo señalado en el artículo 140 del Reglamento [Decreto Supremo N.º 350-2015-EF] [...], por atrasos no imputables al Contratista) se modifica todos los demás plazos de las entregas subsiguientes en la misma proporción de días ampliados para la inicial al estar fijados en base de “determinados días posteriores a la primera entrega”, tomándose a este fin como referencia la “nueva fecha ampliada” de la misma y ya no la anterior previa a la ampliación?”* [...] 2.1.3. Efectuadas las precisiones anteriores, debe señalarse que, en un contrato de ejecución periódica, el cual involucra una serie de prestaciones parciales, es posible que el contratista solicite la ampliación del plazo de ejecución de cada una de las entregas parciales, siempre que se cumplan las condiciones antes señaladas. Así, el hecho que la Entidad otorgue la ampliación del plazo de ejecución de una de las prestaciones parciales a cargo del contratista no significa que -de manera automática- se haya ampliado el plazo de ejecución de las prestaciones parciales siguientes, ello

en razón de que cada ampliación de plazo debe merecer un análisis de las condiciones previstas en la normativa de contrataciones del Estado. No obstante, lo anterior, en función a las condiciones particulares de cada contratación, el contrato suscrito entre la Entidad y el contratista puede establecer que el plazo de ejecución de las entregas parciales se encuentre fijado en función al plazo de ejecución de la primera entrega o de alguna de ellas. En esta situación, en un contrato de ejecución periódica que señale que el plazo de ejecución de las entregas parciales se determine en función al plazo de ejecución de la primera entrega o de alguna de ellas, en caso este último plazo sea modificado debido a una ampliación de plazo otorgada por la Entidad, dicha situación podría afectar a las entregas cuyo plazo de ejecución se calcule en función al plazo de entrega ampliado, las cuales tendrán en consideración la nueva fecha ampliada. Lo anterior, no significa que la ampliación del plazo de ejecución de la primera entrega o de alguna de ellas implique necesariamente la ampliación de plazo de las siguientes entregas, sino que se trata del cumplimiento de una condición establecida en el contrato para calcular el plazo de ejecución de las entregas parciales. Conforme a lo anterior, cuando la Entidad amplíe el plazo de ejecución de una entrega parcial en un contrato de ejecución periódica, dicha ampliación no implica necesariamente la ampliación del plazo de las entregas posteriores. Sin embargo, cuando la Entidad haya establecido en el contrato que el plazo de las entregas parciales será calculado en función al plazo de ejecución de la primera entrega o de alguna de ellas, en caso aquel plazo sea objeto de modificación, el cálculo de las prestaciones parciales antes mencionadas podría realizarse considerando la nueva fecha ampliada. (Opinión N.º 121-2016/DTN, de 01-08-2016, ff. 2, 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2STQilW>).

§ 1748. **Las causales, procedimiento y consecuencias económicas establecidas para una ampliación de plazo en el Reglamento no son aplicables al contrato de supervisión de obra.** CONSULTA: 2.1. “¿Si en los contratos de supervisión de obra bajo el sistema de contratación por tarifas no se encuentra determinado con precisión el tiempo de la prestación del servicio, los periodos no considerados originalmente debería tramitarse como ampliaciones de plazo?” [...] 2.1.4. [...] Como se observa, el primer supuesto en el que el costo de un contrato de supervisión de obra puede incrementarse es cuando, en casos distintos de adicionales de obra, se producen variaciones en el plazo o en el ritmo de trabajo de la obra que generan la necesidad de supervisar la obra por un mayor tiempo al originalmente previsto en el contrato de supervisión. Así, considerando que los servicios de supervisión son indispensables para el adecuado control de la obra, la disposición citada le permite al Titular de la Entidad autorizar la extensión de los servicios de supervisión bajo las mismas condiciones del contrato original, y hasta por un monto máximo del quince por ciento (15%) del monto del contrato original de supervisión. Cabe precisar que, si el costo de dichas prestaciones supera el mencionado límite, se requiere la aprobación de la Contraloría General de la República para el pago. En este punto, es preciso señalar que, si bien el supuesto detallado es calificado como una prestación adicional de supervisión –en tanto implica el incremento del costo de dicho contrato–, uno de los objetivos de dicha disposición es ampliar o adecuar el plazo del contrato de supervisión a las variaciones en el plazo o en el ritmo de trabajo de la obra, en casos distintos a los de adicionales de obra. 2.1.5. Finalmente, es importante señalar que las causales, procedimiento y consecuencias económicas establecidas para una ampliación de plazo en el artículo 140 del Reglamento [cfr. art. 158 del Nuevo Reglamento] no son aplicables al contrato de supervisión de obra, pues este presenta una regulación específica y de mayor rango normativo, detallada en el numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley [cfr. art. 34.6 de la Ley vigente]. (Opinión N.º 154-2016/DTN, de 12-09-2016, ff. 2.1, 2.1.4 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CtFltO>).

§ 1749. **Sólo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial.** 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: “¿En un supuesto caso que en una obra pública se concede una ampliación de plazo por causales no atribuibles al contratista pero en el Expediente Técnico solo se indique que los gastos generales son 10% pero por omisión del proyectista o porque se traspapeló el folio correspondiente, no se adjunta el desconsolidado de



estos gastos indirectos entre los relacionados con el tiempo de ejecución y los gastos no variables (...) ¿Corresponde que se solicite la aclaración al Proyectista para que adjunte el desagregado correspondiente o la Entidad puede optar por desconocer el pago de mayores gastos generales?” 3. CONCLUSIONES: 3.1. Considerando que el pago de mayores gastos generales variables es una consecuencia económica de la ampliación del plazo de ejecución de obra, en aquellos casos en los que el expediente técnico no hubiera señalado el monto de los gastos generales variables y gastos generales fijos, correspondía que la Entidad formulara la consulta correspondiente al proyectista -al amparo del artículo 196 del anterior Reglamento- a efectos de que este último precisase los montos, tanto de los gastos generales fijos como de aquellos de carácter variable, con la finalidad de que la Entidad pudiera efectuar el pago de mayores gastos generales variables al contratista cuando se trataba de contratos de obra bajo el sistema a suma alzada. 3.2. Ante la ausencia de respuesta por parte del proyectista, la Entidad -en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad- podía optar por pagar aquellos mayores gastos generales variables que fueran debidamente acreditados por el contratista mediante la presentación de documentos que demostraran, fehacientemente, que el contratista había incurrido en estos, ya sea con comprobantes de pago, planilla, o cualquier otro documento que resultase pertinente, teniendo en consideración el tipo de gasto general variable del que se trataba. 3.3. Las partes podían recurrir a la conciliación y/o al arbitraje a efectos de definir el monto de los gastos generales variables. De esta manera, una vez conocidos los gastos generales variables, la Entidad podía determinar el gasto general diario y -en consecuencia- podía calcular el importe total de los mayores gastos generales variables que debían ser pagados al haberse aprobado la ampliación de plazo. (Opinión N.º 024-2017/DTN, de 31-01-2017, ff. 2, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TaQYAt>).

§ 1750. El supervisor de obra tiene derecho a solicitar una ampliación del plazo de su contrato cuando se produzcan atrasos o paralizaciones originados por causas ajenas a su voluntad, con la finalidad de mantener el control de la ejecución de la obra. 2.1.2. [Es] importante señalar que, de conformidad con el numeral 41.6 del artículo 41 de la Ley, el contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual. Al respecto, el artículo 175 del Reglamento [cfr. art. 158 del Nuevo Reglamento], además de regular el procedimiento que debe seguir el contratista para solicitar una ampliación de plazo, precisa las causales específicas que, de verificarse, lo autorizan a solicitar la ampliación del plazo en los contratos de bienes y servicios, observándose que estas también se originan por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad. Cabe precisar que el término “servicios” incluye, tanto a la prestación de servicios en general como a la prestación de servicios de consultoría; los servicios de consultoría incluyen, a su vez, a la consultoría de obras, encontrándose dentro de esta última categoría a los contratos de supervisión de obra. De esta manera, la normativa de contrataciones del Estado otorga al supervisor de obra el derecho a solicitar una ampliación del plazo de su contrato cuando se produzcan atrasos y/o paralizaciones originados por causas ajenas a su voluntad, con la finalidad de mantener el control de la ejecución de la obra. (Opinión N.º 127-2015/DTN, de 07-08-2015, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FOkqt4>).

§ 1751. La “paralización” implica la detención de la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista; mientras que el “atraso” constituye un retraso o retardo en el cumplimiento de dichas prestaciones, sin llegar a ser una paralización. 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. “¿Cuándo se configura una ‘paralización’ o ‘atraso’ en el caso del suministro de bienes?” 2.1.1. [...] [La] normativa de contrataciones del Estado otorga al contratista el derecho a solicitar una ampliación de plazo de ejecución de un contrato de bienes y servicios cuando se produzcan atrasos y/o paralizaciones originados por causas ajenas a su voluntad, con la finalidad de equilibrar o mantener las condiciones inicialmente pactadas. 2.1.2. Dicho lo anterior, es importante señalar que la “paralización” implica la detención de la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista; mientras que el “atraso” constituye un retraso o retardo en el cumplimiento de dichas prestaciones, sin llegar a ser una paralización. En esa medida, corresponde a la Entidad determinar cuándo el contratista ha interrumpido el cumplimiento de las obligaciones a su cargo y en qué casos viene ejecutándolas a un ritmo menor. No obstante, ello, debe considerarse que,

cuando el hecho generador del atraso o paralización sea originado por razones ajenas a su voluntad, el contratista podría solicitar la ampliación del plazo por la configuración de cualquiera de los dos supuestos. (Opinión N.º 190-2015/DTN, de 28-12-2015, ff. 2 al 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DyVeEF>).

§ 1752. Las controversias sobre la ampliación del plazo en contratos de consultoría de obra pueden ser sometidas a arbitraje. 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: “¿Resulta procedente que el contratista solicite en el fuero arbitral reconocimiento de gasto general variable y costo directo (dada la denegatoria de ampliación de plazo por parte de la Entidad) sin previamente haberlo solicitado y acreditado a la Entidad?”. 2.4. [...] [La] ampliación del plazo de ejecución de un contrato de consultoría de obra (como lo sería el que se suscribe para la elaboración del expediente técnico de obra o supervisión de obra) generaba en el contratista el derecho a que se le reconozca, además del gasto general variable, el costo directo, siempre que se encontraran debidamente acreditados. En este punto, es importante precisar que debía existir una relación de causalidad entre los atrasos y/o paralizaciones que generaban la ampliación del plazo del contrato y los mayores gastos generales y costo directo que se solicitaban por dicha ampliación, los mismos que debían acreditarse con la presentación de documentos que demuestren fehacientemente que se incurrió en estos, ya sea con comprobantes de pago, planillas, o cualquier otro documento que resulte pertinente. Adicionalmente, de conformidad con el último párrafo del artículo 175 del Reglamento “Cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje [...]” [cfr. art. 158.6 del Nuevo Reglamento]. 2.5. [S]alvo aquellas expresamente señaladas como no arbitrables, las controversias surgidas durante la ejecución de un contrato de consultoría de obra podían resolverse mediante arbitraje; correspondiendo al árbitro único o tribunal arbitral definir la procedencia o improcedencia de las pretensiones formuladas por las partes, en atención a las normas aplicables y a las pruebas presentadas. (Opinión N.º 045-2016/DTN, de 21-03-2016, ff. 2, 2.4 y 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2sKTmm2>).

§ 1753. Oportunidad para solicitar y acreditar los mayores gastos generales y costo directo derivados de una ampliación del plazo en contratos de consultoría y consultoría de obra (art. 158.5). 2. CONSULTA: 2.1. “En caso se haya suscrito un contrato en el que se haya pactado que el Contratista debe realizar la elaboración de perfiles de diversas localidades y los expedientes técnicos (consultoría y consultoría de obras), y el Consultor haya solicitado ampliaciones de plazo que han sido aprobadas por la Entidad, ¿cuál es la oportunidad para que el Consultor presente su solicitud y acredite el pago de gastos (generales, fijos o variables)?” 3. CONCLUSIONES: 3.1. En una contratación por paquete para la elaboración de los estudios de preinversión y del expediente técnico de obra, independientemente de si la ampliación de plazo se aprobó durante la elaboración de un estudio de preinversión o durante la elaboración del expediente técnico, el contratista podrá acreditar los mayores gastos generales y/o costo directo en cualquier momento posterior a la aprobación de la ampliación de plazo correspondiente y hasta antes de la culminación del contrato. 3.2. En los contratos de consultoría de obra el contratista podrá acreditar los mayores gastos generales y costo directo en cualquier momento posterior a la aprobación de la ampliación de plazo correspondiente y hasta antes de la culminación del contrato. (Opinión N.º 142-2015/DTN, de 31-08-2015, ff. 2.1, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Rkclx5>).

§ 1754. La Ley de Contrataciones del Estado no contempla la figura del término de la distancia. CONSULTA: 2.3. “En los procedimientos de Ampliación de Plazo, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que debe notificarse al contratista la respuesta dentro de los 10 días siguientes de la presentación de su solicitud de ampliación de plazo; por lo que se formula la siguiente consulta: Si para notificar la respuesta de la Entidad a los pedidos de ampliación de plazo contractual para el cumplimiento de sus obligaciones, efectuados por el contratista cuyo domicilio se encuentra fuera del ámbito territorial de la Entidad, resulta factible agregar el término de la distancia al plazo previsto en el artículo 140º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 158 del Nuevo Reglamento]?”. [...] 2.3.2. [La] presente consulta busca determinar si resulta posible agregar el “término de la distancia” -regulado en el [...] T.U.O. de Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General- al plazo para resolver y notificar una solicitud de ampliación de plazo (10 días hábiles) previsto en el artículo 140 del Reglamento. Sobre

el particular, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley señala lo siguiente “La presente Ley y su reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables (...)” (El subrayado es agregado). Como se aprecia, la regulación contenida en la Ley y el Reglamento tiene un carácter especial, y además de ello, por disposición expresa de la Ley, prevalece sobre aquellas otras normas -de derecho público o privado- que posean un alcance general. Siendo ello así, en la materia objeto de consulta no corresponde la aplicación lo establecido en el artículo 144 del T.U.O. de Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, respecto del “término de la distancia”, pues la normativa de contrataciones del Estado no contempla dicha figura. Asimismo, debe considerarse que la normativa de contrataciones del Estado permite a las Entidades realizar la notificación de los actos a los que se refiere el artículo 49 de la Ley *-incluyendo aquellos actos correspondientes a la etapa de ejecución contractual, como lo es la ampliación de plazo-* a través de medios electrónicos de comunicación, siempre que en los documentos del procedimiento de selección y posteriormente en el contrato se haya previsto dicha circunstancia, así como los requisitos y parámetros establecidos en las leyes pertinentes y se garantice la debida notificación del contratista; por tanto, de preverse dicho método, la notificación de las actuaciones que efectuó la Entidad serán realizadas de manera inmediata, eliminándose de ese modo, el “término de la distancia”. (Opinión N.º 106-2018/DTN, de 12-07-2018, ff. 2.3 y 2.3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FLThYc>).

§ 1755. El pago de los gastos generales y el costo directo originados por la ampliación del plazo de un contrato de supervisión no presenta límite alguno. Obligaciones generadas tras la aprobación de la ampliación del plazo de un contrato de supervisión. 3. CONCLUSIONES: 3.1. El pago de los gastos generales y el costo directo originados por la ampliación del plazo de un contrato de supervisión no presenta límite alguno, pues, al constituir un derecho del supervisor ante situaciones ajenas a su voluntad, tiene por objeto mantener las condiciones económicas inicialmente pactadas. **3.2.** La aprobación de una ampliación del plazo de un contrato de supervisión genera la obligación de la Entidad de reconocer al supervisor los gastos generales variables y el costo directo derivado del incremento del plazo de ejecución, siempre que se encuentren debidamente acreditados. **3.3.** Si bien en los contratos a suma alzada el postor efectúa su oferta por un monto integral y por un determinado plazo de ejecución, la aprobación de una ampliación de plazo en un contrato de supervisión genera el reconocimiento de los gastos generales y el costo directo derivados de dicha ampliación, siempre que se encuentren debidamente acreditados. (Opinión N.º 054-2014/DTN, de 25-07-2014, ff. 3 al 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RnmdXi>).

§ 1756. La ampliación del plazo del contrato necesita la aprobación de la Entidad. 3.1. La actual normativa de contrataciones no prevé la prórroga de los contratos de locación de servicios, motivo por el cual, en aplicación del Principio de Legalidad, no se podría efectuar las mencionadas prórrogas. **3.2.** Sin embargo, estos servicios pueden ser susceptibles de la aprobación, por parte del Titular de la Entidad, de prestaciones adicionales así como de la ampliación del plazo contractual, siempre que se cumpla con los requisitos exigidos en la norma para estas figuras. (Opinión N.º 002-2011/DTN, de 03-01-2011, ff. 3.1 al 3.2. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HMdvmi>).

§ 1757. La Entidad es la única competente para aprobar una solicitud de ampliación del plazo de obra. De aprobarse la ampliación, la Entidad deberá reconocer todos los gastos en los cuales habría incurrido el contratista. 3. CONCLUSIONES. 3.1. Una “paralización” de obra se define como la detención de la ejecución de todas las actividades y/o partidas que forman parte de la misma, no siendo posible que el contratista valore los mayores gastos generales incurridos en este periodo; en cambio, en un “atraso” el contratista continúa ejecutando actividades y/o partidas de la obra pero a un ritmo menor al establecido en el calendario de avance de obra -pudiendo producirse, incluso, la paralización de alguna actividad y/o partida-, por lo que se continúa valorizando los trabajos que correspondan, incluyéndose los gastos generales correspondiente al periodo de atraso. **3.2.** La Entidad es la única competente para aprobar una solicitud de ampliación del plazo de obra y, en esa medida, calificar los hechos o circunstancias que la sustentan como “paralización”. En caso de controversia, el tribunal arbitral también sería competente para definir si los hechos o circunstancias que sostienen la ampliación

del plazo constituyen o no una “paralización”. 3.3. Si bien la normativa de contrataciones del Estado no se refiere expresamente al término “paralización parcial”, de la definición de “atraso” señalada en el numeral 3.1 de la presente opinión, se desprende que la paralización de alguna actividad o partida (mas no de todas), solo constituiría un atraso, generándose los mismos efectos económicos. (Opinión N.º 017-2014/DTN, de 29-01-2014, ff. 3.1 al 3.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2G7gkf7>).

§ 1758. **Ampliación del plazo contractual de obra celebrada en modalidad de concurso oferta.** Véase la jurisprudencia del artículo 36º del Nuevo Reglamento [§ 1111]. (Opinión N.º 093-2013/DTN, 19-11-2013, ff. 2.1, 2.1.3 al 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DZmWux>).

§ 1759. **Si la Entidad ha previsto en las bases la entrega del adelanto al contratista, la falta de entrega de dicho adelanto en el plazo previsto es causal de ampliación de plazo para la entrega de bienes. El plazo de entrega de los bienes no inicia si en las bases se previó que la entrega del adelanto era condición para el inicio de su cómputo y esta no ha sido efectuada por la entidad.** Véase la jurisprudencia del artículo 142º del Nuevo Reglamento [§ 1662]. (Opinión N.º 101-2012/DTN, de 10-10-2012, ff. 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RwbjUq>).

§ 1760. **La contratación complementaria determina la suscripción de un nuevo contrato.** Véase la jurisprudencia en el artículo 174º del Nuevo Reglamento [§ 1896]. (Opinión N.º 102-2018/DTN, de 05-07-2018, f. 1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QrFmel>).

§ 1761. **El retraso en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, será injustificado cuando no se haya solicitado la ampliación del plazo contractual o cuando habiéndose solicitado no haya sido aprobada.** Véase la jurisprudencia del artículo 162º del Nuevo Reglamento [§ 1792]. (Opinión N.º 090-2015/DTN, de 27-05-2015, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ri10CZ>).

§ 1762. **La solicitud ampliación de plazo debe estar adecuadamente acreditada y sustentada por el contratista y en esta se debe cuantificar el plazo adicional que resulte necesario para culminar su prestación.** Véase la jurisprudencia del artículo 197º del Nuevo Reglamento [§ 1974]. (Opinión N.º 074-2018/DTN, de 30-05-2018, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ByI35N>).



Artículo 159: Cesión de Posición Contractual

Solo procede la cesión de posición contractual del contratista en los casos de transferencia de propiedad de bienes que se encuentren arrendados a las Entidades, cuando se produzcan fusiones, escisiones o que exista norma legal que lo permita expresamente.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1763. **Diferencia entre cesión de derechos y cesión de posición contractual.** 2.2. [...] [La] figura de la cesión de derechos es diferente a la figura de la cesión de posición contractual [...]. Así, mientras que en la cesión de derechos el contratista cede a terceros su derecho al cobro de la contraprestación que le debe la Entidad por la ejecución de la prestación o prestaciones a favor de esta; en la cesión de posición contractual el contratista cedería sus derechos y sus obligaciones a favor de terceros, por lo que el contratista no solo tendría derecho al cobro de la contraprestación, sino también la obligación el íntegro o el saldo, según corresponda, de la prestación o prestaciones debidas por el contratista a la Entidad. (Opinión N.º 054-2011/DTN, de 10-05-2011, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DFUy0u>).

§ 1764. En determinados casos es posible que una entidad del Estado pueda ceder su posición en el contrato a otra entidad del Estado, sin que se afecte los derechos e intereses de los demás actores del sistema ni el interés público. 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: [...] “La procedencia de la cesión de posición contractual entre entidades públicas (unidades ejecutoras) por el cambio de pliego unidad ejecutora de la municipalidad distrital de Echarate - provincia de la convención cusco a la municipalidad distrital de Megantoni - provincia de la convención - cusco creada mediante Ley N.º 30481, en relación a procesos de selección que se encuentren en fase 3 ejecución contractual, para la contratación de bienes, servicios o ejecución de obras, que se encuentren consentidas y debidamente suscritas al amparo de la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado vigente, asumiendo esta última los derechos y obligaciones generados con el contratista”. [...] 2.2. [La] normativa de contrataciones del Estado ha señalado en el artículo 37 de la Ley que no procede la cesión de posición contractual “salvo en los casos previstos en el reglamento”. Al respecto, debe indicarse que el artículo 141 del Reglamento [cfr. art. 159 del Nuevo Reglamento] establece que “Solo procede la cesión de posición contractual del contratista en los casos de transferencia de propiedad de bienes que se encuentren arrendados a las Entidades, cuando se produzcan fusiones o escisiones o que exista norma legal que lo permita expresamente.” [...] [...] [La] normativa de contrataciones del Estado prohíbe (con ciertas excepciones) que aquellas personas naturales o jurídicas que hayan celebrado un contrato con una Entidad puedan ceder su posición contractual. Dicha disposición tiene como fundamento el hecho de que tales personas han sido seleccionadas a través de un procedimiento de selección competitivo considerando las mejores condiciones de calidad, oportunidad y precio, situación que podría verse afectada si se permitiera ceder las obligaciones y derechos asumidos en virtud del contrato con la Entidad a un tercero ajeno a la relación contractual, respecto del cual- al no haber sido seleccionado a través del procedimiento de selección respectivo- no garantiza la idoneidad en la ejecución del contrato. [...] considerando que la finalidad del procedimiento de selección es que se elija la mejor oferta bajo las mejores condiciones de calidad, oportunidad y precio, dicho objetivo no se vería afectado si se efectuase la cesión de posición contractual entre Entidades, pues la selección se habría efectuado de la misma manera respecto del contratista cedido. [...] 2.3. [...] [C]orresponde a cada Entidad evaluar si la modificación se trata solo de una unidad ejecutora dentro de una misma Entidad -situación que no conllevaría a una cesión de posición contractual-, o si se refiere a la variación de la Entidad, en donde de cumplirse las condiciones indicadas en la presente opinión, podría aplicarse la cesión de posición contractual. (Opinión N.º 172-2017/DTN, de 15-08-2017, ff. 2, 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zPJ4Fm>).

§ 1765. No resulta procedente la cesión de posición contractual del contratista cuando este se encuentre inmerso en un proceso de reorganización simple. 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: “En los contratos sujetos a la LCE ¿es válida la cesión de posición contractual del contratista que se sustenta en un proceso de reorganización simple expresamente reconocido en el artículo 391 de la Ley N.º 26887, Ley General de Sociedades?” [...] 2.1. [...] [La] reorganización simple no se encuentra entre los supuestos taxativos de excepción a la prohibición de cesión de posición contractual previstos en la normativa de contrataciones del Estado. [...] 2.2. [...] [La] reorganización simple implica la división o desmembración del patrimonio de la sociedad reorganizada en bloques patrimoniales, para ser aportados a otra sociedad o sociedades. [...] 2.3. [...] [La] reorganización simple es una forma de reorganización societaria similar a la escisión parcial, pero que presenta requisitos y efectos distintos a los de esta. [...] 2.5. [...] [Aun] cuando en el marco de la normativa de contrataciones del Estado no se admite la cesión de posición contractual en la reorganización simple, ello no obsta que la sociedad beneficiaria del bloque patrimonial segregado de la sociedad aportante, consistente en una línea de negocio completa, pueda acreditar como suya la experiencia de esta última correspondiente a la línea de negocio aportada, en los procesos de selección en los que participe. 2.6. En virtud de lo expuesto, en los contratos celebrados bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, no resulta procedente la cesión de posición contractual del contratista cuando este se encuentre inmerso en un proceso de reorganización simple [...]. (Opinión N.º 087-2013/DTN, de 29-10-2013, ff. 2 al 2.3, 2.5 y 2.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BaPqzw>).

Artículo 160: Modificaciones al contrato

160.1. Las modificaciones previstas en 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 la 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 del precio, adicionalmente a los documentos señalados en los literales precedentes, corresponde contar con lo siguiente:

a) Certificación presupuestal; y

b) La aprobación por resolución del Titular de la Entidad.

160.3. Adicionalmente a los supuestos de modificación del contrato establecidos en el artículo 34 de la Ley, este puede ser modificado cuando el contratista ofrezca bienes y/o servicios con iguales o mejores características técnicas, siempre que tales bienes y/o servicios satisfagan la necesidad de la Entidad. Tales modificaciones no varían las condiciones que motivaron la selección del contratista.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1766. El Titular de la Entidad puede delegar la función de aprobar las modificaciones del contrato, excepto si la modificación implica la variación de precio. 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: “¿Solo las modificaciones al contrato que impliquen la variación de precio deben ser aprobadas por el Titular de la Entidad? [...]” [...] 3. CONCLUSIONES: 3.1. La aprobación de las modificaciones convencionales al contrato corresponde al Titular de la Entidad, pudiendo este último delegar dicha función solo en aquellos casos en los que la modificación no implique la variación del precio, pues de ser así, dicha facultad adquiere el carácter de indelegable. 3.2. El cumplimiento de la condición prevista en el numeral 4 del artículo 142 del Reglamento [cfr. art. 160.2.b del Nuevo Reglamento] debe realizarse conforme al criterio desarrollado en la presente opinión; en consecuencia, para formalizar una modificación convencional al contrato necesariamente debe contarse con la aprobación del Titular de la Entidad cuando la modificación contractual implique la variación del precio; mientras que, en aquellos casos en los que el monto del contrato no sea alterado, la autorización puede ser emitida por el Titular de la Entidad o por el funcionario a quien se le haya delegado dicha labor. (Opinión N.º 198-2017/DTN, de 13-09-2017, ff. 2 y 3 al 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QbZaTT>).

§ 1767. Si durante la ejecución del contrato se dispone la variación de las condiciones económicas en las que se formula una oferta que alteren el equilibrio contractual y generen que la prestación asumida por el contratista devenga en excesivamente onerosa, podría justificar que éste inicie un proceso arbitral. 2. CONSULTAS Y ANÁLISIS: “Teniendo en cuenta que los contratos son ley entre las partes y existiendo acuerdo de ambas partes para el reajuste de precios, ¿resulta procedente la incorporación de una cláusula de reajuste de precios como adenda dentro del contrato?” [...] 2.3. [La] presentación de una propuesta implica el sometimiento del postor a las condiciones establecidas en las Bases integradas. En ese sentido, aquél proveedor que presenta una propuesta se somete a las condiciones establecidas por la Entidad en dichas Bases y, de resultar ganador de la buena pro, se obliga a ejecutar el contrato considerando dichos términos. Atendiendo a ello, si las Bases integradas no incorporan fórmulas de reajuste, el proveedor, al presentar su oferta, se somete a dichas reglas, debiendo respetarlas en la ejecución del contrato, sin considerar incrementos o reducciones en los precios. Por consiguiente, con posterioridad a la celebración del contrato, no sería posible que el contratista solicite la aplicación de fórmulas de



reajuste. 2.4. A mayor abundamiento, debe indicarse que en el último párrafo del artículo 36° de la Ley [cfr. art. 34.7 de la Ley vigente] se establece que “*El contrato entra en vigencia cuando se cumplan las condiciones establecidas para dicho efecto en las Bases y podrá incorporar otras modificaciones, siempre que no impliquen variación alguna en las características técnicas, precio, objeto, plazo, calidad y condiciones ofrecidas en el proceso de selección.*” (El subrayado es agregado). De acuerdo con la norma citada, una vez suscrito el contrato, este puede incorporar modificaciones que no impliquen variación alguna en los precios pactados, pues, de lo contrario, se estaría estableciendo un trato preferente a favor del postor ganador de la buena pro, y actual contratista, en perjuicio de los demás participantes del proceso de selección; lo cual, además, determinaría la vulneración de los principios que inspiran la contratación pública, entre estos, el de Transparencia, de Imparcialidad, de Eficiencia y de Trato Justo e Igualitario. Sin perjuicio de lo antes señalado, cabe reconocer que durante la ejecución del contrato la variación de las condiciones económicas en las que se formula una oferta que alteren el equilibrio contractual y generen que la prestación asumida por el contratista devenga en excesivamente onerosa, podría justificar que éste inicie un proceso arbitral a fin de solicitar al árbitro o Tribunal Arbitral la reducción de su prestación, el reajuste de los precios o -si no fueran viables las alternativas anteriores- la resolución del contrato. (Opinión N.º 126-2009/DTN, de 30-11-2009, ff. 2, 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2B9gQpE>).

§ 1768. El contrato de obra ejecutado en menor tiempo del programado no afecta las condiciones iniciales del contrato de servicios de supervisión. 3. CONCLUSIÓN: En los servicios de supervisión de obra, contratados bajo el sistema de contratación a suma alzada, en donde el íntegro de los trabajos necesarios para la prestación de los servicios requeridos por la Entidad se han realizado sin que se hayan presentado prestaciones adicionales o reducciones, no es posible reducir el monto del contrato cuando la obra concluye en un tiempo menor al programado. (Opinión N.º 111-2014/DTN, de 15-12-2014, f. 3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DHc0Sf>).

§ 1769. La entidad puede modificar el contrato por su sola voluntad siempre que el fin sea alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. 2.1.5. [...] En consecuencia, en un contrato ejecutado bajo la modalidad de concurso oferta, si bien debe ejecutarse bajo el sistema a suma alzada, la potestad de aprobar prestaciones adicionales se reduce a aquellas situaciones en las que, para alcanzar la finalidad del contrato, la Entidad requiere modificar, por causas no atribuibles a las partes, las características técnicas y/o las condiciones originales de ejecución del contrato, situación que puede tener su origen en la emisión de normas de obligatorio cumplimiento. (Opinión N.º 019-2015/DTN, de 27-01-2015, f. 2.1.5. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2G7c1Ao>).

§ 1770. Los cambios y modificaciones en el contrato realizados unilateralmente por la Entidad están justificados por la condición de alcanzar de manera eficiente la finalidad de dicho contrato. 3. CONCLUSIÓN: En un contrato de obra ejecutado bajo la modalidad de llave en mano que incluye la elaboración del expediente técnico, si bien debe ejecutarse bajo el sistema a suma alzada, la potestad de aprobar prestaciones adicionales para la elaboración del expediente técnico y/o para la construcción, equipamiento y montaje hasta la puesta en servicio de la obra, se reducen a aquellas situaciones en las que, para alcanzar la finalidad del contrato, la Entidad requiera modificar, por causas no atribuibles a las partes, las características técnicas y/o las condiciones originales de ejecución de la obra establecidas en el contrato, situación que podría tener su origen en la emisión de normas de obligatorio cumplimiento. (Opinión N.º 101-2014/DTN, de 01-12-2019, f. 3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MLijap>).

§ 1771. Modificación convencional del contrato. Véase la jurisprudencia del artículo 34° del Nuevo Reglamento [§ 602]. (Opinión N.º 090-2018/DTN, de 20-06-2018, ff. 3.1 al 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zwcTu9>).

§ 1772. La Entidad puede reconocer el incremento del sueldo mínimo vital en un contrato de servicios bajo el sistema de contratación a precios unitarios, si previamente el titular de la Entidad hubiese aprobado la modificación de dicho contrato. Véase la jurisprudencia del artículo 52°

del Nuevo Reglamento [§ 1380]. (Opinión N.º 006-2017/DTN, de 04-01-2017, ff. 2 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ed9R29>).

§ 1773. **La normativa de contrataciones públicas no permite la modificación de la propuesta económica, salvo para mejorar el precio o para subsanar errores materiales.** Véase la jurisprudencia del artículo 34º del Nuevo Reglamento [§ 574]. (Opinión N.º 060-2011/DTN, de 03-06-2011, ff. 2 y 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HePO5N>).

§ 1774. **Las solicitudes correspondientes para el otorgamiento del adelanto para materiales e insumos deben ser realizadas con anterioridad a las fechas señaladas en el calendario de adquisición, además de otras condiciones. Modificaciones convencionales al contrato.** Véase la jurisprudencia del artículo 182º del Nuevo Reglamento [§ 1929]. (Opinión N.º 196-2018/DTN, de 10-12-2018, ff. 2, 2.1, 2.2, 2.3, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T8FXzE>).

REMISIÓN

§ 1774a. **Sobre las modificaciones convencionales del contrato.** Véase también la jurisprudencia del artículo 34.10 de la Ley [§ 602 ss.].

CAPÍTULO IV INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Artículo 161: Penalidades

161.1. El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales a partir de la información brindada por el área usuaria, las mismas que son objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

161.2. La Entidad prevé en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. Estos dos (2) tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

161.3. En el caso de obras, dentro de las otras penalidades que se establezcan en los documentos del procedimiento, incluyen las previstas en el capítulo VI del presente título.

161.4. Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

DEFINICIONES

MORA: El retraso parcial o total, continuado y acumulativo en el cumplimiento de prestaciones consistentes en la entrega de bienes, servicios en general, consultorías o ejecución de obras sujetos a cronograma y calendarios contenidos en los documentos del procedimiento de selección y/o contratos.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1775. **La normativa de contrataciones del Estado regula la ampliación de plazo por atraso no imputable al contratista, el cual puede sustentarse en varias causales no solo con el caso fortuito o fuerza mayor. 2. CONSULTA:** “Si en la Ley y Reglamento de contrataciones anteriores y vigente siempre estuvo y está prevista la aplicación de penalidades por un retraso injustificado: ¿por qué no se norma que los retrasos no imputables al contratista sólo pueden ser por fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobado, y que un retraso diferente a fuerza mayor o caso fortuito, las penalidades deben asumirlas los contratista



y/o los proveedores del contratista?”. [...] 3. CONCLUSIÓN: La normativa de contrataciones del Estado ha regulado la causal de ampliación de plazo por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista; pudiendo -entre otros casos- sustentarse estos sobre la base de la configuración de un “caso fortuito o fuerza mayor”. No obstante, corresponde a la Entidad determinar si, en efecto, se configura dicha causal, a fin de resolver la solicitud de ampliación de plazo y notificar su decisión al contratista, conforme a lo establecido en el Reglamento; caso contrario, si esta determina que no se configura la causal, aplica la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” al contratista. (Opinión N.º 195-2017/DTN, de 06-09-2017, ff. 2 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rl76TQ>).

§ 1776. **Celebrado el contrato no es posible la modificación unilateral por parte de la Entidad de las penalidades distintas a la penalidad por mora.** CONSULTA: 2.2. “¿Es procedente que la Entidad en forma unilateral modifique las penalidades distintas a [la penalidad por mora], y para su aplicación, cómo se calculan estas penalidades?”. [...] CONCLUSIONES: [...] 3.2. Las penalidades distintas a la penalidad por mora, reguladas en el artículo 166 del Reglamento [cfr. art. 163 del Nuevo Reglamento], se calculan de conformidad con las disposiciones del contrato, el que debe establecer, de manera clara y precisa, los tipos de incumplimiento que se penalizarán, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos. 3.3. Una vez celebrado contrato, no es posible que la Entidad modifique, unilateralmente, las penalidades distintas a la penalidad por mora establecidas en éste. [...]. (Opinión N.º 064-2012/DTN, de 10-05-2012, ff. 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FmIWAE>).

§ 1777. **Cálculo del monto máximo de penalidad por mora en los contratos de ejecución periódica (art. 161.2).** CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. “¿Es posible establecer el tope máximo de penalidad indicado en el segundo párrafo del artículo 132 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 161.2 del Nuevo Reglamento] en base al costo de cada prestación para contratos de ejecución periódica, o debe establecerse en todos los casos en base al monto contratado o del ítem que debió ejecutarse?”. [...] CONCLUSIONES: 3.1. A efectos de aplicar la fórmula contemplada en el artículo 133 del Reglamento [cfr. 162 del Nuevo Reglamento], la Entidad debe emplear tanto el “monto” como el “plazo” del contrato o del ítem que debe ejecutarse, salvo en los contratos de “ejecución periódica”, en los cuales dicho cálculo se debe realizar tomando en consideración el plazo y el monto de las prestaciones parciales materia del retraso. 3.2. De conformidad con el artículo 132 del Reglamento, independientemente de si el contrato es de ejecución inmediata o de ejecución periódica, el monto máximo de la penalidad por mora es el diez por ciento (10%) del monto total del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. En consecuencia, en los contratos de ejecución periódica, la sumatoria de los montos correspondientes a la aplicación de penalidades por el atraso en la ejecución de las prestaciones parciales no puede ser superior al diez por ciento (10%) del monto total del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. (Opinión N.º 165-2018/DTN, de 03-10-2018, ff. 2.1, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2WAN9HC>).

§ 1778. **La Entidad no puede aplicar penalidades durante el periodo otorgado para la subsanación de las observaciones a la prestación.** Véase la jurisprudencia del artículo 168º del Nuevo Reglamento [§ 1881]. (Opinión N.º 032-2016/DTN, de 22-02-2016, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2C6bpZr>).

§ 1779. **En la contratación por paquete para la elaboración de la ficha técnica o los estudios de preinversión respectivos y del expediente técnico de obra, la única penalidad por mora se aplica cuando el contratista incurre en retraso injustificado en el cumplimiento de alguna de las referidas prestaciones y no cuando se aprecia un atraso en la presentación de los informes sobre los avances en la ejecución de estas.** Véase la jurisprudencia del artículo 37º del Nuevo Reglamento [§ 1127]. (Opinión N.º 204-2017/DTN, de 15-09-2017, ff. 2.1, 2.1.1, 2.1.2, 2.1.3 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RK7kjb>).

§ 1780. Ante el incumplimiento en un contrato de prestación de servicios con el Estado, es posible la aplicación de penalidades, aun cuando dicho incumpliendo no genere perjuicio a la Entidad. Véase la jurisprudencia en el artículo 162° del Nuevo Reglamento [§ 1783]. (Opinión N.º 061-2018/DTN, de 30-04-2018, ff. 2.1, 2.1.1, 2.2.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FVK002>).

Artículo 162: Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

162.1. En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{monto vigente}}{F \times \text{plazo vigente en días}}$$

Donde F tiene los siguientes valores:

a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios en general, consultorías y ejecución de obras: F 0.40.

b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:

b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías: F = 0.25

b.2) Para obras: F = 0.15

162.2. Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al monto vigente del contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica o entregas parciales, a la prestación individual que fuera materia de retraso.

162.3. En caso no sea posible cuantificar el monto de la prestación materia de retraso, la Entidad puede establecer en los documentos del procedimiento de selección la penalidad a aplicarse.

162.4. Para los supuestos que por la naturaleza de la contratación, la fórmula indicada en el presente artículo no cumpla con su finalidad, el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial puede establecer fórmulas especiales para el cálculo de la penalidad por mora.

162.5. El retraso se justifica a través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobado. Adicionalmente, se considera justificado el retraso y en consecuencia no se aplica penalidad, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En ese último caso, la calificación del retraso como justificado por parte de la Entidad no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1781. Finalidad y función de la aplicación de la penalidad por mora. 2.1.1. [...] [Las] penalidades por mora tienen por finalidad, incentivar al contratista a cumplir con los plazos establecidos en el contrato; por tanto, se deduce que la penalidad por mora sanciona el retraso en la ejecución de las prestaciones a cargo de los contratistas, constituyéndose como el mecanismo coercitivo idóneo para asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por ellos. 2.1.2. Adicionalmente a lo expuesto, la aplicación de la penalidad por mora cumple una función resarcitoria de los eventuales daños y perjuicios que el contratista haya ocasionado a la Entidad con su cumplimiento tardío, la cual se concibe como un mecanismo destinado a fijar la reparación en caso de cumplimiento tardío y siempre que este incumplimiento sea imputable al deudor. (Opinión N.º 027-2010/DTN, de 10-03-2010, ff. 2.1.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HGnU2D>).

§ 1782. Para la aplicación de las penalidades por mora, la Entidad deberá emplear el monto del contrato vigente, sin considerar los mayores metrados ejecutados cuando se trataba de una obra ejecutada bajo el sistema de precios unitarios. 2. CONSULTA: [...] 2.2. “¿Corresponde incluir el monto de los mayores metrados ejecutados en los contratos de obra bajo el sistema de precios unitarios para la aplicación de la penalidad por mora u otras penalidades, ello considerando que formaría parte del monto contractual vigente?”. [...] 3. CONCLUSIONES: [...] 3.2. A efectos de aplicar la fórmula de la penalidad diaria o la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” contemplada en el artículo 133 del Reglamento [cfr. art. 162 del Nuevo Reglamento], así como para determinar el monto máximo que puede aplicarse al contratista -equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse, de conformidad con el artículo 132 del Reglamento [cfr. art. 161 del Nuevo Reglamento]-, la Entidad debía emplear el monto del contrato vigente, sin considerar los mayores metrados ejecutados cuando se trataba de una obra ejecutada bajo el sistema de precios unitarios. 3.3. En relación al cálculo de la penalidad por cada uno de los supuestos que se hubiera definido como “Otras penalidades”, para su determinación debía observarse, cuando menos, tres parámetros: la objetividad, la razonabilidad y la congruencia con el objeto de la convocatoria. 3.4. Sin perjuicio de lo anterior, a efectos de determinar el monto máximo que puede aplicarse al contratista por el concepto de “Otras penalidades” -equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse, de conformidad con el artículo 132 del Reglamento-, la Entidad deberá emplear el monto del contrato vigente, sin considerar los mayores metrados ejecutados cuando se trataba de una obra ejecutada bajo el sistema de precios unitarios. (Opinión N.º 105-2018/DTN, de 12-07-2018, ff. 2, 2.2, 3.3.2. 3.3 y 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PbObo1>).

§ 1783. Ante el incumplimiento en un contrato de prestación de servicios con el Estado, es posible la aplicación de penalidades, aun cuando dicho incumpliendo no genere perjuicio a la Entidad. CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. “¿En un contrato de prestación de servicios y provisión de insumos a la Entidad, es posible la aplicación de penalidades ante un atraso del contratista, a pesar que dicho atraso no genere perjuicio a la Entidad?”. 2.1.1. En primer lugar, corresponde señalar que, en el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista puede determinar la aplicación de penalidades al contratista y/o la resolución del contrato. Al respecto, es importante indicar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 132 del Reglamento [cfr. art. 161 del Nuevo Reglamento], el contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las cuales deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria. Asimismo, el citado artículo dispone en su segundo párrafo que “La Entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades”. En esa medida, se advierte que las penalidades que prevé la normativa de contrataciones del Estado, son: i) la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación”; y, ii) “otras penalidades”; las cuales se encuentran reguladas conforme a lo establecido en los artículos 133 y 134 del Reglamento, respectivamente. Adicionalmente, cabe precisar que la finalidad de establecer dichas penalidades es desincentivar el incumplimiento del contratista, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que le hubiera causado tal incumplimiento o retraso en la ejecución de las prestaciones a su cargo. (El subrayado es agregado). 2.1.2. Efectuadas las precisiones anteriores, es preciso indicar que respecto de la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación”, el artículo 133 del Reglamento [cfr. art. 162 del Nuevo Reglamento] preceptúa que “En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso”. Así, se desprende que la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” se aplica de manera automática ante el retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones a su cargo; para lo cual la Entidad debe verificar, previamente, el retraso injustificado por parte del contratista en la ejecución de la prestación objeto del contrato, entendido como la razón de ser del mismo, que es satisfacer una necesidad. A este respecto, cabe precisar que el retraso en la ejecución de las prestaciones será injustificado cuando el contratista no acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. De otro lado, respecto de las “otras penalidades”, el artículo 134 del Reglamento [cfr. art. 163 de Nuevo

Reglamento] prevé que los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación”, siempre y cuando estas sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; para lo cual deben incluirse los supuestos de aplicación de penalidad, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar, correspondiendo a obligaciones vinculadas al objeto del contrato. Dichas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora. En ese contexto, cuando una Entidad verifique la configuración de uno de los supuestos a penalizar, ésta aplicará la penalidad correspondiente conforme a lo establecido en los documentos del procedimiento de selección; en atención a lo dispuesto en el artículo 134 del Reglamento. 2.1.3. Ahora bien, tal como se indicó precedentemente, establecer la aplicación de penalidades -tanto la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” como “otras penalidades”- cumple una doble función; por un lado, desincentivar el incumplimiento injustificado de las obligaciones a cargo del contratista; y, por otro lado, resarcir a la Entidad por el perjuicio que tal incumplimiento o retraso en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado; sin embargo, estos elementos no han sido previstos en la Ley como requisitos previos para la configuración del supuesto de hecho, en virtud del cual se aplica la penalidad. En razón de ello, estas penalidades se aplican cuando la Entidad verifique el incumplimiento o retraso injustificado del contratista en la ejecución de sus obligaciones contractuales, independientemente que dicha falta le hubiera causado un perjuicio a la Entidad. Por lo expuesto, se advierte que, en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, las penalidades se aplican cuando la Entidad verifique el incumplimiento injustificado de las obligaciones del contratista, conforme a lo establecido en los artículos 133 y 134 del Reglamento, según corresponda; con independencia de que un “atraso” en la ejecución de sus prestaciones contractuales le hubiera causado un perjuicio a la Entidad. (El subrayado es agregado). (Opinión N.º 061-2018/DTN, de 30-04-2018, ff. 2.1, 2.1.1, 2.2.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FVK002>).

§ 1784. En los contratos de consultoría de obra para la elaboración de un expediente técnico, la penalidad por mora se aplica ante el retraso injustificado de la entrega del expediente técnico, mas no ante el retraso injustificado de los documentos de arquitectura u otros estudios complementarios, debido a que dichos documentos no constituyen el mismo objeto de la contraprestación.

CONSULTA Y ANÁLISIS: “*Si en los contratos para la elaboración de un expediente técnico de obra, en el que la elaboración de la solución arquitectónica, el anteproyecto y el proyecto no constituyen meros informes de avance si no prestaciones en sí mismas, pues, además de contar con un plazo y costo perfectamente determinado, resultan indispensables para asegurar el inicio, calidad y resultado de la etapa siguiente, se puede aplicar una penalidad por mora en caso de incumplimiento de los plazos establecidos para su elaboración y entrega?*” [...] 2.5. [...] [En] el marco de un contrato de consultoría de obra para la elaboración de un Expediente Técnico, la penalidad por mora -a que se refiere el artículo 133 del Reglamento [cfr. art. 162 del Nuevo Reglamento]- se aplica ante el retraso injustificado del contratista en la entrega de dicho expediente, el cual, si bien comprende la elaboración de un conjunto de documentos de arquitectura e ingeniería -entre otros estudios complementarios-, constituye una prestación de ejecución única; por lo que dicha penalidad no podría ser aplicada ante retrasos -injustificados- en la entrega de los referidos documentos, pues estos no constituyen en sí mismos el objeto de dicha contratación. Sin perjuicio de ello, es importante precisar que -en concordancia con el criterio contenido en la Opinión N.º 023-2017/DTN [§ 1805]-, la Entidad puede proceder con la aplicación de “otras penalidades” conforme a lo establecido en el artículo 134 del Reglamento [cfr. art. 163 del Nuevo Reglamento], siempre que -para tal efecto- estas se encontraran estipuladas en las Bases Integradas y/o en el contrato, pues en caso de no haberse previsto en ninguno de estos documentos, dichas penalidades no podrían ser aplicadas al contratista durante la etapa de ejecución contractual. (Opinión N.º 079-2018/DTN, de 08-06-2018, f. 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SeZ0aH>).

§ 1785. Independientemente de si el contrato era de ejecución inmediata o de ejecución periódica, el monto máximo de la penalidad por mora era el 10 % del monto total del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse (art. 161.2). 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: “Si en

un procedimiento de selección convocado como ÍTEM PAQUETE, de ejecución periódica, requerida a través de diferentes órdenes de compra, ¿corresponde entender como máximo de penalidad el 10% de la orden de compra en que se incurrió en penalidad, o corresponde entender que el máximo de la penalidad debe ser el 10% del CONTRATO VIGENTE”. [...] 3. CONCLUSIONES. Según se establecía en el artículo 132 del Reglamento [cfr. art. 161 del Nuevo Reglamento], independientemente de si el contrato era de ejecución inmediata o de ejecución periódica, el monto máximo de la penalidad por mora era el diez por ciento (10%) del monto total del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. En consecuencia, en los contratos de ejecución periódica, la sumatoria de los montos correspondientes a la aplicación de penalidades por el atraso en la ejecución de las prestaciones parciales no podía ser superior al diez por ciento (10%) del monto total del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. (Opinión N.º 032-2018/DTN, de 14-03-2018, ff. 2 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BDiSz5>).

§ 1786. **La penalidad por mora sólo se aplica de manera automática ante el retraso injustificado del contratista.** CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. “La aplicación de penalidad por mora, ¿cuándo el solo hecho del vencimiento del contrato implica la inmediata aplicación de penalidad por mora?” [...] 2.1.2. [...] [C]onforme a lo establecido por la normativa de contrataciones del Estado, la “penalidad por mora” se aplica de manera automática ante el retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones a su cargo, -en aplicación del último párrafo del artículo 133 del Reglamento [cfr. art. 162 del Nuevo Reglamento]- para lo cual la Entidad debe verificar (con ocasión de la solicitud del contratista), previamente, el retraso injustificado; es decir, que éste no haya cumplido con acreditar -de modo objetivamente sustentado- que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. (Opinión N.º 137-2018/DTN, de 06-09-2018, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UqezNP>).

§ 1787. **Si la ampliación del plazo para la entrega de la obra es otorgada luego del término del plazo de ejecución contractual, no operará la mora respecto de los días adicionales en que se retrasó la obra. Si la solicitud de ampliación del plazo, presentada luego del término del plazo de ejecución contractual es denegada, si aplica la penalidad por mora.** CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.2. “En el supuesto de haber vencido el plazo contractual (originario), ¿procedería aplicar la penalidad por mora en caso de retraso injustificado, sin considerar las ampliaciones de plazo aprobado en el caso de obras?” 2.2.1. [...] [C]onforme a lo establecido por la normativa de contrataciones del Estado, la “penalidad por mora” se aplica de manera automática ante el retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones a su cargo, para lo cual -en aplicación del último párrafo del artículo 133 del Reglamento [cfr. art. 162 del Nuevo Reglamento]- la Entidad debe verificar, previamente, el retraso injustificado por parte del contratista; es decir, que éste no haya cumplido con acreditar -de modo objetivamente sustentado- que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. [...] Ahora bien, tal y como se ha precisado a través de las Opiniones N.º 125-2018/DTN [§ 1989] y N.º 272-2017/DTN [§ 1390], cabe anotar que la conclusión de la circunstancia invocada como causal de ampliación del plazo de obra puede ocurrir con anterioridad o con posterioridad al término del plazo de ejecución contractual, sin que ello dependa de la voluntad del contratista; por lo que la solicitud de ampliación de plazo, en el caso de obras y siempre que se cumplan los requisitos exigidos por la Ley, puede presentarse con posterioridad al término del plazo de ejecución de la obra, pero siempre dentro de los quince (15) días siguientes de concluida la circunstancia invocada. En ese contexto, considerando que una solicitud de ampliación de plazo puede ser aprobada -incluso- con posterioridad al término de ejecución contractual de la obra; corresponde a la Entidad, antes de aplicar la penalidad por mora, verificar si el hecho que originó el retraso no resulta imputable al contratista, lo cual podrá ser acreditado con ocasión de la aprobación de ampliación de plazo. CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.3. “De no existir un pronunciamiento favorable del retraso injustificado en la ejecución de dicha prestación, ¿desde cuándo surte efecto la aplicación de la penalidad?” [...] [En] caso que el contratista no acredite objetivamente que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable, la aplicación de la penalidad por mora surte efecto desde el primer día de retraso, de conformidad con lo

establecido en el artículo 133 del Reglamento. (Opinión N.º 137-2018/DTN, de 06-09-2018, ff. 2.2, 2.2.1 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UqezNP>).

§ 1788. En caso de las contrataciones de ejecución periódica de servicios en general, el cálculo de la penalidad diaria se debía realizar tomando en consideración el plazo y el monto de las prestaciones parciales afectadas con el retraso; independientemente que el servicio hubiera sido contratado bajo el sistema a suma alzada o de precios unitarios. En los contratos de ejecución periódica, la sumatoria de los montos correspondientes a la aplicación de penalidades por el atraso en la ejecución de las prestaciones parciales no puede ser superior al diez por ciento del monto total del contrato vigente. CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. “[...] ¿El cálculo de penalidad por retraso injustificado en los servicios de ejecución periódica será a base del monto y el plazo del periodo afectado, independientemente de ser su sistema de contratación de suma alzada (valorizaciones mensuales), precios, unitarios, paquete e ítem?” [...] 2.1.3. [...] [El] artículo 133 del Reglamento [cfr. art. 162 del Nuevo Reglamento] establecía la fórmula que debía utilizarse para calcular el importe de la penalidad diaria que era aplicable al contratista ante el retraso injustificado en la ejecución de sus prestaciones. Sobre el particular, debe señalarse que el tercer párrafo del citado artículo [cfr. art. 162.2 del Nuevo Reglamento] detallaba los componentes de la referida fórmula, estableciendo que “Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso” [...]. 2.1.4. [...] [Atendiendo] al tenor de la presente consulta, debe señalarse que en caso de las contrataciones de ejecución periódica de servicios en general, el cálculo de la penalidad diaria se debía realizar tomando en consideración el plazo y el monto de las prestaciones parciales afectadas con el retraso; independientemente que el servicio hubiera sido contratado bajo el sistema a suma alzada o de precios unitarios. Asimismo, es preciso señalar que el criterio antes detallado también se aplicaba en las contrataciones de servicios en general realizadas por paquete, así como en los contratos que agrupaban varios ítems derivados de un procedimiento de selección; de modo que, el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones parciales objeto del contrato debían analizarse en función a cada una de las prestaciones involucradas; es decir, para el cálculo de la penalidad diaria en dichos contratos debían emplearse el monto y el plazo de la prestación materia de retraso. CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.2. “[...] ¿En los servicios que son de prestación parcial la penalidad que aplicar no deberá exceder el diez por ciento (10%) del monto de la prestación parcial afectada?” [...] [Debe] indicarse que el artículo 132 del Reglamento establecía que la Entidad podía aplicar la penalidad por mora hasta por “un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse” [...]. En ese sentido, el hecho que en los contratos de ejecución periódica el cálculo de la penalidad diaria se debía realizar tomando en consideración el plazo y el monto de la prestación parcial, no implicaba que el monto máximo de la penalidad por mora que debía aplicarse tenía que ser el diez por ciento (10%) del monto de la prestación parcial. En esa medida, independientemente de si el contrato es de ejecución inmediata o de ejecución periódica, el monto máximo de la penalidad por mora es el diez por ciento (10%) del monto total del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse, de conformidad con el artículo 132 del Reglamento [cfr. art. 161 del Nuevo Reglamento]. Por tanto, en los contratos de ejecución periódica, la sumatoria de los montos correspondientes a la aplicación de penalidades por el atraso en la ejecución de las prestaciones parciales no puede ser superior al diez por ciento (10%) del monto total del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. (Opinión N.º 008-2018/DTN, de 18-01-2018, ff. 2.1, 2.1.3, 2.1.4 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r5i93n>).

§ 1789. La penalidad por mora se aplica cuando el contratista incurre en retraso injustificado en el cumplimiento de la prestación objeto del contrato y no cuando se aprecia un atraso en la presentación de los informes sobre los avances en la ejecución contractual. 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: “¿Corresponde la aplicación de penalidad por mora, en atención al [...] Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, teniendo en cuenta que el informe presentado inicialmente se encontraba incompleto por existir falsificación de la firma y sello del personal clave y considerando que fue presentado de forma completa 74 días después de la fecha establecida en el contrato?” [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. En la contratación de

una consultoría de obra para la elaboración del Expediente Técnico de Obra, la penalidad por mora se aplica cuando el contratista incurre en retraso injustificado en el cumplimiento de la prestación objeto del contrato y no cuando se aprecia un atraso en la presentación de los informes sobre los avances en la ejecución contractual; ello independientemente de que la presentación de los referidos informes cuente -o no- con plazos y montos propios. 3.2. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 143 del Reglamento [cfr. art. 168 del Nuevo Reglamento], en un contrato de consultoría de obra consistente en la elaboración de un Expediente Técnico de Obra sujeto a la presentación de informes, la Entidad deberá efectuar la verificación de dichos informes para otorgar la conformidad correspondiente a cada uno de ellos; debiendo precisarse que los retrasos en la presentación de estos no constituyen un atraso que genere la aplicación de “penalidad por mora” -pues esta se aplica al atraso injustificado en la ejecución de la prestación objeto del contrato (la elaboración del Expediente Técnico de Obra)-, lo que no obsta que la Entidad pueda haber establecido “otras penalidades” -conforme a lo previsto en el artículo 134 del Reglamento [cfr. art. 163 del Nuevo Reglamento]- respecto de la presentación de los referidos informes, a efectos de proceder a su aplicación. (Opinión N.º 010-2018/DTN, de 23-01-2018, ff. 2 y 3 al 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TMdKzt>).

§ 1790. **En los contratos de ejecución única la penalidad por mora se calcula sobre el total del monto y el plazo del contrato.** CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. *“En una contratación de diversos bienes y servicios de ejecución única, ¿en la aplicación de la fórmula prevista en el artículo 133 del reglamento, para hallar la penalidad diaria por mora, debería consignarse el total del monto y el plazo del contrato?”* [...] 2.1.2. En el segundo párrafo del artículo 133 del Reglamento [cfr. art. 162 del Nuevo Reglamento] se ha previsto la fórmula que se debe utilizar para calcular el monto de la penalidad diaria aplicable al contratista ante el retraso injustificado en la ejecución de sus prestaciones. Sobre el particular, debe señalarse que el segundo párrafo del artículo citado, al detallar los componentes de la referida fórmula, establece que *“Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.”* (El resaltado es agregado). De esta manera, en los contratos de ejecución única para realizar el cálculo de la penalidad diaria a ser aplicada al contratista, debe tomarse en consideración el plazo y el monto correspondiente al contrato. Por tanto, cuando se produzca un retraso injustificado en la ejecución de la prestación objeto del contrato y siempre que se trate de un contrato de ejecución única, para calcular la penalidad por mora debe considerarse el monto y plazo totales del contrato. (Opinión N.º 089-2017/DTN, de 21-03-2017, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RXHz2E>).

§ 1791. **La aplicación automática de la penalidad por mora deber emplearse cuando el contratista no hubiera solicitado una ampliación de plazo, o habiéndola solicitado esta no fuera aprobada. No es posible aplicar la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” a supuestos no regulados en el artículo 162 del Nuevo Reglamento, si los documentos del procedimiento de selección establecen otras penalidades distintas al retraso injustificado o mora (art. 162.1).** CONSULTAS: 2.1. *“¿Es posible, antes de la liquidación del contrato, aplicar penalidad por mora en la ejecución de la prestación establecida en el artículo 133 del Reglamento [cfr. art. 162 del Nuevo Reglamento], considerando que el servicio se realizó y culminó sin cumplir la totalidad de las condiciones establecidas en los términos de referencia, precisando que no hubo solicitud de ampliación de plazo del Contratista para su subsanación?”*. [...] 2.2. *“¿Es posible aplicar penalidad por mora en la ejecución de la prestación establecida en el artículo 133 del Reglamento, bajo algún incumplimiento ya estipulado en otras penalidades señaladas en los términos de referencia, acorde a lo establecido en el artículo 134 [cfr. art. 163 del Nuevo Reglamento] de dicho cuerpo normativo?”*. [...] 2.3. *“¿Todas las penalidades distintas a las establecidas como otras penalidades en un contrato, pueden ser consideradas como penalidad por mora en la ejecución de la prestación?”*. [...] 3. CONCLUSIONES: 3.1. En el marco de lo dispuesto por el artículo 133 del Reglamento [cfr. art. 162 del Nuevo Reglamento], una Entidad debe aplicar automáticamente la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” cuando haya determinado que existe retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato -esto es, que el contratista no hubiera solicitado una

ampliación de plazo, o habiéndola solicitado esta no fuera aprobada-; ante lo cual es posible deducir dicha penalidad de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, así como del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, según corresponda. 3.2. No es posible aplicar la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” a supuestos no regulados en el artículo 133 del Reglamento; siendo que, si los documentos del procedimiento de selección establecen “otras penalidades” distintas al retraso injustificado o mora, éstas deben aplicarse de acuerdo a los supuestos, formas del cálculo para cada supuesto, y al procedimiento de verificación del supuesto a penalizar, conforme a lo dispuesto en el artículo 134 del Reglamento [cfr. art. 163 del Nuevo Reglamento]. (Opinión N.º 151-2017/DTN, de 07-07-2017, ff. 2.1 al 2.3 y 3 al 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EdwFxn>).

§ 1792. **El retraso en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, será injustificado cuando no se haya solicitado la ampliación del plazo contractual o cuando habiéndose solicitado no haya sido aprobada.** 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. “¿En un contrato bajo el sistema de suma alzada, corresponde aplicar al contratista la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo, si éste cumplió de manera oportuna con la entrega de la mayoría de los productos establecidos en los Términos de Referencia, considerando que los productos no entregados se debió a que la Entidad no brindó las condiciones materiales para ello?”. [...] 2.1.2. [La] consulta está referida al caso en el cual existen prestaciones que no pueden ser cumplidas por el contratista, debido a la falta de información o inexistencia de las condiciones materiales por parte de la Entidad. Al respecto, como se ha señalado en el numeral anterior, para que se configure un supuesto de aplicación de penalidad al contratista, el retraso en la ejecución de las prestaciones debe ser injustificado. Para dicho efecto, se debe entender que el retraso en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, será injustificado cuando no se haya solicitado la ampliación del plazo contractual o cuando habiéndose solicitado no haya sido aprobada por no verificarse ninguna de las causales previstas en el artículo 175 del Reglamento [cfr. art. 158 del Nuevo Reglamento]. [...] De lo señalado, se observa que el supuesto previsto en el numeral 3 [cfr. art. 158.1.b del Nuevo Reglamento], *atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la Entidad*, refleja la situación planteada en la consulta, configurándose así un supuesto de ampliación de plazo contractual, siempre y cuando el contratista lo solicite, de acuerdo con el procedimiento previsto en el segundo párrafo del artículo 175 del Reglamento. [...] 2.1.3. En virtud de lo expuesto, la aplicación de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, se efectuará siempre que se trate de un retraso injustificado por parte del contratista; esto es, cuando no se haya solicitado la ampliación del plazo contractual o cuando habiéndose solicitado no haya sido aprobada por no verificarse ninguna de las causales previstas en el artículo 175 del Reglamento. Caso contrario, de estar en el supuesto que el incumplimiento se genere por responsabilidad de la Entidad, el contratista está facultado para solicitar la ampliación de plazo correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 175 del Reglamento, debiendo la Entidad garantizar todas las condiciones necesarias para el efectivo cumplimiento de las prestaciones [...]. (Opinión N.º 090-2015/DTN, de 27-05-2015, ff. 2 al 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ri10CZ>).

§ 1793. **Órgano competente para aplicar o revisar la penalidad por mora.** 3. CONCLUSIÓN: 3.1. Para determinar qué órgano u órganos son competentes para aplicar o revisar la penalidad por mora en la ejecución de una determinada contratación, deberá observarse lo señalado por el Reglamento de Organización y Funciones u otros instrumentos de organización interna de la Entidad contratante. Una vez determinado el órgano competente, este será el único habilitado para determinar y aplicar la penalidad por mora al contratista, sin perjuicio de las recomendaciones que puedan realizar otros órganos de la Entidad sobre el particular. (Opinión N.º 173-2015/DTN, de 06-11-2015, ff. 3 y 3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TmNsml>).

§ 1794. **La penalidad diaria se calcula en función a cada una de las prestaciones involucradas, por lo que tanto el monto como el plazo para el cálculo de dicha penalidad deben corresponder al monto y plazo de la prestación materia de retraso y no al monto y plazo total de la contratación (art. 162.2).** 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.2. “En caso se haya suscrito contratos con consultores de obra para

la elaboración de estudio de pre-inversión y expedientes técnicos para el mejoramiento de canales de regadío de varias localidades, que el desarrollo de dichos trabajos implique la presentación de varios informes, (...), y la demora del consultor en la presentación de un informe es debido a un retraso injustificado (...). ¿Es posible que la Entidad calcule la penalidad por mora en la entrega de los informes sobre el costo total de los trabajos previstos en los términos de referencia para dicha localidad, considerando que se han individualizado el valor de cada localidad? [...] 2.2.6. [En] el segundo párrafo del artículo 165 del Reglamento [cfr. art. 162 del Nuevo Reglamento] se ha previsto la fórmula que se debe utilizar para calcular el monto de la penalidad diaria aplicable al contratista ante el retraso injustificado en la ejecución de sus prestaciones. Sobre el particular, debe señalarse que el antepenúltimo párrafo del artículo citado [cfr. art. 162.2 del Nuevo Reglamento], al detallar los componentes de la referida fórmula, establece que “*Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.*” (El resaltado es agregado). De esta manera, el monto y el plazo para el cálculo de la penalidad diaria pueden encontrarse referidos: (i) al contrato que debió ejecutarse; o (ii) a la prestación parcial materia de atraso. No obstante, considerando que la contratación por paquete para la elaboración de los estudios de preinversión y la elaboración del expediente técnico de obra implica la ejecución de un conjunto de prestaciones distintas entre sí, de ejecución sucesiva y con plazos de ejecución independientes para cada una de ellas –asimilables a los contratos coligados o conexos y no a prestaciones parciales– y que el retraso injustificado se analiza en función a las prestaciones objeto del contrato, el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato debe analizarse en función a cada una de las prestaciones involucradas; es decir, tanto el monto como el plazo para el cálculo de la penalidad diaria deben corresponder al monto y plazo de la prestación materia de retraso y no en función al monto y plazo total de la contratación. Similar criterio de aplicación de la penalidad por mora se aplica a las obras bajo la modalidad de concurso oferta o llave en mano que incluyen la elaboración del expediente técnico de obra, dado que las prestaciones involucradas en ese tipo de contratos son independientes y de ejecución sucesiva. En consecuencia, en la contratación por paquete para la elaboración de los estudios de preinversión y la elaboración del expediente técnico de obra, la penalidad diaria se calcula en función a cada una de las prestaciones involucradas, por lo que tanto el monto como el plazo para el cálculo de dicha penalidad deben corresponder al monto y plazo de la prestación materia de retraso y no al monto y plazo total de la contratación. [...] (Opinión N.º 173-2015/DTN, de 06-11-2015, ff. 2, 2.2 y 2.2.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ImNsmI>).

§ 1795. **El vencimiento del plazo de ejecución de la prestación originalmente pactado en el contrato no determina por si solo la aplicación de la penalidad por mora.** CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. “*¿El solo hecho del vencimiento del plazo contrato implica la inmediata aplicación de penalidad por mora?*” [...] 2.1.3. [...] [Si] bien el segundo párrafo del artículo 165 del Reglamento [cfr. art. 162.1 del Nuevo Reglamento] dispone que la penalidad por mora se aplica automáticamente, la Entidad debe verificar si el contratista se ha retrasado injustificadamente en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato o no; para lo cual, la Entidad debe resolver las solicitudes de ampliación de plazo que se hubieran presentado, previamente a efectuar el pago respectivo. Esto último debido a que el monto de la penalidad por mora debe deducirse de los pagos a cuenta, o del pago final, o en la liquidación final del contrato, según corresponda en cada caso. Por tanto, cuando la Entidad resuelva en el sentido de aprobar la ampliación del plazo contractual y siempre que la ejecución de la prestación se haya cumplido dentro de dicho plazo, no aplicará la penalidad por mora; de lo contrario, deberá deducir el monto de la penalidad por mora de los pagos a cuenta, o del pago final, o en la liquidación final, o de ser necesario del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta, según corresponda. 2.1.4. En este orden de ideas, el vencimiento del plazo de ejecución de la prestación originalmente pactado en el contrato no determina por si solo la aplicación de la penalidad por mora, sino que previamente a efectuar el pago respectivo, deben resolverse las solicitudes de ampliación de plazo que se hubieran presentado, a fin de determinar si el contratista se ha retrasado injustificadamente en la ejecución de dicha prestación o no. (Opinión N.º 005-2014/DTN, de 03-01-2014, ff. 2.1, 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Hq9h3c>).

§ 1796. La Entidad puede aplicar penalidad por mora en la ejecución de prestaciones posteriores, debido a que la ampliación de plazo otorgada a la prestación parcial inicial no determina necesariamente la ampliación de plazo en las prestaciones restantes (art. 162.1). CONSULTA Y ANÁLISIS: [...] 2.3. “[...] ¿Sería procedente que la entidad aplique penalidades al contratista por la “entrega tardía” en las fechas posteriores a la inicial si es que esta considera que la variación de la fecha primera no afecta a las demás?”. [...] [La] ampliación de plazo otorgada a la prestación parcial inicial no determina necesariamente la ampliación de plazo en las prestaciones restantes. Por su parte, en el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, el incumplimiento de las obligaciones que asume el contratista puede determinar la aplicación de penalidades y/o la resolución del contrato. Sobre el particular, el primer párrafo del artículo 133 del Reglamento [cfr. art. 162 del Nuevo Reglamento] establece que: “*En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso (...)*”. (El subrayado es agregado). Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la aplicación de una “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” al contratista que, injustificadamente, se retrase en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato. En ese sentido, en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones posteriores a la prestación inicial ampliada, la Entidad le aplicará la penalidad por mora conforme a la fórmula y disposiciones indicadas en el artículo 133 del Reglamento, en la medida que la ampliación de plazo otorgada a la prestación parcial inicial no determina necesariamente la ampliación de plazo en las prestaciones restantes. (Opinión N.º 121-2016/DTN, de 01-08-2016, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2STQi1W>).

§ 1797. Para determinar la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación”, es necesario calcular la penalidad diaria, cálculo que se realiza tomando en consideración el plazo y el monto del contrato vigente, salvo en los contratos de “ejecución periódica”, en los que la penalidad diaria se calcula tomando en consideración el plazo y el monto de la prestación parcial incumplida. CONSULTAS Y ANÁLISIS: 2.1. “¿Si en las prestaciones continuadas, cómo sería la referida al servicio de seguridad y vigilancia, con pagos y conformidades mensuales, de existir incumplimientos previstos en los contratos, las penalidades por infracciones ocurridas en un mes, se deberán aplicar hasta por el límite del diez por ciento (10%) del pago mensual?” [...] 2.2. “¿O si la aplicación debe ser hasta por el diez por ciento (10%) del total del contrato, aun cuando dicha penalidad supere el valor de la prestación mensual, periodo en que se produjo el incumplimiento?”. [...] CONCLUSIONES: 3.1. Para determinar la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación”, es necesario calcular la penalidad diaria, cálculo que se realiza tomando en consideración el plazo y el monto del contrato vigente, salvo en los contratos de “ejecución periódica”, en los que la penalidad diaria se calcula tomando en consideración el plazo y el monto de la prestación parcial incumplida. Asimismo, para determinar el monto de la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” debe multiplicarse la penalidad diaria previamente calculada, por el número de días de atraso injustificado. 3.2. El cálculo de las “otras penalidades” se realiza de forma independiente al cálculo de la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación”, conforme al monto o porcentaje previsto en las Bases según el tipo de incumplimiento verificado. 3.3. Tanto la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación”, como las “otras penalidades” se pueden aplicar hasta el diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, independientemente de si el contrato es de “ejecución única”, de “ejecución continuada” o de “ejecución periódica”. (Opinión N.º 058-2011/DTN, de 01-06-2011, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2A3uNVB>).

§ 1798. En un contrato de ejecución de consultoría de obra, la penalidad por mora no puede ser calculada en base a “tramos” o “etapas”, sino que esta se aplica sobre el monto y plazo total del contrato. 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: “¿La aplicación de la multa en caso de retraso en la entrega de un informe parcial, es sobre la base del monto total del contrato o se aplicará sobre la base del valor o porcentaje que corresponde al informe parcial?”. [...] 2.3. En lo que respecta a la contratación por etapas, esta se refiere básicamente a la ejecución de obras y/o a la prestación de servicios que se realizan de forma gradual y sucesiva, de tal forma que una precede a la otra. [...] Ello quiere decir que, en el caso de obras o servicios que admiten ejecuciones progresivas, es posible obtener su cumplimiento mediante el concurso



de varios proveedores, lo cual supone la ejecución de procesos de selección y contratos independientes y sucesivos. En ellos, las penalidades se aplicarían considerando el monto y plazo de cada “etapa”. En este contexto, y toda vez que la consulta planteada versa sobre un contrato de consultoría de obra que se realiza de manera integral -es decir, a partir de un contrato derivado de un proceso de selección, que no comprende servicios que se ejecuten de manera progresiva-, carácter que no se ve afectado por estipularse para su ejecución y pago la entrega de informes parciales, en él no cabría la aplicación de la penalidad por “etapas”. 2.4. Por su parte, el [...] anexo [N.º 1] de definiciones del Reglamento define como “tramo” a la parte de una obra que tiene utilidad por sí misma. En ese sentido, una contratación por tramos se dará cuando la magnitud del objeto determina que este deba distribuirse por partes, de modo tal que todas éstas puedan desarrollarse simultáneamente, ya sea por varios contratistas o por uno que se haga cargo de dos o más tramos. En la ejecución de una obra por tramos -por ejemplo, una carretera- fundamentalmente se busca para el Estado el ahorro de tiempo. Siendo que la ejecución de un contrato por tramos sólo podría concretarse cuando se trate de la ejecución de obras públicas, no sería aplicable a los contratos de consultoría de obras. Por tanto, en ellos no sería aplicable la penalidad en función a “tramos”. (Opinión N.º 078-2008/DOP, de 15-10-2008, ff. 2, 2.3 y 2.4. Dirección de Operaciones. Texto completo: <bit.ly/2G7mgVw>).

§ 1799. Supuestos en los que un retraso se considera injustificado. La normativa de contrataciones del Estado no ha establecido un procedimiento específico para acreditar como justificado un retraso. No es posible aplicar el procedimiento referido a la ampliación de plazo en ejecución de obras al supuesto de aplicación de penalidad por mora ante retraso justificado. Véase la jurisprudencia del artículo 198º del Nuevo Reglamento [§ 1993]. (Opinión N.º 148-2018/DTN, de 13-09-2018, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3.2, 3.3 y 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RpGawM>).

§ 1800. En la contratación por paquete para la elaboración de la ficha técnica o los estudios de preinversión respectivos y del expediente técnico de obra, la única penalidad por mora se aplica cuando el contratista incurre en retraso injustificado en el cumplimiento de alguna de las referidas prestaciones y no cuando se aprecia un atraso en la presentación de los informes sobre los avances en la ejecución de estas. Véase la jurisprudencia del artículo 37º del Nuevo Reglamento [§ 1127]. (Opinión N.º 204-2017/DTN, de 15-09-2017, ff. 2.1, 2.1.1, 2.1.2, 2.1.3 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RK7kjb>).

§ 1801. Cálculo del monto máximo de penalidad por mora en los contratos de ejecución periódica. Véase la jurisprudencia del artículo 161º del Nuevo Reglamento [§ 1777]. (Opinión N.º 165-2018/DTN, de 03-10-2018, ff. 2.1, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2WAN9Hc>).

§ 1802. No se necesita requerimiento previo para resolver un contrato cuando esta se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora. Para que proceda la aplicación de la sanción, es necesario que la Entidad haya resuelto el contrato conforme al procedimiento establecido por ley. Véase la jurisprudencia del artículo 165º del Nuevo Reglamento [§ 1834]. (Resolución N.º 1571-2017-TCE-S3, de 21-07-2017, ff. 5, 6 y 7. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2PvuJrl>).

§ 1803. La ejecución de la garantía no puede usarse por la entidad para amortizar la penalidad por mora, correspondiendo a la Entidad solicitar el pago de dicha penalidad al proveedor. Véase la jurisprudencia del artículo 155º del Nuevo Reglamento [§ 1715]. (Opinión N.º 015-2018/DTN, de 31-01-2018, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RmP3b6>).

§ 1803a. La vigencia y el plazo de ejecución de un contrato de supervisión son conceptos distintos, debido a que la vigencia del contrato de supervisión incluye, además del plazo de ejecución, el periodo de liquidación y pago de dicho contrato. Véase la jurisprudencia del artículo

186º del Nuevo Reglamento [§ 1938]. (Opinión N.º 019-2014/DTN, de 03-02-2014, ff. 3.1 al 3.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T0DfQL>).

Artículo 163: Otras penalidades

163.1. Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 162, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, incluyen los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

163.2. Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1804. En los contratos de ejecución de obras, independientemente de las “otras penalidades” que puedan incluirse en el documento del procedimiento de selección, se debe incluir las penalidades previstas en el reglamento actualmente contemplado en el art. 190 del Nuevo Reglamento. 2.4. [...] [R]especto de las “Otras penalidades”, el artículo 134 del Reglamento [cfr. art. 163.1 del Nuevo Reglamento] dispone que “*Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 133 [es decir, a la penalidad por mora], siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, deben incluir los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar. Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora.*” (El subrayado es agregado). [...] Adicionalmente -tal como se indicó líneas arriba-, dentro de las “otras penalidades” que se establezca en los documentos del procedimiento de selección deben incluirse aquellas penalidades que disponga el Reglamento para la ejecución de obras. En ese contexto, el artículo 162 del Reglamento [cfr. art. 190 del Nuevo Reglamento] dispone que el contratista es responsable de ejecutar su prestación (la obra) con el plantel profesional ofertado; sin embargo -excepcionalmente y de manera justificada- puede solicitar a la Entidad que autorice la sustitución del profesional propuesto, en cuyo caso el reemplazante debe reunir experiencia y calificaciones profesionales iguales o superiores a las del profesional reemplazado; precisando que “*En caso culmine la relación contractual entre el contratista y el personal ofertado y la Entidad no haya aprobado la sustitución del personal por no cumplir con las experiencias y calificaciones del profesional a ser reemplazado, la Entidad le aplica al contratista una penalidad no menor a la mitad de una Unidad Impositiva Tributaria (0.5 UIT) ni mayor a una (1) UIT por cada día de ausencia del personal en la obra.*” (El énfasis es agregado). En tal sentido, se aprecia que independientemente de las “otras penalidades” que una Entidad pueda establecer en los documentos del procedimiento de selección, tratándose de obras debe incluirse -entre otras que disponga el Reglamento- la penalidad prevista en el artículo 162 del Reglamento, la cual resulta aplicable cuando culmina la relación contractual entre el contratista y el personal profesional ofertado y la Entidad no aprueba la sustitución del personal por no cumplir con las experiencias y calificaciones del profesional a ser reemplazado. (Opinión N.º 163-2018/DTN, de 28-09-2018, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RXx8M1>).

§ 1805. Para que proceda la aplicación de penalidades distintas a la penalidad por mora, las mismas deben estar contempladas en las Bases Integradas y/o en la proforma del contrato. 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: “*¿Es válida la aplicación de las “otras penalidades”, si estas no están contempladas en las Bases como lo señala el artículo 166º del Reglamento de la Ley [cfr. art. 163 del Nuevo Reglamento] de Contrataciones del Estado, pero a pesar de ello la Entidad las considera al momento de redactar contrato para su posterior suscripción; sin tomar en cuenta una correcta tipificación y sin establecer un procedimiento para la ejecución de estas?*” [...] CONCLUSIONES: **3.1.** Para que proceda la aplicación de penalidades distintas a



la penalidad por mora, las mismas debían estar contempladas en las Bases Integradas y/o en la proforma del contrato que forma parte de estas, en caso de no haberse previsto en ninguno de tales documentos, dichas penalidades no podían ser incorporadas al momento de suscribir el contrato respectivo y, menos aún, aplicarse al contratista durante la etapa de ejecución contractual. **3.2.** Las penalidades distintas a penalidad por mora, previstas en las Bases del proceso de selección, debían ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria. **3.3.** Las controversias surgidas entre la Entidad y el contratista respecto de la aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora, previstas en las Bases del proceso de selección, debían resolverse mediante conciliación y/o arbitraje, conforme a lo dispuesto por el numeral 52.1 del artículo 52 de la anterior Ley. (Opinión N.º 023-2017/DTN, de 31-01-2017, ff. 2 y 3.1 al 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FXDxkH>).

§ 1806. Las penalidades distintas a la mora, sólo podrían ser aplicadas siguiendo la forma o procedimiento que se hubiera establecido en las bases del procedimiento para la verificación del incumplimiento que activaría la penalidad. CONSULTA: 2.4. “¿Es posible aplicar una penalidad considerada en “otras penalidades”, sin haber cumplido con el procedimiento previsto en las Bases y el contrato; es decir, sin haberle comunicado previamente y por haber requerido su subsanación, cuando se ha detectado la penalidad con posterioridad al pago total de un contrato de ejecución periódica, en mérito de una acción del Órgano de Control Institucional?” **2.4.1.** [...] [La] anterior normativa de contrataciones del Estado contemplaba la posibilidad de incluir en las bases otras penalidades distintas a la mora. No obstante ello, cabe precisar que estas debían contar con las siguientes características: Objetividad, Razonabilidad y Congruencia con el objeto de la convocatoria. Abundando en ello, y en atención al tema objeto de la presente consulta, la objetividad implicaba que la Entidad establecía de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serán penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación. En virtud de lo mencionado, una penalidad distinta a la mora podía ser cobrada mediante el procedimiento establecido en el artículo 165 del anterior reglamento, siempre que: i) Se hubiera establecido en las bases el procedimiento para la verificación del incumplimiento que activaría la penalidad; ii) Se hubiera verificado el incumplimiento de acuerdo a dicho procedimiento. (Opinión N.º 154-2018/DTN, de 18-09-2018, ff. 2.4 y 2.4.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2E6WjVD>).

§ 1807. Las partes del contrato no pueden corregir convencionalmente un error en la estipulación de una penalidad distinta a la mora. No obstante, cualquiera de las partes puede acudir a la vía arbitral para solicitar que se declare la nulidad de alguna cláusula de penalidad distinta a la mora prevista en el contrato. CONSULTAS Y ANÁLISIS: 2.1. “En un contrato suscrito por una Entidad estatal y una empresa se ha previsto el cobro de una penalidad distinta a la mora, que se origina cuando el personal de la empresa incumple requisitos que, por norma de rango legal, se encuentran expresamente prohibidos de solicitar (...) ¿Puede la Entidad Estatal acordar con la empresa la exclusión de dicho requisito y penalidad, por falta de razonabilidad y sustento legal para su inclusión en el contrato?” [...] **2.1.3.** [...] [Debe] advertirse que las partes del contrato no pueden acordar modificarlo para corregir un error en la estipulación de una penalidad distinta a la penalidad por mora, pues, de acuerdo a la normativa de contrataciones del Estado, además de los supuestos específicos de modificación contractual como las prestaciones adicionales, reducciones de prestaciones y las ampliaciones de plazo, el contrato solo puede ser modificado cuando el contratista ofrezca bienes y/o servicios con iguales o mejores características técnicas, de calidad y de precios, siempre que estos satisfagan su necesidad y no varíen las condiciones que motivaron la selección del contratista. **2.1.5.** Sin perjuicio de lo expuesto, debe indicarse que, si una penalidad sanciona al contratista por no presentar un requisito que la ley prohíbe solicitar, dicha penalidad resulta ilegal; sin embargo, conforme se indicó anteriormente, las partes no pueden acordar su modificación, máxime cuando dicha modificación solo surtiría efectos desde su celebración, por lo que el contratista se mantendría obligado al pago de las penalidades ilegales que se hubieran generado con anterioridad. Ahora bien, el artículo 56 de la Ley [cfr. art. 44 de la Ley vigente] establece que, luego de celebrado el contrato, solo procede la nulidad de oficio por las causales establecidas en dicho artículo;

de igual forma, establece que la nulidad del contrato puede ser declarada en la vía arbitral por el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral, considerando primero las causales previstas en la normativa de contrataciones del Estado y, posteriormente, las reconocidas en el derecho nacional. [...] Por tanto, cualquiera de las partes puede acudir a la vía arbitral para solicitar al Árbitro Único o Tribunal Arbitral que declare la nulidad de la cláusula de penalidad por encontrarse incurso en alguna de las causales previstas en la normativa de contrataciones del Estado, en primer lugar, o en el ordenamiento jurídico nacional, en lo que resulte aplicable, como es el caso de la cláusula que contiene un supuesto ilegal. [...] (Opinión N.º 025-2016/DTN, de 15-02-2016, ff. 2.1.3 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HDu3fT>).

§ 1808. La Entidad es la que determinará en las Bases y en el contrato cuáles son esas penalidades distintas a la penalidad por mora. 2.2.1. [...] [Es] la propia Entidad que determinará en las Bases y en el contrato cuáles son esas penalidades distintas a la penalidad por mora, es decir, consignar determinados supuestos de hecho cuyo incumplimiento ameritan su aplicación, los cuales, además de ser razonables y congruentes con la prestación a cargo del contratista deben estar acompañados de un procedimiento claro y preciso de los mecanismos que accionará la Entidad para la determinación de la responsabilidad del contratista. (Opinión N.º 027-2010/DTN, de 10-03-2010, f. 2.2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HGnU2D>).

§ 1809. Celebrado el contrato no es posible la modificación unilateral por parte de la Entidad de las penalidades distintas a la penalidad por mora. Véase la jurisprudencia en el artículo 161º del Nuevo Reglamento [§ 1776]. (Opinión N.º 064-2012/DTN, de 10-05-2012, ff. 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FmIWAE>).

§ 1810. Ante el incumplimiento en un contrato de prestación de servicios con el Estado, es posible la aplicación de penalidades, aun cuando dicho incumpliendo no genere perjuicio a la Entidad. Véase la jurisprudencia en el artículo 162º del Nuevo Reglamento [§ 1783]. (Opinión N.º 061-2018/DTN, de 30-04-2018, ff. 2.1, 2.1.1, 2.2.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FVK002>).

§ 1811. La aplicación automática de la penalidad por mora deber emplearse cuando el contratista no hubiera solicitado una ampliación de plazo, o habiéndola solicitado esta no fuera aprobada. No es posible aplicar la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” a supuestos no regulados en el artículo 162 del Nuevo Reglamento, si los documentos del procedimiento de selección establecen otras penalidades distintas al retraso injustificado o mora. Véase la jurisprudencia en el artículo 162º del Nuevo Reglamento [§ 1791]. (Opinión N.º 151-2017/DTN, de 07-07-2017, ff. 2.1-2.3 y 2.1, 2.2, 2.3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EdwFxN>).

§ 1812. La vigencia y el plazo de ejecución de un contrato de supervisión son conceptos distintos, debido a que la vigencia del contrato de supervisión incluye, además del plazo de ejecución, el periodo de liquidación y pago de dicho contrato. Véase la jurisprudencia del artículo 186º del Nuevo Reglamento [§ 1938]. (Opinión N.º 019-2014/DTN, de 03-02-2014, ff. 3.1 al 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T0DfQL>).

Artículo 164: Causales de resolución

164.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:

- a) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello;
- b) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o



c) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

164.2. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 165.

164.3. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1813. Existe una presunción legal de que el incumplimiento de la obligación es por causas imputables al obligado. 12. [A] establecerse que la resolución de contrato se resolvió de acuerdo a la normativa en contratación pública, corresponde a este Colegiado determinar si dicha conducta resultó justificada o no, en tanto que solamente el incumplimiento que obedece a causas injustificadas atribuibles a los contratistas es sancionable administrativamente, en estricta observancia del Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4) del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N.º 27444 [cfr. art. 248 del Nuevo T.U.O. de la Ley N.º 27444], en cuya virtud sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o por analogía. 13. Al respecto, cabe anotar que existe una presunción legal que el incumplimiento de obligaciones o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, es atribuible a la parte que debió ejecutarlas, salvo que ésta demuestre que el incumplimiento se produjo, a pesar de haber actuado con la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la prestación o que la causa de ella fue un caso fortuito o fuerza mayor. [...] (Resolución N.º 457-2012-TC-S1, de 02-05-2012, f. 12. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2RUEGzZ>).

§ 1814. Definición de caso fortuito o fuerza mayor (art. 164.3). 5. [A] modo de aclaración, es conveniente señalar que el caso fortuito o la fuerza mayor constituyen figuras previstas por el ordenamiento jurídico y son definidas, por lo general, como sucesos o acontecimientos inopinados e imprevistos o cuyo resultado, siendo previsibles, no han podido evitarse o resistirse. (Resolución N.º 1184-2007-TC-S3, de 21-08-2007, f. 5. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2Bb8AFD>).

§ 1815. Causales por las cuales un contrato puede ser resuelto. 4. Antes de analizar si los hechos denunciados son constitutivos de la infracción invocada, es necesario tener en cuenta que un contrato, independientemente de su naturaleza, puede culminar por haber cumplido la finalidad para cual fue celebrado, por resolución o rescisión. En el primer supuesto, el contrato culmina cuando las partes han ejecutado sus respectivas prestaciones y éstas han expresado su conformidad. En el caso de contrato de obra, éste se encontraba regulado por el Reglamento el cual establecía el procedimiento de su culminación. Esto es, dentro de un plazo determinado, el contratista debía presentar la liquidación debidamente sustentada, en defecto de ella, era responsabilidad exclusiva de la Entidad. También es posible que un contrato sea dejado sin efecto por causal existente al momento de celebrarlo y a esta forma de culminación de un contrato se le denomina rescisión. Por otro lado, puede suceder que las prestaciones pactadas en un contrato no se ejecuten, por causas (culpa o dolo) atribuibles a la parte que debió ejecutarlas, por caso fortuito o fuerza mayor o por mutuo acuerdo de las partes. Este supuesto, en el que el contrato es dejado sin efecto por causal sobreviniente a su celebración, se denomina resolución del contrato. Queda claro entonces, que la resolución sólo es posible aplicar a un contrato vigente. (Resolución N.º 1150-2005-TC-SU, de 29-11-2005, f. 4. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2HSw3kT>).

§ 1816. No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastara comunicar

al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato (art. 36.1 Ley). 4. [El] artículo 36 de la Ley dispone que, cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, o por incumplimiento de sus obligaciones conforme a lo establecido en el Reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato siempre que se encuentre prevista la resolución en la normativa relacionada al objeto de la contratación. A su vez, en el artículo 135 del Reglamento [cfr. art. 164 del Nuevo Reglamento] se señala que la Entidad puede resolver contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley, en los casos que el contratista: i) incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese haber sido requerido para ello, ii) haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades en la ejecución de la prestación a su cargo; o iii) paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación. 5. [...] el procedimiento de resolución contractual se encuentra previsto en el artículo 136 del Reglamento [cfr. art. 165 del Nuevo Reglamento], en virtud del cual, en caso de incumplimiento contractual de una de las partes involucradas, la parte que resulte perjudicada requerirá a la otra notarialmente para que satisfaga sus obligaciones, otorgándole un plazo no mayor de cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato; además, dependiendo del monto involucrado y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, la Entidad podrá establecer plazos mayores, los cuales no superarán en ningún caso los quince (15) días, plazo éste último que se otorgará necesariamente en obras. Adicionalmente, establece que si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando su decisión mediante carta notarial. Cabe precisar que, según el citado artículo, no será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastara comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. (Resolución N.º 1578-2017-TCE-S3, de 24-07-2017, ff. 4 y 5. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2PYmwvj>).

§ 1817. No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. 4. [El] procedimiento de resolución contractual se encuentra previsto en el artículo 136 del Reglamento [cfr. art. 165 del Nuevo Reglamento], en virtud del cual, en caso de incumplimiento contractual de una de las partes involucradas, la parte que resulte perjudicada requerirá a la otra notarialmente para que satisfaga sus obligaciones, otorgándole un plazo no mayor de cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato; además, dependiendo del monto involucrado y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, la Entidad podrá establecer plazos mayores, los cuales no superarán en ningún caso los quince (15) días, plazo éste último que se otorgará necesariamente en obras. Adicionalmente, establece que si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando su decisión mediante carta notarial. Cabe precisar que, según el citado artículo, no será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. (Resolución N.º 1632-2017-TCE-S4, de 02-08-2017, f. 4. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2TbUXNK>).

§ 1818. La entidad puede resolver el contrato en los casos que la normativa de contrataciones del Estado lo determine. Véase la jurisprudencia del artículo 36º de la Ley [§ 621]. (Resolución N.º 2670-2016-TCE-S2, de 09-11-2016, ff. 3 al 5. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2XrOIri>).

§ 1819. Comunicación de la resolución del contrato y requerimientos mediante carta notarial. Véase la jurisprudencia del artículo 165º del Nuevo Reglamento [§ 1832]. (Resolución N.º 0779-2017-TCE-S4, de 19-04-2017, f. 15. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2Tk1mGQ>).



§ 1820. Cuando un contratista considera que el incumplimiento de sus obligaciones se encuentra justificado debido a que respondería a causas ajenas a su voluntad, debe impulsar y agotar los mecanismos de solución de controversias que la normativa prevé para resolver el contrato. Véase la jurisprudencia del artículo 45° de la Ley [§ 744]. (Resolución N.º 1577-2017-TCE-S3, de 24-07-2017, ff. 13 al 15. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2zbJhIN>).

§ 1821. En el procedimiento administrativo sancionador derivado de una resolución contractual únicamente es materia de análisis verificar que la Entidad haya seguido el procedimiento formal de resolución contractual, independientemente de las causas que hayan motivado tal resolución. Véase la jurisprudencia del artículo 50.1.f de la Ley [§ 860]. (Resolución N.º 1577-2017-TCE-S3, de 24-07-2017, ff. 7, 8 y 9. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2zbJhIN>.).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1822. La Entidad puede resolver el contrato cuando el contratista haya incumplido injustificadamente las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo como sería el caso de las prestaciones adicionales (art. 164.1.a). CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.2. “¿Si el incumplimiento de ejecución de prestaciones adicionales al contrato vigente por parte del contratista, es pasible de imposición de sanción administrativa, conforme a lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado?” [...] 2.2.2. [El] numeral 1 del artículo 168 del Reglamento [cfr. 164 del Nuevo Reglamento], establece que la Entidad podrá resolver el contrato cuando el contratista “Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello”. De las disposiciones citadas, se advierte que la Entidad puede resolver el contrato cuando el contratista haya incumplido injustificadamente las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo -como sería el caso de las prestaciones adicionales-, siempre que previamente haya requerido el cumplimiento de estas y el contratista no haya subsanado tal incumplimiento. 2.2.3. [...] si el contratista incumple con sus obligaciones contractuales -entre estas la ejecución de prestaciones adicionales- y dicho incumplimiento acarrea la resolución del contrato, tal hecho debe ser comunicado al Tribunal de Contrataciones del Estado para que este inicie el respectivo Procedimiento Administrativo Sancionador e imponga la respectiva sanción, de ser el caso. (Opinión N.º 191-2015/DTN, de 28-12-2015, ff. 2.2, 2.2.2 y 2.2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UnHB0C>).

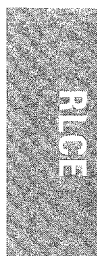
§ 1823. Resolución de contrato por incumplimiento. Concepto y alcances de las obligaciones esenciales (art. 164.2). CONSULTAS Y ANÁLISIS: 2.1. “¿Cómo se define una obligación esencial?” [...] 2.2. “¿Existen obligaciones no esenciales?, ¿Cómo se define una obligación no esencial?” [...] 2.3. “¿Cualquier obligación que se establezca en las bases o en el contrato es una obligación esencial?” [...] 2.4. “¿Una obligación para ser considerada como esencial debe estar señalada bajo esta denominación?” [...] 2.5. “¿Las Obligaciones esenciales sólo son de exclusividad de las Entidades públicas?” 2.6. “¿Sólo se puede resolver el contrato a una Entidad pública por incumplimiento injustificado de obligaciones esenciales o existe otra causal?” 2.7. “¿El incumplimiento de una obligación no esencial podría motivar la resolución del contrato?” [...] CONCLUSIONES: 3.1. Una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. 3.2. Las obligaciones no esenciales pueden definirse como aquellas cuyo cumplimiento no es indispensable para alcanzar la finalidad del contrato o, en otras palabras, su incumplimiento no impide alcanzar la finalidad del contrato. 3.3. No toda obligación establecida en las Bases o en el contrato es una obligación esencial. 3.4. Una obligación para ser considerada esencial no requiere estar denominada como tal en las Bases o el contrato, pues su calificación no depende de su denominación, sino del hecho de ser indispensable para alcanzar la finalidad del contrato. 3.5. Las obligaciones esenciales no son de exclusividad de las Entidades públicas, sino que corresponden tanto al contratista como a la Entidad, dado que el cumplimiento de ambas resulta indispensable para que el contrato alcance su finalidad y satisfaga los intereses de las partes. 3.6. Un contratista puede resolverle a la Entidad un contrato por incumplimiento injustificado de sus obligaciones esenciales y, adicionalmente, por caso fortuito o fuerza mayor

que imposibilite la continuación del mismo. 3.7. El incumplimiento de una obligación no esencial por parte del contratista –sea contractual, legal o reglamentaria–, solo faculta a la Entidad a resolver el contrato; no siendo posible que el contratista ejerza su potestad de resolución ante el incumplimiento de una obligación no esencial de la Entidad. (Opinión N.º 027-2014/DTN, de 13-02-2014, ff. 2.1 al 2.7 y 3.1 al 3.7. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FZhlGP>).

§ 1824. No se puede considerar como incumplimiento de obligaciones contractuales si el cambio de personal procede de manera excepcional y con la previa aprobación de la Entidad. 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: [...] *¿Se entenderá como un incumplimiento de contrato, el que desde el inicio del servicio se hayan destacado otros vigilantes, distintos a los propuestos, siempre y cuando cumplan con los requisitos que motivaron su admisión y la obtención de puntaje y buena pro? [...]* [Por] la naturaleza de la contratación del servicio de vigilancia, estos carecen de la naturaleza *intuitu personae*, toda vez que, pese a que se tomó en cuenta el perfil del personal en la evaluación de las propuestas, dicho personal puede ser materia de variación por causales no atribuibles al contratista y debidamente justificadas, siempre que reúna las características del originalmente presentado o, en su defecto, los supere. Lo expuesto no obsta, la verificación por parte de la Entidad del cumplimiento de todas las características ofertadas del personal propuesto por el contratista. Por ello, resulta razonable que de manera excepcional se permita el cambio de personal durante la ejecución del contrato. Así, para efectos de cumplir con sus obligaciones el contratista puede cubrir el servicio contratado mediante la asignación de personal distinto al ofertado, pero con las mismas o superiores características a las de aquel. Esta precisión no implica que pueda cambiarse a todo el personal que fue evaluado inicialmente y por el cual, entre otros aspectos, se le otorgó la Buena Pro, toda vez que debe mediar un supuesto excepcional no atribuible al contratista, es decir por caso fortuito o fuerza mayor. En tal sentido, el cambio de personal procede de manera excepcional y con la asignación de un personal con iguales o superiores características al ofertado inicialmente. No obstante, si dicho cambio fuera realizado sin la previa aprobación de la Entidad, configurándose un incumplimiento, la Entidad deberá de proceder conforme a lo dispuesto en el contrato y, de ser el caso, conforme a lo dispuesto en el artículo 168º del Reglamento [cfr. art. 164 del Nuevo Reglamento]. (Opinión N.º 024-2011/DTN, de 23-02-2011, f. 2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2WxHYrA>).

§ 1825. Contratos de servicios de publicidad de medios privados suscritos con anterioridad a la Ley N.º 30793. Si la aplicación del nuevo régimen legal supera el test de proporcionalidad encontrándose plenamente justificada su aplicación, lo cual impide el cumplimiento de las obligaciones contractuales se debe aplicar la figura de la resolución contractual por caso fortuito o fuerza mayor (art. 164.3). CONSULTA Y ANÁLISIS: *(...) Esta Entidad mantiene a la fecha vínculos contractuales con medios de comunicación privados para la difusión de publicidad (a través de medios radiales, televisivos y prensa escrita). En ese sentido, se consulta si: esta Entidad y los contratistas deben continuar con la ejecución de los mencionados contratos vigentes, de acuerdo a lo establecido en el numeral 6 del artículo 32 de la Ley de Contrataciones del Estado, así como lo señalado en el artículo 114 de su Reglamento [cfr. art. 136 del Nuevo Reglamento], o debe resolver los contratos vigentes ante la prohibición de difusión de publicidad vigente después de haber suscrito los contratos con los medios de comunicación?* [...] CONCLUSIONES: **3.1.** Aun cuando la aplicación inmediata de la Ley N.º 30793 restrinja la libertad de contratación respecto a la inmutabilidad relativa de los términos contractuales, si se determinara que la medida supera el test de proporcionalidad, se hallaría plenamente justificada su aplicación. **3.2.** La normativa de contrataciones del Estado ha previsto que la resolución del contrato por caso fortuito o fuerza mayor resulta procedente cuando se prueba que un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible hace imposible de manera definitiva la continuación de la ejecución de las prestaciones a cargo de una de las partes. (Opinión N.º 114-2018/DTN, de 31-07-2018, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ui7dwS>).

§ 1826. Configuración de la resolución contractual por causal de imposibilidad sobrevinida por caso fortuito o fuerza mayor en base a la normativa en contrataciones del Estado y la normativa civil (art. 36.1 Ley). Véase la jurisprudencia del artículo 36º de la Ley [§ 613]. (Opinión N.º



118-2017/DTN, de 19-05-2017, ff. 2, 2.1, 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UhJpcl>).

§ 1827. **El solo hecho de que el contratista incurra en causal de impedimento no habilita a la Entidad a resolver el contrato, salvo que la Constitución o una norma con rango de Ley establezcan impedimento para estos efectos.** Véase la jurisprudencia del artículo 11° de la Ley [§ 336]. (Opinión N.° 133-2016/DTN, de 18-08-2016, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KAs6Pf>).

§ 1828. **Para que se pueda resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor debe demostrarse que además de ser extraordinario, imprevisible e irresistible, el hecho imposibilita continuar la ejecución de las prestaciones a su cargo definitivamente.** Véase la jurisprudencia del artículo 36° de la Ley [§ 612]. (Opinión N.° 118-2017/DTN, de 19-05-2017, ff. 2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UhJpcl>).

§ 1829. **Plazo de ejecución y resolución del contrato de supervisión de obra.** Véase la jurisprudencia del artículo 207° del Nuevo Reglamento [§ 2042]. (Opinión N.° 157-2018/DTN, de 21-09-2018, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4 y 3.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2P2lw4N>).

§ 1830. **En los casos de resolución contractual por causa imputable al contratista, la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento se realiza por la totalidad de esta, sin tener en cuenta la naturaleza de la prestación o la cuantificación del daño efectivamente irrogado.** Véase la jurisprudencia del artículo 155° del Nuevo Reglamento [§ 1712]. (Opinión N.° 206-2016/DTN, de 23-12-2016, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LOFPCA>).

REMISIÓN

§ 1830a. **Sobre la resolución de contratos.** Véase también la jurisprudencia del artículo 36° de la Ley [§ 612 ss.].

Artículo 165: Procedimiento de resolución de contrato

165.1. Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada requiere mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

165.2. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días. En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.

165.3. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.

165.4. La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

165.5. La resolución parcial solo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, siempre que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe precisa con claridad qué parte del contrato queda resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entiende que la resolución es total.

165.6. Tratándose de contrataciones realizadas a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, toda notificación efectuada en el marco del procedimiento de resolución del contrato regulado en el presente artículo se realiza a través del módulo de catálogo electrónico.

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1831. Procedimiento de resolución contractual por incumplimiento del contratista como condición necesaria para la imposición de sanción. Visto y considerando la propuesta presentada por el Vocal Héctor Inga Huamán, luego del debate correspondiente, el Tribunal, por mayoría, Acordó aprobar el siguiente criterio de interpretación: **1.** En los casos de resolución de contratos, las Entidades están obligadas a cumplir con el procedimiento de resolución contractual previsto en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 165 del Nuevo Reglamento] [...]. La inobservancia del mencionado procedimiento por parte de la Entidad, implica la exención de responsabilidad del Contratista, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios y/o servidores responsables. **2.** Para la aplicación de sanción por la causal contenida en el literal b) del numeral 51.1) del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 50.1.f de la Ley vigente] [...], las Entidades deberán presentar la documentación que acredite (i) el envío de la carta notarial de requerimiento previo al contratista para el cumplimiento de la obligación; (ii) la carta notarial mediante la cual se le comunica la decisión de resolver el contrato. En caso de no haberse requerido al contratista o, cuando habiendo sido solicitados los documentos acreditativos por el Tribunal, éstos no se presentaron, se declarará no ha lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador, disponiendo el archivamiento del expediente al haberse incumplido con el debido procedimiento. **3.** El requerimiento previo al que se alude en el numeral anterior, no será exigible cuando la resolución del contrato sea consecuencia de haber acumulado el máximo de la(s) penalidad(es) prevista(s) en el contrato o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. **4.** En el procedimiento sancionador no corresponde evaluar la decisión de la Entidad de resolver el contrato, constituyendo un elemento necesario para imponer la sanción, verificar que esa decisión ha quedado consentida, por no haberse iniciado los procedimientos de solución de controversia conforme a lo previsto en la Ley y su Reglamento. De haberse iniciado una conciliación o un procedimiento arbitral, un requisito para la imposición de la sanción es que haya un acta de conciliación o un laudo arbitral que confirme la resolución contractual declarada por la Entidad o, en caso contrario, un acta o constancia emitida por el conciliador en el que conste que no hubo acuerdo sobre esta decisión o una resolución que declare el archivamiento definitivo del proceso arbitral. **5.** Dejar sin efecto el Acuerdo 017/013, de fecha 26.09.2003. (Acuerdo N.º 006-2012-TCE, de 20-09-2012. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. Texto completo: <bit.ly/2qXN6GI>).

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1832. Comunicación de la resolución del contrato y requerimientos mediante carta notarial. **15.** [Para] que se configure el supuesto de hecho del literal e) del numeral 50.1 del artículo 50 de la nueva Ley, anteriormente tipificada en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, debe necesariamente acreditarse que el contrato, orden de compra u orden de servicios, fuente de obligaciones, haya sido resuelto por causal atribuible a la contratista, de conformidad con el literal c) del artículo 40 de la Ley [cfr. art. 32.3.d de la Ley vigente], en concordancia con el artículo 168 del Reglamento [cfr. art. 164 del Nuevo Reglamento], y atendiendo al procedimiento que estaba regulado en el artículo 169 del citado cuerpo normativo [cfr. art. 165 del Nuevo Reglamento]. Al respecto el literal c) del artículo 40 de la Ley disponía que, en caso de incumplimiento, por parte del contratista de alguna de sus obligaciones que haya previamente observado por la Entidad, y que no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión, por vía notarial, del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. A su vez el artículo 168 del Reglamento, señalaba que la Entidad podrá resolver el contrato en los casos que el



contratista: (i) incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello; (ii) haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo por otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o, (iii) paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación. Seguidamente, el artículo 169 del Reglamento, establecía que, en caso de incumplimiento contractual de una de las partes involucradas, la parte perjudicada, deberá requerir a la otra parte, mediante carta notarial, para que satisfaga sus obligaciones en un plazo no mayor de cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato, plazo que, dependiendo del monto involucrado y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, puede ser mayor pero en ningún caso superior a quince (15) días. Adicionalmente establece que, si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando su decisión mediante carta notarial. Cabe precisar que, según el citado artículo, no será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar a la contratista, mediante carta notarial, la decisión de resolver el contrato. (Resolución N.º 0779-2017-TCE-S4, de 19-04-2017, f. 15. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2Tk1mGQ>).

§ 1833. Si el notario no ha certificado la entrega de las cartas notariales solicitadas, entonces no se puede establecer que el procedimiento de resolución contractual se cumplió de manera correcta (art. 165.4). 22. [...] [En] aplicación del artículo 169 del Reglamento [cfr. art. 165 del Nuevo Reglamento], la comunicación de la resolución de contrato se efectúa mediante carta notarial. En este contexto, cabe indicar que el artículo 100 del Decreto legislativo N.º 1049, al regular la certificación de entrega de cartas notariales, establece lo siguiente: *“Artículo 100.- El notario certificará la entrega de cartas e instrumentos que los interesados le soliciten, a la dirección del destinatario, dentro de los límites de su jurisdicción, dejando constancia de su entrega o de las circunstancias de su diligenciamiento en el duplicado que devolverá los interesados.” (El resaltado es agregado)*. En este contexto conforme se puede apreciar, el notario debe certificar la entrega de las cartas notariales que se le solicite, dejando constancia de su entrega o diligenciamiento, hecho que no ha ocurrido en el presente caso [...], habiéndose acreditado que la Entidad, no cumplió con observar el procedimiento de resolución contractual que estuvo establecido en el artículo 169 del Reglamento. (Resolución N.º 0779-2017-TCE-S4, de 19-04-2017, f. 22. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2Tk1mGQ>).

§ 1834. No se necesita requerimiento previo para resolver un contrato cuando esta se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora. Para que proceda la aplicación de la sanción, es necesario que la Entidad haya resuelto el contrato conforme al procedimiento establecido por ley (art. 165.4). 5. [...] [El] procedimiento de resolución contractual se encuentra previsto en el artículo 136 del Reglamento [cfr. art. 165 del Nuevo Reglamento], que establece que en caso de incumplimiento contractual de una de las partes involucradas, la parte que resulte perjudicada con tal hecho requerirá a la otra notarialmente para que satisfaga sus obligaciones, en un plazo no mayor de cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato, dependiendo del monto involucrado y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, la Entidad podrá establecer plazos mayores, los cuales no superarán en ningún caso los quince (15) días, plazo éste último que se otorgará necesariamente en obras. Adicionalmente, establece que, si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando su decisión mediante carta notarial. Cabe precisar que, según el citado artículo, no será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. **6.** En cuanto al segundo requisito, cabe precisar que además de lo exigido en el artículo 36 de la Ley, establece que constituye un elemento necesario para imponer la sanción, verificar que la decisión de resolver el contrato haya quedado consentida, por no haberse iniciado oportunamen-

te los procedimientos de solución de controversias conforme a lo previsto en la Ley y su Reglamento. [...] 7. De la lectura de las disposiciones glosadas y conforme a los criterios utilizados por este Tribunal en anteriores oportunidades, para que la infracción imputada se configure, es necesario que la Entidad, efectivamente, haya resuelto el contrato conforme al procedimiento escrito. De esta manera, aún en los casos en los que se hayan generado incumplimientos contractuales, si la Entidad no ha resuelto el contrato en observancia las normas citadas y el debido procedimiento, la conducta no sería pasible de sanción, asumiendo la Entidad exclusiva responsabilidad. (Resolución N.º 1571-2017-TCE-S3, de 21-07-2017, ff. 5, 6 y 7. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2PvuJrl>).

§ 1835. Contenido de la resolución parcial del Contrato (art. 165.5). 6. [...] [La] resolución del contrato puede ser parcial o total, la resolución parcial sólo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. (Resolución N.º 1208-2005-TC-SU, de 15-12-2005, f. 6. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2DKPR5w>).

§ 1836. Si la Entidad no resuelve el contrato conforme a las formalidades de ley asume la responsabilidad de tal situación. 11. [...] [Para] que la infracción imputada [sobre incumplimiento de sus obligaciones] se configure, es menester que la Entidad, efectivamente, haya resuelto el contrato conforme al procedimiento descrito. De esta manera, aun en los casos en los que se hayan generado incumplimientos contractuales, si la Entidad no ha resuelto el contrato con observancia de las normas [de Contrataciones del Estado] y el debido procedimiento, la conducta no podrá ser pasible de sanción, asumiendo la Entidad la exclusiva responsabilidad respecto a tal situación. (Resolución N.º 1135-2017-TCE-S1, de 24-05-2017, f. 11. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2zXb0pN>).

§ 1837. Extinción de la responsabilidad del contratista por la inobservancia de la Entidad del procedimiento de resolución del contrato establecido en el Reglamento. 6. [...] [C]onforme se dispuso en el Acuerdo de Sala Plena N.º 006-2012 [§ 1831] de este Tribunal, *“en los casos de resolución de contratos, las Entidades están obligadas a cumplir con el procedimiento de resolución contractual previsto en el artículo 169 del Reglamento [cfr. art. 165 del Nuevo Reglamento] (...)”*. La inobservancia del mencionado procedimiento por parte de la Entidad, implica la exención de responsabilidad del Contratista, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios y/o servidores responsables”. [...] 8. Atendiendo a dicha documentación, este Colegiado colige en principio que la causal de resolución del contrato derivado del proceso de selección, fue según lo señalado por la Entidad, el incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del Consorcio. Siendo así, la Entidad estaba obligada a contemplar el procedimiento previsto en el artículo 169 del Reglamento, en el que tratándose de contratos de ejecución de obras la norma prevé que la Entidad debe otorgar necesariamente un plazo de quince (15) días a efectos que cumpla con sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de resolver el contrato derivado del proceso de selección, lo cual le comunicará mediante carta notarial. [...]. (Resolución N.º 2426-2015-TCE-S1, de 21-10-2015, ff. 6 y 8. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2PsrH7m>).

§ 1838. La conducta no es pasible de sanción si la entidad no ha resuelto el contrato en observancia del debido procedimiento. 10. [...] [P]ara que la infracción imputada se configure, es menester que la Entidad, efectivamente, haya resuelto el contrato conforme al procedimiento descrito. De esta manera, aún en los casos en los que se hayan generado incumplimientos contractuales, si la Entidad no ha resuelto el contrato en observancia de las normas atadas y el debido procedimiento, la conducta no podrá ser pasible de sanción, asumiendo la Entidad exclusiva responsabilidad respecto a tal situación. [...]. (Resolución N.º 0815-2017-TCE-S1, de 24-04-2017, f. 10. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2C7t8Qh>).

§ 1839. No es posible la imposición de sanción al contratista si la Entidad no ha procedido con la resolución contractual de manera regular. 12. [...] [Es] preciso indicar que conforme a lo establecido en el artículo 169 del Reglamento [cfr. art. 165 del Nuevo Reglamento], la Entidad debía de comunicar al Contratista la resolución del contrato mediante carta notarial, la cual debía contar con la certificación respectiva de su diligenciamiento notarial al Contratista. Conforme a lo expuesto, toda



vez que a pesar de las reiteradas solicitudes a la Entidad, esta no ha remitido la carta mediante la cual se notificó la resolución del contrato con el diligenciamiento notarial respectivo, limitándose a remitir una carta que si bien ha sido recibida por el Contratista, no cumple con la formalidad establecida en el artículo 169 del Reglamento. Por lo expuesto, el procedimiento de resolución contractual desarrollado por la Entidad no ha cumplido con las formalidades establecidas en el citado artículo del Reglamento. Consecuentemente, en estricta observancia del Principio de Tipicidad, contemplado en [...] la Ley N.º 27444, el cual establece que las conductas expresamente descritas como sancionables no pueden admitir interpretación extensiva o analógica, respetando las garantías inherentes al debido procedimiento, no corresponde sancionar al Contratista por la comisión de la infracción materia de denuncia. [...] 15. Sin perjuicio de lo señalado, es preciso indicar que, si bien el Contratista solicitó la suspensión del procedimiento administrativo sancionador debido a que se encuentra en trámite un proceso arbitral que versa sobre la controversia materia de análisis, en la medida que se ha determinado que no corresponde imponer sanción al Contratista, no resulta necesario realizar el análisis de lo solicitado. (Resolución N.º 0278-2017-TCE-S2, de 06-03-2017, ff. 12 y 15. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2G4i8XS>).

§ 1840. Constituye un elemento necesario para imponer la sanción, verificar que la decisión de la Entidad de resolver el contrato haya quedado consentida por no haber iniciado el Contratista los procedimientos de solución de controversias. 7. [Ante] el incumplimiento del Contratista, la Entidad le comunicó la resolución del contrato, a través de la carta notarial [...], la cual fue diligenciada notarialmente el 14 de enero de 2015. 8. En razón de lo expuesto, ha quedado acreditado que la Entidad cumplió con el procedimiento de resolución contractual previsto en la normativa de la materia. Cabe señalar que, mediante Acuerdo de Sala Plena N.º 006-2012 [§ 1831], publicado en el Diario Oficial El Peruano el 20 de setiembre de 2012, este Tribunal estableció que, en el procedimiento sancionador, constituye un elemento necesario para imponer la sanción, verificar que la decisión de la Entidad de resolver el contrato haya quedado consentida por no haber iniciado el Contratista los procedimientos de solución de controversias, conforme a lo previsto en la Ley y su Reglamento. (Resolución N.º 2411-2015-TCE-S1, de 20-10-2015, ff. 7-8. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2FmDEqw>)

§ 1841. Si se da la resolución del contrato por acumulación del monto máximo de penalidad por mora o si la situación de incumplimiento no puede ser revertida, no será necesario efectuar un requerimiento previo. 5. [...] Seguidamente, el artículo 169 del Reglamento [cfr. art. 165 del Nuevo Reglamento] establece que, en caso de incumplimiento contractual de una de las partes involucradas, la parte perjudicada, deberá requerir a la otra parte, mediante carta notarial, para que satisfaga sus obligaciones, en un plazo no mayor de cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dependiendo del monto involucrado y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a los quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Adicionalmente, establece que, si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. (Resolución N.º 0317-2016-TCE-S4, de 18-05-2016, f. 5. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2Suv9z>).

§ 1842. En un procedimiento de resolución del contrato, si al intentar cursarse la carta notarial donde la Entidad comunica la decisión de resolver el contrato, una persona bajo la esfera de control del proveedor, que se encuentra en el domicilio consignado para las notificaciones, impide que esta se efectivice, no amerita la invalidez de dicha notificación. 2.4. En torno al análisis del procedimiento formal de resolución contractual [...] la Entidad remitió al consorcio la Carta Notarial N.º 73-2015-SUNAT/8B0000 [...] mediante la cual le requirió que cumpla con sus obligaciones, al no haberse iniciado la ejecución del Contrato, conforme a lo establecido para dicho efecto, otorgándole el plazo de cinco (5) días calendario, bajo apercibimiento de ejecutar las acciones que correspondan.

Así mismo, ante el incumplimiento del Consorcio [...], la Entidad comunicó su decisión de resolver el contrato. El Notario Público en mención señaló que en el área de recepción del Consorcio no se le permitió el ingreso, por lo que dicha carta notarial no pudo encontrarse. Se precisó que el sólo hecho referido a que una persona niegue el ingreso o la recepción de comunicaciones remitidas por las Entidades a los contratistas, no constituía propiamente una causal que amerite la invalidez de la notificación de dichos documentos, en tanto dicha persona se encontrase bajo la esfera de control del proveedor y la documentación se encuentren dirigida al domicilio consignado por aquellos en los contratos respectivos, para dicho efecto. Por tal motivo, se consideró que la tesis esgrimida por el Consorcio, respecto del supuesto incumplimiento en el procedimiento formal de resolución contractual por la Entidad, carecía de sustento y, por ende, no resultaba amparable, al no poder trasladarse a terceros responsabilidades que les eran inherentes en su condición de contratista. En razón de lo expuesto, de acuerdo con el análisis efectuado, este Tribunal consideró que había quedado acreditado que la Entidad cumplió con el procedimiento de resolución contractual previsto en la normativa. (Resolución N.º 2282-2016-TCE-S2, de 22-09-2016, f. 2.4. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2DNXoAx>).

§ 1843. La Entidad no ha cumplido con el procedimiento previsto en la LCE proceder con la resolución del contrato; por lo que, el Contratista no resulta ser pasible de sanción por la causal de infracción imputada en su contra. 8. En razón a lo expuesto, ha quedado acreditado que la Entidad no cumplió con el procedimiento de resolución contractual previsto en el artículo 169 del Reglamento [cfr. art. 165 del Nuevo Reglamento] debido a que: i) Si bien la dirección del Contratista era la correcta, el acto de la notificación no se realizó puesto que la carta nunca fue dejada en físico en el domicilio del Contratista. ii) La Entidad otorgó un plazo adicional de treinta (30) días calendario al Contratista, mediante Carta N.º 0876/0E/15, la que a su vez, dejó sin efecto la resolución del Contrato. Al incumplir nuevamente el Contratista con el nuevo plazo adicional, la Entidad debió proceder a resolver contrato de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 169 [cfr. art. 165 del Nuevo Reglamento], puesto que, este plazo adicional era uno nuevo, a partir del cual empezaba a regir la nueva fecha contractual; es decir, la Entidad debió realizar un requerimiento previo, conforme dispone la normatividad citada. (Resolución N.º 1588-2016-TCE-S1, de 12-07-2016, f. 8. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2G0RBK2>).

§ 1844. En el procedimiento administrativo sancionador derivado de una resolución contractual únicamente es materia de análisis verificar que la Entidad haya seguido el procedimiento formal de resolución contractual, independientemente de las causas que hayan motivado tal resolución (art. 50.f). Véase la jurisprudencia del artículo 50.1.f de la Ley [§ 860]. (Resolución N.º 1577-2017-TCE-S3, de 24-07-2017, ff. 7, 8 y 9. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2zbJhlN>).

§ 1845. Si una vez presentados los documentos por el adjudicatario dentro del plazo, pero de manera deficiente, la Entidad no otorga un plazo adicional para subsanar tal ofrecimiento, se concluye entonces que el Adjudicatario no perfeccionó el contrato de manera justificada, eximiéndolo de sanción. Véase la jurisprudencia del artículo 141º del Nuevo Reglamento [§ 1649]. (Resolución N.º 1319-2017-TCE-S1, de 21-06-2017, ff. 24, 25 y 26. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2zhbrM6>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1846. Plazos para la resolución del contrato. Las discrepancias surgidas a raíz de la resolución del contrato pueden ser sometidas a los medios de solución de controversias. CONSULTA: 2.1. "Según el artículo 136º del Reglamento de la Ley N.º 30225 [cfr. art. 165 del Nuevo Reglamento]. ¿Cuáles son los plazos que tiene la entidad y el contratista para la resolución del contrato en bienes, servicios y obras?". 2.1.2. De acuerdo a la citada disposición, cuando alguna de las partes (Entidad o contratista) incumpla las obligaciones a su cargo, la parte perjudicada debe cursarle una carta notarial requiriendo su cumplimiento dentro del plazo legal previsto, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Cabe precisar que tratándose de contratos cuyo objeto sea bienes, servicios o consultorías, el plazo en mención no debe superar -en principio- los cinco (5) días, sin embargo, en caso el monto contractual y la complejidad,

envergadura o sofisticación de la contratación así lo requieran, la Entidad puede establecer un plazo no mayor a quince (15) días. Por su parte, tratándose de un contrato de ejecución de obra, el plazo a otorgarse necesariamente debe ser de quince (15) días. Ahora bien, en el supuesto que la parte requerida no cumpla con ejecutar las obligaciones a su cargo pese a habérselo solicitado, la parte perjudicada quedará facultada para resolver el contrato, debiendo remitir por vía notarial el documento en el que manifieste dicha decisión. Una vez recibida esta comunicación el contrato quedará resuelto de pleno derecho. Finalmente, es importante precisar que, de acuerdo al cuarto párrafo del artículo 136 del Reglamento, el requerimiento de cumplimiento previo no será necesario cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida; en cuyo caso bastará que se comunique al contratista la decisión de la Entidad de resolver el contrato mediante carta notarial. [...] (Opinión N.º 086-2018/DTN, de 19-06-2018, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Q0dkap>).

§ 1847. Si la resolución del contrato se debe a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades, no es necesario el requerimiento del cumplimiento de las prestaciones (art. 165.4). CONSULTA Y ANÁLISIS: **2.2.** *“¿Resulta válida la resolución de un contrato en plena ejecución, sin antes haber requerido su cumplimiento al Contratista, bajo el apercibimiento de resolver el contrato?”* [...] [...] **CONCLUSIÓN: 3.2.** No será necesario que la Entidad requiera al contratista el cumplimiento de sus prestaciones antes de resolver el contrato cuando dicha resolución se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida; en cuyo caso bastará que se comunique al contratista la decisión de la Entidad de resolver el contrato mediante carta notarial. (Opinión N.º 032-2016/DTN, de 22-02-2016, ff. 2.2 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2C6bpZr>).

§ 1848. Las Entidades podrían resolver el contrato mediante una resolución o cualquier otro documento a través del cual la administración pública manifiesta su voluntad por escrito, lo contrario implicaría establecer restricciones que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto. CONSULTA Y ANÁLISIS: *“Solicitamos precisar el procedimiento a seguir, en caso la Entidad tenga que resolver un contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales imputables al contratista y, si es necesario que previamente la Entidad emita una “resolución” aprobada por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato, que contenga la decisión y el motivo que justifique la resolución del contrato, comprendiéndose a dicho documento como parte del procedimiento de resolución contractual?”* **2.2.** [...] [La] normativa de contrataciones del Estado no precisa si el documento mediante el cual la Entidad expresa su voluntad de resolver un contrato será, necesariamente, una “resolución” o si puede ser cualquier otro documento a través del cual la administración pública expresa su voluntad por escrito [...] **2.3.** En el orden de ideas expuesto, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado establece que las Entidades deben resolver los contratos [...] sin precisar el tipo de documento que las Entidades pueden emitir para tal efecto. Por tanto, las Entidades podrían resolver el contrato mediante una resolución o cualquier otro documento a través del cual la administración pública manifiesta su voluntad por escrito, lo contrario implicaría establecer restricciones que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto. (Opinión N.º 115-2009/DTN, de 30-10-2009, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa, Texto completo: <bit.ly/2ANOrW0>).

§ 1849. Incluso en la etapa de ejecución contractual el proveedor puede resolver el contrato. *En la etapa de ejecución contractual el proveedor incumple con la prestación contratada con la Entidad. ¿Es posible que pueda resolver el contrato el proveedor?”* **2.2.** [...] [C]uando se configure la causal de incumplimiento injustificado del pago u otras obligaciones esenciales a cargo de la Entidad, el contratista se encontrará habilitado a iniciar el procedimiento de resolución contractual previsto en el artículo 136 del Reglamento [cfr. art. 165 del Nuevo Reglamento]; debiendo requerir a la Entidad, notarialmente y bajo apercibimiento, el cumplimiento de sus obligaciones dentro del plazo que corresponda; vencido dicho plazo sin haberse revertido tal situación, puede proceder a resolver el contrato, comunicando esta decisión a la Entidad a través de una carta notarial. De esta manera, puede evidenciarse que la normativa de contrataciones del Estado ha previsto expresamente las causales que habilitan al contratista a

resolver el contrato, así como también el procedimiento a seguir ante dicha situación. Por último, debe precisarse que cualquier controversia que surja entre la Entidad y el contratista sobre la configuración de la causal aplicable para la resolución del contrato, la extensión de la resolución (total o parcial), la determinación de los daños y perjuicios o su cuantía, entre otros, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, de conformidad con lo indicado en el artículo 137 del Reglamento [cfr. art. 166 del Nuevo Reglamento]. (Opinión N.º 181-2018/DTN, de 09-11-2018, f. 2.2. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MnrfCz>).

§ 1850. La normativa de contrataciones del Estado no ha establecido la obligación de la Entidad de elaborar un informe técnico legal que evalúe los costos derivados de resolver el contrato. Véase la jurisprudencia del artículo 36º de la Ley [§ 629]. (Opinión N.º 032-2016/DTN, de 22-02-2016, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2C6bpZr>).

REMISIÓN

§ 1850a. Sobre la resolución de contratos. Véase también la jurisprudencia del artículo 36º de la Ley [§ 612 ss.].

Artículo 166: Efectos de la resolución

166.1. Si la parte perjudicada es la Entidad, esta ejecuta las garantías que el contratista hubiera otorgado sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños irrogados.

166.2. Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad reconoce la respectiva indemnización por los daños irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

166.3. Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato puede ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entiende que la resolución del contrato ha quedado consentida.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1851. La validez del acuerdo conciliatorio para dotar de total vigencia el contrato de ejecución de obra, deja sin efecto la resolución contractual (art. 166.3). 12. [De] la documentación obrante en autos y de lo informado por ambas partes contratantes, la resolución de contrato fue sometida en su oportunidad a un procedimiento de conciliación extrajudicial, el mismo que concluyó mediante Acta de Acuerdo Total N.º 111-2011 del 03 de junio de 2011, en el sentido de dar total vigencia al Contrato de Ejecución de Obra derivado del proceso de Licitación Pública N.º 001-2009-MDTD-CH/CE, así como que el Consorcio Junín entregaría a la Municipalidad Tres de Diciembre, la carta fianza de fiel cumplimiento, equivalente al 10% del monto contractual original, cuya vigencia se extendería hasta el consentimiento de la liquidación final del contrato. 13. En tal sentido, se colige que, en virtud de lo dispuesto en los artículos 170 y 214 del Reglamento [cfr. arts. 166 y 224 del Nuevo Reglamento], la Contratista consorciada promovió el sometimiento de la controversia surgida a raíz de la resolución contractual a una conciliación extrajudicial, la cual arribó en un acuerdo de voluntades plasmado en el Acta de Conciliación N.º 084-2011 sobre la total vigencia del Contrato de Ejecución de Obra derivado de la Licitación Pública N.º 001-2009-MDTD-CH/CE, documento que [...] constituye título de ejecución. 14. Así, pues, al acordar tanto la Entidad como la Contratista en el marco de un procedimiento conciliatorio dotar de total vigencia el Contrato de Ejecución de Obra derivado de la Licitación Pública N.º 001-2009-MDTD-CH/CE, dejándose en consecuencia sin efecto la resolución contractual comunicada mediante Carta Notarial de fecha 21 de marzo de 2011, la cual contenía la Resolución de Alcaldía N.º 0018-2011-MDTD/A, se aprecia en el caso materia de análisis que no se ha configurado

el presupuesto necesario para la infracción (Resolución N.º 1108-2011-TC-S4, de 27-06-2011, ff. 12, 13 y 14. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2QOAAnv>).

§ 1852. La resolución contractual se entiende consentida, aunque se haya iniciado el proceso de conciliación o arbitraje, si estos han sido interpuestos excediendo el plazo estipulado en el reglamento. 6. En cuanto al segundo requisito, cabe precisar que además de lo exigido en el artículo 36 de la Ley, constituye un elemento necesario para imponer la sanción, verificar que la decisión de resolver el contrato haya quedado consentida; es decir, que la parte notificada con la resolución contractual no haya iniciado oportunamente los procedimientos de solución de controversias que la Ley y su Reglamento le facultan. De ese modo, con la finalidad de determinar la responsabilidad administrativa del proveedor imputado, resulta necesario verificar si la decisión de resolver el contrato de la Entidad ha quedado consentida, por no haber iniciado el Contratista los mecanismos de solución de controversias de conciliación y arbitraje, dentro del plazo legal establecido para tal efecto (30 días hábiles), conforme se prevé en el artículo 137 del Reglamento [cfr. art. 166 del Nuevo Reglamento]. Así, se desprende que, aun cuando en fecha posterior a dicho plazo se inicien tales mecanismos, para efectos del procedimiento administrativo sancionador, la decisión de resolver el contrato ya habrá quedado consentida, por no haberse iniciado los mecanismos antes descritos dentro del plazo legal. (Resolución N.º 1578-2017-TCE-S3, de 24-07-2017, f. 6. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2PYmwvj>).

§ 1853. Las resoluciones del Laudo arbitral. Los errores materiales o aritméticos contenidos en los actos administrativos pueden ser rectificadas. 16. En ese sentido, teniendo en cuenta que, a través de acuerdo conciliatorio se ha dejado sin efecto la Resolución de Alcaldía N.º 683-2015-A.MDE/LCI que dispuso la resolución del Contrato N.º 019-2015-ADS-S-UL-MDE/LC, no se ha configurado la infracción tipificada en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley [cfr. art. 50 de la Ley vigente] e, toda vez que el presupuesto básico que dio inicio al procedimiento administrativo sancionador es la existencia de una resolución de contrato, válidamente notificada y que ésta haya quedado consentida; por lo tanto, no corresponde sancionar a la Contratista. (Resolución N.º 1724-2016-TCE-S2, de 26-07-2016, f. 16. Segunda Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2HJ59M4>).

§ 1854. Lo dispuesto en un Laudo Arbitral es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia conforme lo regula la normativa en contrataciones del Estado. 23. [...] Así pues, el Tribunal ha establecido que en el procedimiento sancionador constituye un elemento necesario para determinar la configuración de la infracción que estuvo establecida en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley [cfr. art. 50 de la Ley vigente], verificar que la decisión de la Entidad de resolver el contrato haya quedado consentida por no haber iniciado el Contratista los procedimientos de solución de controversias, conforme a lo previsto en la Ley y su Reglamento. **24.** Sobre el particular, en el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador, se advirtió que la controversia referida a la resolución contractual había sido sometida al proceso arbitral, según consta en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral AD HOC de fecha 27 de mayo de 2015 (obrante a fojas 793 a 805), proceso instaurado a instancia del Contratista, razón por la cual mediante Resolución N.º 1441-2015-TCE-S2 del 23 de junio de 15 se suspendió el referido procedimiento administrativo sancionador, conforme lo había peticionado la empresa “x”, en su escrito descargos, presentado ante el Tribunal el 9 de abril de 2015. **27.** Por consiguiente, estando a lo resuelto en el Laudo Arbitral del 21 de diciembre de 2015, el Oficio N.º 764-2014-PCM/OGA, notificado notarialmente el 24 de diciembre de 2014, que resolvió el contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Contratista, carece de validez. **28.** En ese orden de ideas, en virtud a las conclusiones arribadas por el Tribunal Arbitral, este Colegiado debe tener en cuenta que lo dispuesto en un Laudo Arbitral es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia (conforme lo disponía el artículo 231 del Reglamento). (Resolución N.º 343-2016-TCE-S3, de 21-03-2016, ff. 23 al 24 y 27 al 28. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2Uu7ImI>).

§ 1855. Si bien la decisión de la Entidad de resolver el contrato es materia de discusión en la vía arbitral, ello no impide que el Tribunal de Contrataciones del Estado determine la configuración de la responsabilidad administrativa de los proveedores, postores y contratista. Véase la jurisprudencia.

dencia del artículo 50.8 de la Ley [§ 919]. (Resolución N.º 1618-2017-TCE-S1, de 31-07-2017, f. 16. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2FqikjN>).

§ 1856. **El Tribunal de Contrataciones del Estado no puede discutir la culpabilidad de la Contratista en la comisión de la infracción que ocasionó la resolución contractual. La vía pertinente es la conciliación o el arbitraje.** Véase la jurisprudencia del artículo 45.3 de la Ley [§ 746]. (Resolución N.º 1632-2017-TCE-S4, de 02-08-2017, ff. 20 y 21. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2TbUXNK>).

§ 1857. **Si en un proceso arbitral se declara la nulidad de la resolución contractual declarada por la Entidad, no se puede concluir que el contratista ha incurrido en la causal de infracción imputada en su contra.** Véase la jurisprudencia del artículo 50º de la Ley [§ 920]. (Resolución N.º 2167-2016-TCE-S2, de 09-09-2016, f. 26. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2RWt8rb>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1858. **Las discrepancias surgidas a raíz de la resolución del contrato pueden ser sometidas a los medios de solución de controversias (art. 166.3).** CONSULTA: 2.3. “*Ante la resolución del contrato por parte del contratista. ¿Qué procedimiento o procedimientos debe realizar la entidad si considera cuestionar la referida resolución contractual?*”. 2.3.1. Al respecto, el artículo 137 del Reglamento [cfr. art. 166 del Nuevo Reglamento] señala “*Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato puede ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entiende que la resolución del contrato ha quedado consentida*”. (El subrayado es agregado). En ese sentido, cualquier controversia relacionada a la resolución del contrato puede ser sometida a conciliación o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada dicha resolución. [...] CONSULTA: 2.4. “*De existir dos resoluciones del contrato, tanto del contratista y de la entidad. ¿Cuál de las dos resoluciones de contrato es válida para cuestionarla en conciliación o arbitraje?*”. 2.4.1. [...] [Es] importante reiterar que la debida resolución del contrato produce sus efectos una vez que la parte requerida recibe la comunicación donde su contraparte (la parte afectada) le informa la decisión de resolver el mismo, para lo cual previamente debe haberse seguido el procedimiento previsto en el artículo 136 del Reglamento [cfr. art. 165 del Nuevo Reglamento]; ello sin perjuicio de que las controversias relacionadas con dicha resolución puedan ser sometidas a conciliación o arbitraje dentro del plazo previsto en el artículo 137 del Reglamento. (Opinión N.º 086-2018/DTN, de 19-06-2018, ff. 2.3, 2.3.1, 2.4 y 2.4.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Q0dkap>).

§ 1859. **La resolución genera la extinción anticipada del contrato. El sólo sometimiento a la vía arbitral de una controversia relativa a una resolución contractual no afecta la referida resolución, ya que será necesario un pronunciamiento respecto a su validez (art. 166.3).** CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. “*¿Un contrato de ejecución de obra bajo la modalidad de concurso oferta -que comprende elaboración del expediente técnico y construcción de la obra-, al ser resuelto por causal sobreviniente no atribuible a las partes, y habiéndose recibido previamente el expediente técnico como único entregable, puede considerarse culminado sin que se haya realizado la liquidación y pago de las prestaciones recibidas?*” [...] 2.2. “*En relación a la pregunta anterior ¿cuándo culmina un contrato de ejecución de obra si es que la resolución contractual ha sido sometida a arbitraje y aún no se ha realizado ningún pago por las prestaciones recibidas?*” [...] CONCLUSIONES: 3.1. [...] [Un] contrato de obra bajo la modalidad de ejecución contractual de concurso oferta, culminaba cuando -al haberse ejecutado la totalidad de prestaciones involucradas- se realizaba la liquidación y pago correspondiente. Por su parte, la resolución del referido contrato -en el que solo se cumplió con ejecutar la prestación relativa al Expediente Técnico de Obra- generaba la extinción anticipada del mismo al dejar sin efecto la relación jurídica patrimonial que existía entre las partes, lo que implicaba que quedara inconclusa la ejecución de determinadas prestaciones. 3.2. Cuando las partes decidían someter a un proceso arbitral una controversia referida a la resolución de un contrato, el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral -según correspondiera- resolvía dicha controversia de manera definitiva



e inapelable mediante el arbitraje de derecho, pudiendo -en atención al caso concreto- confirmar la validez o dejar sin efecto la resolución del contrato; en razón de ello, el solo sometimiento de tal controversia a un proceso arbitral no afectaba la resolución contractual. (Opinión N.º 136-2018/DTN, de 04-09-2018, ff. 2.1, 2.2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ToT53T>).

§ 1860. Incluso en la etapa de ejecución contractual el proveedor puede resolver el contrato. Véase la jurisprudencia del artículo 165º del Nuevo Reglamento [§ 1849]. (Opinión N.º 181-2018/DTN, de 09-11-2018, f. 2.2. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MnrfCz>).

§ 1861. Plazo de caducidad para someter a conciliación y/o arbitraje las controversias surgidas durante la ejecución del contrato. Véase la jurisprudencia del artículo 223º del Nuevo Reglamento [§ 738]. (Opinión N.º 061-2012/DTN, de 24-04-2012, f. 3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EFB8dM>).

Artículo 167: Prestaciones pendientes en caso de resolución de contrato o declaratoria de nulidad de contrato

167.1. Cuando se resuelva un contrato o se declare su nulidad y exista la necesidad urgente de continuar con la ejecución de las prestaciones derivadas de este, sin perjuicio de que dicho acto se encuentre sometido a alguno de los medios de solución de controversias, la Entidad puede contratar a alguno de los postores que participaron en el procedimiento de selección. Para estos efectos, la Entidad determina el precio de dichas prestaciones, incluyendo todos los costos necesarios para su ejecución, debidamente sustentados.

167.2. Una vez determinado el precio y las condiciones de ejecución, y de existir disponibilidad presupuestal, la Entidad invita a los postores que participaron en el procedimiento de selección para que, en un plazo máximo de cinco (5) días, manifiesten su intención de ejecutar las prestaciones pendientes de ejecución por el precio y condiciones señalados en el documento de invitación.

167.3. De presentarse más de una aceptación a la invitación, la Entidad contrata con aquel postor que ocupó una mejor posición en el orden de prelación en el procedimiento de selección correspondiente. En las contrataciones de bienes, servicios en general y obras, salvo aquellas derivadas del procedimiento de Comparación de Precios, el órgano encargado de las contrataciones realiza, cuando corresponda, la calificación del proveedor con el que se va a contratar. Los contratos que se celebren en virtud de esta figura respetan los requisitos, condiciones, exigencias, garantías, entre otras formalidades previstas en la Ley y Reglamento.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1862. En caso de descalificar la oferta del adjudicatario y revocar la buena pro, esta no puede adjudicársele al postor que ocupó el segundo lugar en el procedimiento de selección, si su oferta excede el valor estimado y el comité de selección aún no cuenta con la certificación de crédito presupuestario correspondiente y la aprobación del Titular de la Entidad. Véase la jurisprudencia del artículo 84º del Nuevo Reglamento [§ 1520]. (Resolución N.º 2886-2016-TCE-S2, de 07-12-2016, ff. 21, 22 y 23. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2qYm81J>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1863. En la ejecución de prestaciones pendientes en caso de resolución de contratos, corresponde al área usuaria sustentar la necesidad urgente de culminar con tales prestaciones, sin poder modificar las condiciones del requerimiento original. 2.2. “¿Depende del área usuaria o del órgano encargado de las contrataciones motivar o fundamentar la decisión respecto a la necesidad urgente de continuar con la ejecución de prestaciones relacionadas de un contrato resuelto? ¿Qué debemos entender por

necesidad urgente? ¿Producto de este escenario, el área usuaria podría modificar las condiciones originales de su requerimiento? 2.2.1. [...] [E]l reglamento ha previsto que, ante la necesidad urgente de culminar con la ejecución de las prestaciones pendientes, derivadas de un contrato resuelto, la Entidad pueda contratar con alguno de los postores que participaron en el procedimiento de selección que dio origen a dicho contrato *-aplicando el procedimiento previsto en el artículo 138 del Reglamento* [cfr. art. 167 del Nuevo Reglamento]-; siendo que, para tal fin, ésta deberá *-previamente-* determinar y sustentar el precio de las prestaciones pendientes, considerando todos los costos necesarios para su ejecución y las condiciones en que éstas deberán ser ejecutadas; asimismo, deberá contar con disponibilidad presupuestal. [...] 2.2.2. [...] En la línea de lo expuesto, se puede desprender que las características y condiciones bajo las cuales debían ejecutarse las prestaciones involucradas en el contrato que fue resuelto, eran definidas por el área usuaria de la Entidad al formular su requerimiento, en la fase de actuaciones preparatorias. Por su parte, el procedimiento regulado en el artículo 138 del Reglamento [cfr. art. 167 del Nuevo Reglamento] faculta a la Entidad a culminar la ejecución de las prestaciones derivadas de un contrato resuelto, siempre que *-para tal efecto-* esta cumpla con las condiciones establecidas en dicho dispositivo, entre ellas, determinar previamente el precio y las condiciones de su ejecución; no habiendo previsto la posibilidad de modificar el requerimiento originalmente formulado por el área usuaria. 2.2.3. De las disposiciones citadas, se desprende que para que una Entidad pueda aplicar el procedimiento previsto en el artículo 138 del Reglamento [cfr. art. 167 del Nuevo Reglamento], conforme a las condiciones previstas en dicho dispositivo, corresponde al área usuaria sustentar la necesidad urgente de culminar con la ejecución de las prestaciones pendientes derivadas del contrato resuelto, al ser ésta la responsable de la formulación del requerimiento; debiendo entenderse que dicha “necesidad urgente” supone el apremio *-debidamente sustentado-* por alcanzar la finalidad pública que se persigue a través de la contratación. (Opinión N.º 202-2017/DTN, de 15-09-2017, ff. 2.2, 2.2.1 y 2.2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UiGwlf>).

§ 1864. Supuestos donde la Entidad decide convocar a un nuevo proceso de selección para contratar la ejecución de las prestaciones no ejecutadas, en vez de optar por la contratación directa (art. 167.1). CONSULTAS Y ANÁLISIS: 2.1. *“En caso se resuelva un contrato de obra en ejecución por causa del contratista, y existiendo un saldo por ejecutar, en aplicación del artículo 138 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ¿Es factible continuar con la ejecución del saldo de la obra contratando a alguno de los postores que participaron en el procedimiento de selección, a pesar de encontrarse en curso un proceso de arbitraje entre la Entidad y el Contratista?”*. [...] 2.2. *“En caso se pretenda contratar a alguno de los postores que participaron en el procedimiento de selección para la ejecución del lado de la obra, y estos rechacen la invitación o prescindan de dar sus servicios, ¿Es posible convocar nuevamente para continuar con la ejecución del saldo de la obra?”*. CONCLUSIONES: 3.1. Conforme a lo establecido en el artículo 138 del Reglamento [cfr. art. 167 del Nuevo Reglamento], una Entidad puede contratar la ejecución del saldo de obra pendiente derivado de un contrato de obra resuelto, con alguno de los postores que participaron del procedimiento de selección del que devino dicho contrato; sin perjuicio de que la resolución del mismo se encuentre sometida a arbitraje. 3.2. Cuando en aplicación del artículo 138 del Reglamento, una Entidad hubiera invitado a los postores que participaron en el procedimiento de selección para la ejecución del saldo de obra, y no hubiese obtenido aceptación alguna por parte de estos, dicha Entidad puede decidir convocar un nuevo procedimiento de selección para contratar la ejecución de las prestaciones (no ejecutadas) derivadas del contrato de obra resuelto *-en vez de optar por emplear la contratación directa que regula el literal l) del artículo 27 de la Ley-*; lo cual obedece a una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad (Opinión N.º 082-2018/DTN, de 12-06-2018, ff. 2.1, 2.2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AsED2E>).

§ 1865. Fiscalización posterior de los documentos presentados por el postor con quien se suscribirá el contrato por el saldo pendiente de prestaciones por ejecutar (art. 167.1). CONSULTA: 2.1. *“(…) Sobre la fiscalización posterior de la documentación, declaraciones y traducciones presentadas por el ganador de la buena pro, de la que trata el artículo 42º del mencionado reglamento [DS N.º 350-2015-EF], para el caso de obras, consulto: Para el caso del que trata el artículo 138º del Reglamento, en el que*

existe la necesidad urgente de culminar con las prestaciones pendientes de ejecutar en caso de resolución de contrato, y en el que la Entidad puede contratar a alguno de los postores que participaron en el procedimiento de selección, y para el caso en el que el procedimiento de selección se realizó antes de la entrada en vigencia de la Ley N.º 30225 y su reglamento, consulto: ¿Es aplicable la fiscalización posterior a este caso en que no hay propiamente dicho una Buena Pro?». [...] **2.2.** “Si es aplicable, ¿sobre qué documentos se debe realizar la fiscalización posterior, sobre los presentados en el procedimiento de selección, cuando aún no estaba vigente esta norma, o sobre los documentos presentados para la adjudicación del saldo de obra?». [...] **2.1.5.** [...] [Es] importante indicar que uno de los propósitos de la fiscalización posterior es disuadir la presentación de documentos falsos e información inexacta por parte de los proveedores. En ese contexto, corresponde precisar que el anterior artículo 114 del Reglamento [cfr. art. 136 del Nuevo Reglamento], establecía que una vez consentido el otorgamiento de la Buena Pro o cuando esta había quedado administrativamente firme, se generaba entre la Entidad y el postor ganador la obligación de contratar. Ante ello, resulta pertinente acudir al método de interpretación denominado *ratio legis*, en virtud del cual «el “qué quiere decir” de la norma se obtiene desentrañando su razón de ser intrínseca, la que puede extraerse de su propio texto» ». En ese sentido, considerando que el otorgamiento de la Buena Pro generaba la obligación contratar, debía entenderse que la *ratio legis* del anterior artículo 42 del Reglamento consistía en que la Entidad realizara la fiscalización posterior de los documentos, declaraciones y traducciones presentadas por el postor con quien se suscribiría el contrato. Por otro lado, el anterior artículo 138 del Reglamento [cfr. art. 167 del Nuevo Reglamento] describía un procedimiento cuya finalidad era, precisamente, determinar al postor con quien se suscribiría el contrato por el saldo pendiente de prestaciones por ejecutar. Por lo expuesto, y en razón de la *ratio legis* contenida en el anterior artículo 42 del Reglamento, esta disposición era aplicable al postor con quien se suscribiría el contrato para ejecutar el saldo de prestaciones pendientes a que se refiere el anterior artículo 138 del Reglamento. [...] **2.2.4.** En esa medida, es importante precisar que la fiscalización posterior está orientada a verificar todos los documentos presentados por los administrados; por lo cual debe entenderse que las Entidades, en virtud del principio de privilegio de controles posteriores, también deben realizar la fiscalización posterior de todos aquellos documentos que se presenten para el perfeccionamiento del contrato. (Opinión N.º 089-2018/DTN, de 20-06-2018, ff. 2.1, 2.2, 2.1.5 y 2.2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BCPKrq>).

§ 1866. Corresponde al área usuaria sustentar la necesidad urgente de culminar con la ejecución de las prestaciones pendientes derivadas del contrato resuelto, así como determinar los criterios y metodologías que permitan obtener la información vigente en el mercado (art. 167.1). CONSULTA Y ANÁLISIS: **2.2.** “¿Depende del área usuaria o del órgano encargado de las contrataciones motivar o fundamentar la decisión respecto a la necesidad urgente de continuar con la ejecución de prestaciones relacionadas de un contrato resuelto? ¿Qué debemos entender por necesidad urgente? ¿Producto de este escenario, el área usuaria podría modificar las condiciones originales de su requerimiento?». [...] **2.3.** “En el marco de la figura de resolución de contratos y existan prestaciones pendientes, cuya necesidad es urgente de continuar de acuerdo a lo señalado en el artículo 138 del Reglamento. ¿Para la determinación del precio de las prestaciones, se debe elaborar un nuevo estudio de mercado? ¿Cuál es el procedimiento?». [...] CONCLUSIONES: **3.1.** Para que una Entidad pueda aplicar el procedimiento previsto en el artículo 138 del Reglamento [cfr. art. 167 del Nuevo Reglamento], conforme a las condiciones previstas en dicho dispositivo, corresponde al área usuaria sustentar la necesidad urgente de culminar con la ejecución de las prestaciones pendientes derivadas del contrato resuelto, al ser ésta la responsable de la formulación del requerimiento; debiendo entenderse que dicha “necesidad urgente” supone el apremio -debidamente sustentado- por alcanzar la finalidad pública que se persigue a través de la contratación. **3.2.** Tomando en consideración que para aplicar el procedimiento regulado en el artículo 138 del Reglamento, la Entidad debe determinar y sustentar el precio de las prestaciones pendientes derivadas del contrato resuelto, le corresponderá a ésta decidir si, en atención a la naturaleza de la contratación, resulta más eficiente emplear determinados criterios y metodologías que permitan obtener la información vigente en el mercado, o si -para dicho fin- requiere realizar un nuevo estudio de mercado; decisión de gestión que debe ser asumida por cada Entidad conforme a sus normas de organización interna. **3.3.** En aplicación del artículo 138 del Regla-

mento, el participante que manifiesta su intención de ejecutar las prestaciones pendientes derivadas del contrato resuelto, se compromete a celebrar el respectivo contrato conforme a los precios y condiciones señalados en el documento de invitación; precisándose que éstos eran previamente determinados y sustentados por la Entidad, la cual -además- debía contar con la disponibilidad presupuestal, antes de cursar la referida invitación a dichos participantes. (Opinión N.º 202-2017/DTN, de 15-09-2017, ff. 2.2, 2.3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UiGwIf>).

§ 1867. Debe contarse con nuevo expediente técnico para culminar la ejecución de un contrato de obra pendiente derivado de un contrato resuelto bajo los alcances de la normativa anterior y efectuarse bajo las disposiciones de la normativa vigente (art. 167.1). CONSULTAS Y ANÁLISIS: 2.6. “En el supuesto que una Entidad Pública haya procedido con la resolución de un Contrato para la Ejecución de Obra de un contrato celebrado y resuelto bajo la regulación del Decreto Legislativo N.º 1017 y D.S. N.º 184-2008-EF y desea ejecutar el saldo de la obra con posterioridad al 09 de abril de 2018: 2.1 Consultamos si para la ejecución del Saldo de Obra, debe contarse con un Expediente Técnico (reformulado) debidamente aprobado, en el supuesto que sea necesaria la reformulación del expediente técnico (que denominaremos expediente técnico inicial) que fue el sustento de la ejecución de la obra ya resuelta”. [...] 2.7. “De ser afirmativa la respuesta a la consulta 2.1 anterior, y en la medida que el Expediente Técnico (inicial) fue aprobado en el marco del Decreto Legislativo N.º 1017 y D.S. N.º 184-2008-EF, consultamos si: ¿Resulta necesario que el nuevo Expediente Técnico del Saldo de Obra (reformulado) se adecúe al marco legal vigente (Ley N.º 30225 y D.S. N.º 350-2015-EF); esto es, que haya sido elaborado por la propia Entidad o por un Consultor de Obra contratado para dicho efecto, con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores, en la especialidad pertinente con la obra a ejecutar? O, si por el contrario, ¿se puede trabajar con el Expediente Técnico inicial a pesar que se requería su reformulación?”. CONCLUSIONES: [...] 3.5. Para la ejecución de prestaciones pendientes derivadas de un contrato de obra resuelto, debe contarse con un nuevo Expediente Técnico de Obra debidamente aprobado por el área usuaria de la Entidad. 3.6. A partir del 9 de enero de 2016, el Expediente Técnico de Obra que se elabore para culminar la ejecución de las prestaciones pendientes derivadas de un contrato de obra resuelto bajo los alcances de la anterior Ley, deberá efectuarse bajo las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado vigente. (Opinión N.º 083-2018/DTN, de 14-06-2018, ff. 2.6, 2.7, 3.5 y 3.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Q0zDwD>).

§ 1868. Cuando no exista la urgencia de culminar con las prestaciones pendientes de ejecución, la Entidad debe convocar un nuevo procedimiento de selección de acuerdo al expediente técnico elaborado por la Entidad, a efectos de contratar el saldo de obra pendiente de culminación (art. 167.1). CONSULTA: 2. “En el supuesto que, encontrándose resuelto el contrato de obra, tanto por parte de la Entidad (por incumplimiento del contratista a las bases) como por el contratista (por incumplimiento de obligaciones esenciales por parte de la Entidad); considerándose que existe un saldo por ejecutar las prestaciones pendientes; y contándose con un listado de postores que participaron del proceso de selección - debidamente acreditados en el Acta de Evaluación y Calificación de la Licitación Pública de la obra: ¿corresponde aplicar el procedimiento establecido en el artículo 138º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N.º 350-2015-EF o es viable para la Entidad, convocar nuevo proceso de selección?”. [...] 2.3. [...] [Ante] la resolución de un contrato, y de existir la necesidad urgente de culminar con la ejecución de las prestaciones derivadas de dicho contrato resuelto, la Entidad a efectos de emplear el mecanismo previsto en el artículo 138 del Reglamento [cfr. at. 167 del Nuevo Reglamento]; debe elaborar un nuevo expediente técnico por el saldo de obra, en el cual determine las prestaciones pendientes de ejecución, el precio y las condiciones de ejecución de las mismas, para posteriormente invitar a los postores que participaron en el procedimiento de selección (cuya propuesta haya sido admitida y que -por tanto- formaron parte del orden de prelación final), de tal manera que estos manifiesten su intención de ejecutar las prestaciones pendientes de ejecución por el precio y las condiciones señaladas en el documento de invitación. 2.4. [...] [En] consecuencia, cuando no exista la urgencia de culminar con las prestaciones pendientes de ejecución derivadas de un contrato de obra resuelto la Entidad debe convocar un nuevo procedimiento de selección de acuerdo al expediente técnico elaborado por la Enti-



dad, a efectos de contratar el saldo de obra pendiente de culminación. (Opinión N.º 121-2017/DTN, de 25-05-2017, ff. 2, 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Qx4uR9>).

§ 1869. Procedimientos y normativas aplicables en el marco de la ejecución de prestaciones pendientes derivadas de un contrato resuelto (que fue suscrito bajo la regulación anterior) cuando existe necesidad urgente de continuar con la ejecución y cuando no exista o no se pueda demostrar la urgencia. CONSULTA: 2.1. *“En el supuesto que una Entidad Pública haya procedido con la resolución de un Contrato para la Ejecución de Obra de un contrato celebrado y resuelto bajo la regulación del Decreto Legislativo N.º 1017 y D.S. N.º 184-2008-EF y desea ejecutar el saldo de la obra con posterioridad al 09 de abril de 2018: 1.1. Para la ejecución del saldo de obra: ¿Resulta aplicable la regulación contenida en el artículo 138 del Reglamento de la Ley de Contrataciones actualmente vigente (D.S. N.º 350-2015-EF y modificatorias)?”*. [...] 2.1.3. [...] [C]uando un contrato de obra es resuelto, la Entidad debe gestionar los actos necesarios para contratar el saldo pendiente de ejecución de la obra, con la finalidad de satisfacer la necesidad no cubierta; para lo cual corresponderá seguir el procedimiento previsto en la normativa de contrataciones del Estado vigente al momento de iniciar la contratación respectiva. En este punto, cabe anotar que la figura de resolución contractual deja sin efecto la relación jurídica patrimonial existente, es decir, tiene como efecto la extinción del contrato; por tanto, los actos que la Entidad realiza con la finalidad de ejecutar el saldo de obra pendiente de un contrato resuelto constituyen una nueva contratación, la cual debe ser efectuada de conformidad con las disposiciones de la Ley y el Reglamento, cuando sea iniciada a partir del 9 de enero de 2016. En el contexto planteado, corresponde indicar que el artículo 138 del Reglamento [cfr. art. 167 del Nuevo Reglamento] prevé el mecanismo por el cual, ante la resolución de un contrato, la Entidad puede proceder a ejecutar el saldo pendiente [...]. [La] normativa de contrataciones del Estado faculta a las Entidades a proceder con la ejecución del saldo pendiente de un contrato resuelto conforme a lo dispuesto en el artículo 138 del Reglamento, cuando exista la necesidad urgente de culminar con la ejecución de las prestaciones derivadas de dicho contrato. 2.1.4. Por lo expuesto, si una Entidad resuelve un contrato de obra ejecutado bajo los alcances de la anterior Ley, y existe la necesidad urgente de culminar con la ejecución de las prestaciones pendientes que derivaron de dicho contrato, esta puede emplear el procedimiento previsto en el artículo 138 del Reglamento, siempre que -para tal efecto- la contratación para la ejecución de ese saldo pendiente se hubiera iniciado a partir del 9 de enero de 2016. CONSULTA: 2.2. *“De ser afirmativa la respuesta a la consulta 1.1 anterior, consultamos si respecto del Saldo de Obra pendiente de ejecución, la Entidad puede optar directamente por la convocatoria de un procedimiento de selección cuando no exista la necesidad urgente de continuar con la ejecución de las prestaciones pendientes, en lugar de invitar a los postores que participaron en el procedimiento de selección primigenio o en lugar de aplicar el supuesto contenido en el literal l) del artículo 27 de la Ley N.º 30225.”* [...] 2.2.2. [...] [La] normativa de contrataciones del Estado prevé que en determinadas circunstancias, por razones económicas, coyunturales o de mercado, existen razones por las cuales no resulta eficiente realizar un procedimiento de selección; así, el artículo 27 de la Ley establece un listado de situaciones por las cuales las Entidades, de manera excepcional, pueden contratar directamente con un determinado proveedor. Tales supuestos constituyen las causales que facultan a una Entidad a contratar directamente. Al respecto, entre dichas causales de contratación directa se encuentra la prevista en el literal l) del artículo 27 de la Ley, la misma que se cita a continuación: *“Cuando exista la necesidad urgente de la Entidad de continuar con la ejecución de las prestaciones no ejecutadas derivadas de un contrato resuelto o de un contrato declarado nulo por las causales previstas en los literales a) y b) del artículo 44, siempre que se haya invitado a los demás postores que participaron en el procedimiento de selección y no se hubiese obtenido aceptación a dicha invitación.”* (El subrayado es agregado). Del artículo citado, se desprende que la Entidad puede contratar directamente con un determinado proveedor, de manera excepcional, cuando exista la necesidad urgente -lo que debe estar adecuadamente sustentado- de continuar con la ejecución de las prestaciones pendientes derivadas de un contrato resuelto, siempre que, dicha Entidad hubiera cumplido con invitar a los postores que fueron partícipes del procedimiento de selección y no hubiese obtenido aceptación alguna por parte de estos; es decir, que previamente se haya agotado el procedimiento previsto en el artículo 138 del Reglamento, para lo cual también es requisito que exista la necesidad urgente de culminar tales prestaciones pendientes. 2.2.3. En tal sentido,

si una Entidad determina que no existe la necesidad urgente de culminar con la ejecución de las prestaciones pendientes derivadas de un contrato resuelto, o no logra acreditar dicha necesidad urgente, no podrá emplear el procedimiento previsto en el artículo 138 del reglamento ni aplicar la causal de contratación directa del literal l) del artículo 27 de la Ley; no obstante ello, bajo una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, tal Entidad puede emplear el procedimiento de selección que corresponda, a efectos de contratar la ejecución de dichas prestaciones. CONSULTA: 2.3. “*De ser afirmativa la respuesta a la consulta 2.2, se consulta saber si dicho nuevo procedimiento de selección se encontraría regulado por el Decreto Legislativo N.º 1017 y D.S. N.º 184-2008-EF (norma aplicable a la contratación primigenia) o si se encontraría regulado por la Ley N.º 30225 y D.S. N.º 350-2015-EF (norma aplicable a la convocatoria de la nueva contratación)*”. [...] [Si] una Entidad determina que no existe la necesidad urgente de culminar con la ejecución de las prestaciones pendientes derivadas de un contrato resuelto, o no logra acreditar dicha necesidad urgente, no podrá emplear el procedimiento previsto en el artículo 138 del reglamento ni aplicar la causal de contratación directa del literal l) del artículo 27 de la Ley; no obstante ello, bajo una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, la Entidad puede emplear el procedimiento de selección que corresponda, a efectos de contratar la ejecución de dichas prestaciones. Sobre este último aspecto, cabe reiterar que en atención al Principio de aplicación inmediata de las normas que recoge nuestro ordenamiento jurídico, todo nuevo proceso de contratación iniciado a partir del 9 de enero de 2016 debe realizarse conforme a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado vigente. Por tanto, se advierte que, si una Entidad decide convocar un procedimiento de selección a partir del 9 de enero de 2016, a fin de contratar la ejecución de prestaciones pendientes derivadas de un contrato de obra resuelto bajo los alcances de la anterior Ley, dicho procedimiento deberá regirse por las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado vigente. CONSULTA: 2.4. “*De ser afirmativa la respuesta a la consulta 2.1, consultamos si respecto del Saldo de Obra pendiente de ejecución, la Entidad, aun cuando exista la necesidad urgente de continuar con la ejecución de las prestaciones pendientes: ¿La Entidad por transparencia puede optar directamente por la convocatoria de un procedimiento de selección, en lugar de invitar a los postores que participaron en el procedimiento de selección primigenio o en lugar de aplicar el supuesto contenido en el literal l) del artículo 27 de la Ley N.º 30225?*”. [...] [Ante] la necesidad urgente -lo que debe estar adecuadamente sustentado- de ejecutar prestaciones pendientes derivadas de un contrato de obra resuelto, una Entidad -facultativamente- puede emplear el procedimiento previsto en el artículo 138 del Reglamento, así como la contratación directa que regula el literal l) del artículo 27 de la Ley; lo cual no implica que se encuentre obligada a emplear -solamente- alguno de estos mecanismos de contratación. Por consiguiente, de existir la necesidad urgente de la Entidad (debidamente sustentada) de continuar con la ejecución de las prestaciones no ejecutadas derivadas de un contrato resuelto, esta podría decidir convocar el procedimiento de selección correspondiente para contratar la ejecución de tales prestaciones, en vez de optar por emplear el procedimiento previsto en el artículo 138 del Reglamento o -con posterioridad a ello- la contratación directa que regula el literal l) del artículo 27 de la Ley; lo cual obedece a una decisión de gestión de exclusiva responsabilidad de la Entidad. CONSULTA: 2.5. “*De ser afirmativa la respuesta a la consulta 2.3, se consulta saber si dicho nuevo procedimiento de selección se encontraría regulado por el Decreto Legislativo N.º 1017 y D.S. N.º 184-2008-EF (norma aplicable a la contratación primigenia) o si se encontraría regulado por la Ley N.º 30225 y D.S. N.º 350-2015-EF (norma aplicable a la convocatoria de la nueva contratación)*”. De conformidad con lo señalado al absolver la tercera consulta, si una Entidad decide convocar un procedimiento de selección a partir del 9 de enero de 2016, a fin de contratar la ejecución de prestaciones pendientes derivadas de un contrato de obra resuelto bajo los alcances de la anterior Ley, dicho procedimiento deberá regirse por las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado vigente. (Opinión N.º 083-2018/DTN, de 14-06-2018, ff. 2.1, 2.1.3, 2.1.4, 2.2, 2.2.2, 2.2.3, 2.3, 2.4 y 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Q0zDwD>).

§ 1870. La Entidad pueda contratar las prestaciones pendientes en caso de resolución del contrato sin perjuicio de que dicha resolución esté siendo sometida a arbitraje. CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. “*¿La Entidad deberá esperar la emisión del Laudo Arbitral para atender las prestaciones no atendidas del contrato que se ha resuelto?*”. [...] 2.1.4. Al respecto, corresponde señalar que la normativa de contra-

taciones del Estado vigente ha regulado el procedimiento aplicable para la contratación de “Prestaciones pendientes en caso de resolución de contrato”, conforme a lo establecido en el artículo 138 del Reglamento [cfr. art. 167 del Nuevo Reglamento]. En esa medida, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 138.1 del citado dispositivo “Cuando se resuelva un contrato y exista la necesidad urgente de culminar con la ejecución de las prestaciones derivadas de este, sin perjuicio de que dicha resolución se encuentre sometida a alguno de los medios de solución de controversias, la Entidad puede contratar a alguno de los postores que participaron en el procedimiento de selección. Para estos efectos, la Entidad debe determinar el precio de dichas prestaciones, incluyendo todos los costos necesarios para su ejecución, debidamente sustentados”. (El subrayado es agregado). En este punto, resulta pertinente señalar que las controversias que surgían entre las partes sobre la resolución del contrato, bajo el ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado, se resolvían mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo entre las partes [Decreto Legislativo N.º 1017]; debiendo precisarse que la normativa vigente ha previsto como medios de solución de controversias, en caso de resolución del contrato, la conciliación, junta de resolución de disputas o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes, conforme a lo establecido en el numeral 182.1 del artículo 182 del Reglamento [cfr. art. 223.1 del Nuevo Reglamento]. De esta manera, se advierte que la normativa de contrataciones del Estado [...] prevé que, en aplicación del procedimiento regulado en el artículo 138 del Reglamento, una Entidad pueda contratar las prestaciones pendientes en caso de resolución del contrato, sin perjuicio de que dicha resolución esté siendo sometida a alguno de los medios de solución de controversias, entre ellos, el arbitraje. (Opinión N.º 202-2017/DTN, de 15-09-2017, ff. 2.1 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UiGwIf>).

§ 1871. **La entidad, para determinar y sustentar el precio de las prestaciones pendientes derivadas del contrato resuelto, puede realizar un nuevo estudio de mercado. 2.3.** *“En el marco de la figura de resolución de contratos y existan prestaciones pendientes, cuya necesidad es urgente de continuar de acuerdo a lo señalado en el artículo 138 del Reglamento. ¿Para la determinación del precio de las prestaciones, se debe elaborar un nuevo estudio de mercado? ¿Cuál es el procedimiento?”. [...] [R]esulta pertinente considerar que las prestaciones pendientes de ejecución, derivadas de un contrato resuelto, pueden ser susceptibles a las variaciones de precios en el mercado, más aun tomando en cuenta el tiempo que hubiera transcurrido desde la determinación de su valor referencial hasta la resolución del contrato; situación que amerita ser evaluada por la propia Entidad, a efectos de determinar -sustentadamente- el costo de dichas prestaciones, empleando -para tal fin- los criterios y metodologías que permitan obtener la información vigente en el mercado, en atención a la naturaleza de la contratación. Por lo expuesto, tomando en consideración que para aplicar el procedimiento regulado en el artículo 138 del Reglamento [cfr. art. 167 del Nuevo Reglamento], la Entidad debe determinar y sustentar el precio de las prestaciones pendientes derivadas del contrato resuelto, le corresponderá a ésta decidir si, en atención a la naturaleza de la contratación, resulta más eficiente emplear determinados criterios y metodologías que permitan obtener la información vigente en el mercado, o si -para dicho fin- requiere realizar un nuevo estudio de mercado; decisión de gestión que debe ser asumida por cada Entidad conforme a sus normas de organización interna. (Opinión N.º 202-2017/DTN, de 15-09-2017, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UiGwIf>).*

§ 1872. **En caso de necesidad urgente de culminar la ejecución de las prestaciones pendientes producto de una resolución contractual, la entidad puede contratar con algún postor que participó en el proceso de selección que dio origen al contrato resuelto (art. 36 Ley). 2.4.** *En el supuesto que aceptara la invitación un postor que participó en el procedimiento de selección: ¿Qué sucediera si producto de la determinación del precio por parte de la Entidad, este es inferior a la oferta del postor que aceptó la invitación? ¿Puede reducir este (postor que aceptó la invitación) su oferta? ¿Cuál es el procedimiento? En otro supuesto, ¿Qué sucediera si producto de la determinación del precio por parte de la Entidad, este se ve incrementado en relación al valor referencial del procedimiento de selección (que dio origen al contrato resuelto)? ¿Cuál sería el procedimiento a seguir? ¿Se debe contar con la disponibilidad presupuestaria y aprobación del Titular de la Entidad? Conforme a lo señalado precedentemente, ante la necesidad urgente de culminar con la ejecución de las prestaciones pendientes, derivadas de un contrato resuelto, la Entidad*

puede contratar con alguno de los postores que participaron en el procedimiento de selección que dio origen a dicho contrato-*aplicando el procedimiento previsto en el artículo 138 del Reglamento* [cfr. art. 167 del Nuevo Reglamento]-; siendo que, para tal fin, ésta deberá -previamente- determinar y sustentar el precio de las prestaciones pendientes, considerando todos los costos necesarios para su ejecución y las condiciones en que éstas deberán ser ejecutadas; asimismo, deberá contar con disponibilidad presupuestal. Así, una vez determinado el precio y las condiciones de ejecución, y de existir disponibilidad presupuestal, la Entidad invita a los postores que participaron en el procedimiento de selección para que, en un plazo máximo de cinco (5) días, manifiesten su intención de ejecutar las prestaciones pendientes de ejecución por el precio y condiciones señalados en el documento de invitación; conforme a lo establecido en el numeral 138.2 del artículo 138 del Reglamento. En tal sentido, en aplicación del artículo 138 del Reglamento [cfr. art. 167 del Nuevo Reglamento], los participantes que manifiestan su intención de ejecutar las prestaciones pendientes derivadas del contrato resuelto, se comprometen a celebrar el respectivo contrato conforme a los precios y condiciones señalados en el documento de invitación; precisándose que éstos eran previamente determinados y sustentados por la Entidad, la cual *-además-* debía contar con la disponibilidad presupuestal, antes de cursar la referida invitación a dichos participantes. (Opinión N.º 202-2017/DTN, de 15-09-2017, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UiGwIf>).

§ 1873. Cuando la entidad no realice los procedimientos contemplados para la contratación de prestaciones pendientes de ejecución que deriven de un contrato resuelto, sino que divida deliberadamente la unidad de las referidas “prestaciones”, dando lugar a una pluralidad de contratos por montos iguales o menores a ocho UIT, estará incurriendo en un fraccionamiento prohibido. Véase la jurisprudencia del artículo 20º de la Ley [§ 468]. (Opinión N.º 235-2017/DTN, de 31-10-2017, ff. 2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UHS5ZK>).

§ 1874. Luego de resuelto un contrato y ante la necesidad de ejecutar el saldo de obra, la Entidad puede optar por una contratación directa, siempre y cuando se haya agotado el procedimiento establecido en el Reglamento Véase la jurisprudencia del artículo 100º del Nuevo Reglamento [§ 1535]. (Opinión N.º 029-2017/DTN, de 03-02-2017, ff. 2.1 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Dssr4O>).

§ 1875. Una entidad puede contratar prestaciones pendientes en caso de resolución de contrato, sin perjuicio de que dicha resolución este siendo sometida a alguno de los medios de solución de controversia. Al resolverse un contrato, los actos que la Entidad realice para contratar las prestaciones pendientes de ejecución, constituyen una nueva contratación. Véase la jurisprudencia del artículo 223º del Nuevo Reglamento [§ 2064]. (Opinión N.º 202-2017/DTN, de 15-09-2017, ff. 2.1, 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UiGwIf>).

§ 1876. La Entidad puede recurrir a la contratación directa en el supuesto de que quede pendiente de ejecución una parte de las prestaciones o cuando aún deban ejecutarse la totalidad de prestaciones. Véase la jurisprudencia del artículo 27º de la Ley [§ 526]. (Opinión N.º 087-2017/DTN, de 17-03-2017, ff. 2.1 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RP3uF8>).

§ 1877. La Entidad, al hacer uso de la contratación directa en los casos de culminar el saldo de obra derivado de un contrato resuelto, debe contratar el saldo de forma conjunta, no siendo posible contratar la ejecución de diversos componentes del saldo de obra de manera individual. Véase la jurisprudencia del artículo 27º de la Ley [§ 525]. (Opinión N.º 154-2017/DTN, de 13-07-2017, ff. 2.1, 2.1.5, 2.1.6, 2.2 y 2.2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rwjDns>).

§ 1879. Cuando se resuelve un contrato de obra ejecutado bajo la modalidad de concurso oferta, la Entidad se sujetará al procedimiento previsto en el Reglamento, debiendo invitar a aquellos proveedores cuyas propuestas fueron admitidas en el proceso de selección. Véase la jurisprudencia en el artículo 36º del Nuevo Reglamento [§ 1108]. (Opinión N.º 057-2017/DTN, de 23-02-2017, ff. 3.1 al 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2S0KHtP>).

CAPÍTULO V CULMINACIÓN DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL

Artículo 168: Recepción y conformidad

168.1. La recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria. En el caso de bienes, la recepción es responsabilidad del área de almacén y la conformidad es responsabilidad de quien se indique en los documentos del procedimiento de selección.

168.2. La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien verifica, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. Tratándose de órdenes de compra o de servicio, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

168.3. La conformidad se emite en un plazo máximo de diez (10) días de producida la recepción. Dependiendo de la complejidad o sofisticación de la contratación, o si se trata de consultorías, la conformidad se emite en un plazo máximo de veinte (20) días.

168.4. De existir observaciones, la Entidad las comunica al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días. Dependiendo de la complejidad o sofisticación de la contratación, o si se trata de consultorías, el plazo para subsanar no puede ser menor de cinco (5) ni mayor de veinte (20) días. Subsanadas las observaciones dentro del plazo otorgado, no corresponde la aplicación de penalidades.

168.5. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad puede otorgar al contratista periodos adicionales para las correcciones pertinentes. En este supuesto corresponde aplicar la penalidad por mora desde el vencimiento del plazo para subsanar lo previsto en el numeral anterior.

168.6. Este procedimiento no resulta aplicable cuando los bienes, servicios en general y/o consultorías manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectúa la recepción o no otorga la conformidad, según corresponda, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose la penalidad que corresponda por cada día de atraso.

168.7. Las discrepancias en relación a la recepción y conformidad pueden ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa de esta o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1880. Contratos de ejecución llave en mano. Acciones que debe tomar la Entidad cuando el contratista no cumple con entregar los bienes adecuadamente instalados y funcionando (art. 168.4). 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: *“En un contrato internacional, para la adquisición de una sala híbrida de hemodinamia, bajo la modalidad llave en mano, que incluye entrega de bienes, accesorios, instalación y su puesta en funcionamiento, ¿la entidad puede negarse a recibir dichos bienes y servicios en caso que el contratista no cumpla con entregar el mismo bajo las condiciones ofrecidas?, y ¿Qué acciones legales debe tomar la entidad, en caso el contratista no cumpla con entregar los bienes bajo dichas condiciones?”*. [...] 2.4. [C] onsiderando que la finalidad de una contratación de bienes bajo la modalidad llave en mano es que los bienes adquiridos se encuentren debidamente instalados y funcionando correctamente, conforme a lo previsto en los documentos del procedimiento de selección, la Entidad sólo procederá a la recepción y a otorgar la conformidad de las prestaciones siempre que el contratista haya cumplido con entregar los bienes adecuadamente instalados y funcionando, de acuerdo a las características y condiciones contractuales. *Contrario sensu*, si en una contratación de bienes bajo la modalidad de ejecución llave en mano, el contratista no cumple con entregar los bienes adecuadamente instalados y funcionando, conforme a las características y condiciones previstas en los documentos del procedimiento de selección,

la Entidad puede decidir otorgarle un plazo no menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días para subsanar las observaciones que existieran, luego del cual, si estas no se hubieran subsanado a cabalidad, la Entidad podrá resolver el contrato y aplicar las penalidades correspondientes. No obstante, cuando los bienes no cumplan manifiestamente con las características y condiciones ofertadas por el contratista, la Entidad se encontrará facultada a no efectuar la recepción o a no otorgar la conformidad del contrato, considerándose “no ejecutada la prestación”, y debiendo aplicarse las penalidades respectivas, según corresponda; conforme a lo establecido en el quinto párrafo del artículo 143 del Reglamento [cfr. art. 168 del Nuevo Reglamento]. (Opinión N.º 104-2017/DTN, de 12-04-2017, ff. 2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PnXRfq>).

§ 1881. **La Entidad no puede aplicar penalidades durante el periodo otorgado para la subsanación de las observaciones a la prestación (art. 168.4).** CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.3. “Cuando una entidad haya otorgado un plazo adicional para la subsanación de observaciones a un entregable, ¿procede la aplicación de penalidades durante dicho periodo adicional?”. CONCLUSIÓN: 3.3. Cuando la Entidad otorgue al contratista un plazo para la subsanación de las observaciones a la prestación, no podrá aplicar penalidades durante dicho período, en la medida que la Entidad optó por brindar dicho plazo al contratista con la finalidad que cumpliera debidamente con las prestaciones a su cargo. (Opinión N.º 032-2016/DTN, de 22-02-2016, ff. 2.3 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2C6bpZr>).

§ 1882. **Cuando las prestaciones ejecutadas por el contratista no cumplen manifiestamente con lo pactado en el contrato, la Entidad no efectuará la recepción o la conformidad, procediendo a aplicar las penalidades correspondientes (art. 168.6).** CONSULTA Y ANÁLISIS: “(...) El artículo 133 del [...] Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [Decreto Supremo N.º 350-2015-EF]; en colisión con el artículo 143 del mismo cuerpo normativo, en referencia a la comunicación antes de la aplicación de penalidades o si estas últimas se aplican de manera automática sin aviso al contratista al verificar la entidad que la prestación es manifiestamente insubsanable.” [...] 2.3. [...] Sumado a lo anterior, es necesario precisar que el numeral 143.4 del artículo 143 [cfr. art. 168.4 del Nuevo Reglamento] ha previsto lo siguiente: “De existir observaciones, la Entidad debe comunicarlas al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días, dependiendo de la complejidad. (...) Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad puede resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, desde el vencimiento del plazo para subsanar. Este procedimiento no resulta aplicable cuando los bienes, servicios en general y/o consultorías manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectúa la recepción o no otorga la conformidad, según corresponda, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades respectivas.” (El resaltado es agregado). De lo señalado hasta este punto, se aprecia que el artículo 143 del Reglamento ha previsto que la Entidad, de manera previa a otorgar la conformidad a las prestaciones ejecutadas por el contratista, **debe verificar** la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones establecidas en el contrato, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias para tal fin; de esta forma, si de dicha verificación se advirtiese que no se ha ejecutado la prestación conforme a los términos contractuales establecidos, la Entidad debe formular las respectivas observaciones -las mismas que deben indicar claramente su sentido- y comunicarlas al contratista, otorgándole un plazo para subsanarlas. **No obstante**, es preciso recalcar que el citado artículo también ha previsto que, cuando las prestaciones ejecutadas por el contratista **no cumplen manifiestamente** con lo pactado en el contrato, **la Entidad no efectúa la recepción o no otorga la conformidad según sea el caso, considerándose no ejecutada la prestación y aplicándose las penalidades que correspondan.** [...] (Opinión N.º 159-2018/DTN, de 24-09-2018, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Sj7pxv>).

§ 1883. **Entidad puede otorgar ampliación de plazo para la subsanación de observaciones (art. 168.4).** CONSULTAS Y ANÁLISIS: 2.1. “El [Reglamento], establece que de existir observaciones, se le otorga al Contratista un plazo no menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario para la subsanación de observaciones. Se pregunta: ¿Es posible otorgar ampliación de plazo en la etapa de subsanación de observacio-



nes?” [...] [La] Entidad tiene la potestad de detallar en el acta respectiva las observaciones y brindar un plazo al contratista para que las subsane, el que en ningún caso podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Para establecer este plazo, deberá tener en consideración la complejidad de las observaciones advertidas. En relación con lo anterior, cabe precisar que cuando la Entidad otorgue un plazo para la subsanación de observaciones, no procederá la aplicación de penalidades durante dicho período; en la medida que la Entidad optó por brindar dicho plazo al contratista con la finalidad que cumpliera debidamente con las prestaciones a su cargo. Por el contrario, en caso el contratista no cumpla con subsanar debidamente las observaciones en el plazo otorgado por la Entidad, esta considerará como no ejecutada la prestación y, de estimarlo conveniente, podrá resolver el contrato; sin perjuicio de aplicar la penalidad por mora correspondiente [...]. (Opinión N.º 038-2013/DTN, de 22-05-2013, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BcfAly>).

§ 1884. **En un contrato de consultoría de obra la Entidad puede advertir observaciones en el contenido de dicho Expediente, otorgándole al contratista el plazo para su subsanación (art. 168.4).** CONSULTAS Y ANÁLISIS: 2.1. “En una Consultoría de Obra, donde se presentan Informes parciales e Informe Final, el artículo 143 del Reglamento [Decreto Supremo N.º 350-2015-EF] es aplicable para los productos parciales y finales o sólo es aplicable al producto final, considerando que el artículo mencionado se encuentra en el Capítulo V Culminación de la Ejecución Contractual”. [...] 2.4. “Puede la Entidad señalar que un producto parcial es incompleto, por temas explícitamente no solicitados para el Entregable, según los Términos de Referencia”. [...] CONCLUSIONES: 3.1. La Entidad puede requerir la contratación de una “consultoría de obra” consistente en la elaboración del Expediente Técnico de obra, sujetándola a la presentación de entregables durante la etapa de ejecución contractual, en cuyo caso, efectuará la verificación de los mismos, a efectos de otorgar la conformidad correspondiente a cada entregable, de acuerdo a lo previsto en el artículo 143 del Reglamento [cfr. art. 168 del Nuevo Reglamento]. 3.2. En caso la Entidad advirtiera la existencia de observaciones en los entregables que componen el Expediente Técnico de obra, ésta deberá manifestarle al contratista el sentido de dichas observaciones, otorgándole el plazo correspondiente para su subsanación; siendo que, si el contratista no cumpliera cabalmente con la subsanación de las observaciones advertidas, la Entidad podría resolver el contrato, y aplicar las penalidades previstas en los documentos del procedimiento de selección, según corresponda. (Opinión N.º 189-2017/DTN, de 31-08-2017, ff. 2.1, 2.4, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SrPocQ>).

§ 1885. **El sentido del término “manifiestamente” está referido al carácter evidente de la inconsistencia de las características y condiciones de la prestación a cargo del contratista. La Entidad debe fundamentar las razones por las cuales considera que el contratista no cumple con las características y condiciones ofrecidas (art. 168.4).** CONSULTAS: 2.2. “Cómo se debe entender y/o que significa “...manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas [...]”. [...] 2.3. “Si la entidad declara que MANIFIESTAMENTE no se cumple con las características y condiciones ofrecidas, la Entidad debe sustentar debidamente y de manera objetiva el por qué no se considerada como ejecutada la prestación”. [...] CONCLUSIONES: 3.3. El sentido del término “manifiestamente” contemplado en el numeral 143.4 del artículo 143 del Reglamento [cfr. art. 168.4 del Nuevo Reglamento], está referido al carácter evidente de la inconsistencia y/o incongruencia de las características y condiciones de la prestación a cargo del contratista, respecto de lo realmente establecido en la oferta ganadora que conforma el contrato; condición que habilita a la Entidad, al advertir tal situación, a no aplicar el procedimiento previsto en el citado dispositivo para la subsanación de observaciones. 3.4. La Entidad debe fundamentar las razones por las cuales determinó que la prestación a cargo del contratista no fue ejecutada conforme a las características y condiciones establecidas en el contrato; a efectos de no aplicar el procedimiento previsto en el numeral 143.4 del artículo 143 del Reglamento. (Opinión N.º 189-2017/DTN, de 31-08-2017, ff. 2.2, 2.3, 3.3 y 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SrPocQ>).

§ 1886. **Procedimiento a seguir por la Entidad en caso que la entrega del bien o servicio se realice de manera deficiente a las características y condiciones acordadas (art. 168.6).** CONSULTA: 2.1. “Si la Entidad considera como no ejecutada una parte esencial de la prestación en un servicio contratado

(incumplimiento parcial de la prestación), ¿La Entidad, sobre la base de dicho incumplimiento, puede dejar de pagarle al contratista el valor de la parte de la prestación incumplida, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan? [...] 2.2. [En] caso la Entidad hubiera advertido deficiencias en la prestación recibida, podía formular observaciones conforme a lo previsto en el cuarto párrafo del referido artículo 176 [cfr. art. 168 del Nuevo Reglamento]: “De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan”. Es importante señalar que de conformidad con lo establecido en el quinto párrafo del numeral 143.4 del artículo 143 del Reglamento [cfr. art. 168.6 del Nuevo Reglamento] “Este procedimiento no resulta aplicable cuando los bienes, servicios en general y/o consultorías manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectúa la recepción o no otorga la conformidad, según corresponda, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades respectivas.”. (El resaltado es agregado). En ese sentido, en caso la prestación a cargo del contratista no cumplía “manifiestamente” con las características y condiciones que formaban parte del contrato, no era necesario acudir al procedimiento para subsanar observaciones, correspondiendo a la Entidad considerar como no ejecutada la prestación y aplicar las penalidades correspondientes. (Opinión N.º 132-2018/DTN, de 27-08-2019, ff. 2.1 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2P539Mk>).

Artículo 169: Constancia de prestación

169.1. Otorgada la conformidad de la prestación, el órgano de administración o el funcionario designado expresamente por la Entidad registra en el SEACE la constancia que precisa, como mínimo, la identificación del contrato, objeto del contrato, el monto del contrato vigente, el plazo contractual y las penalidades en que hubiera incurrido el contratista. La Constancia de prestación se descarga del SEACE.

169.2. Las constancias de prestación de ejecución y consultoría de obra contienen, adicionalmente, los datos señalados en los formatos correspondientes que emita el OSCE.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1887. La constancia de prestación otorgada por una Entidad en mérito a las prestaciones parciales ya ejecutadas de un contrato periódico de servicio que aún se encuentra vigente tiene carácter provisional, siendo obligación de la Entidad emitir la constancia de prestación por la totalidad del contrato una vez ejecutado, momento en el cual la constancia provisional carecerá de valor. [...] 2.1.3. [...] [Las] prestaciones parciales ya ejecutadas de un contrato de servicios de ejecución periódica que se encuentre en ejecución pueden ser presentadas para acreditar la experiencia del postor en los procesos de selección que las Entidades convoquen para contratar servicios, siempre que al contrato se adjunte los comprobantes de pago cancelados que acrediten fehacientemente las prestaciones ya ejecutadas. Asimismo, cuando el factor “Cumplimiento del servicio” ha sido previsto en las Bases, los documentos que los postores deben presentar para acreditar este factor son las constancias de prestación correspondientes a los contratos presentados para acreditar la experiencia del postor. Ahora bien, dado que los contratos de servicios de ejecución periódica comprenden varias prestaciones parciales que se ejecutan a lo largo del plazo de ejecución contractual, y que aun cuando alguno de estos contratos se encuentre en ejecución un proveedor puede presentar las prestaciones parciales ya ejecutadas para acreditar su experiencia en un proceso de selección en el cual se encuentre participando, resulta posible que para efectos de acreditar el factor “Cumplimiento del servicio” un proveedor solicite una constancia de prestación por las prestaciones parciales ya ejecutadas; en este supuesto, la Entidad tendría que emitir dicha constancia dada la razonabilidad de la solicitud y los principios de Libre Competencia y Concurrencia y Trato Justo e Igualitario que inspiran la contratación estatal. Es importante señalar

que la constancia de prestación para prestaciones parciales ya ejecutadas tendrá carácter provisional y solo podrá ser utilizada por el proveedor que la solicitó para acreditar el factor “Cumplimiento del servicio”, en tanto la ejecución del contrato al cual corresponden tales prestaciones no haya culminado. Por último, debe precisarse que la emisión de la constancia de prestación provisional para las prestaciones parciales ya ejecutadas no afecta la obligación de la Entidad de emitir la constancia de prestación por la totalidad del contrato, una vez concluido el plazo de ejecución contractual y otorgada la respectiva conformidad al contratista, momento a partir del cual la constancia provisional emitida carecerá de valor y no podrá ser utilizada por el proveedor para acreditar el factor “Cumplimiento del servicio” en los procesos de selección en los que participe. 2.1.4. En tal orden de ideas, debe indicarse que, en los contratos de ejecución periódica de servicios que se encuentren en ejecución, resulta posible que el contratista solicite la emisión de una constancia de prestación por las prestaciones parciales ya ejecutadas, siendo obligación de la Entidad emitir dicha constancia, la cual tendrá carácter provisional y solo podrá ser utilizada por el proveedor para acreditar el factor “Cumplimiento del servicio” en los procesos de selección en los que participe en tanto la ejecución del contrato al cual corresponden tales prestaciones parciales no haya culminado, pues a partir de su culminación la única constancia de prestación válida será la constancia de prestación por la totalidad del contrato, emitida por la Entidad luego de otorgar la conformidad. (Opinión N.º 070-2011/DTN, de 15-07-2011, ff. 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DYnIIj>).

§ 1888. La constancia de prestación del contratista sirve para sustentar la experiencia obtenida por un proveedor. CONSULTA: “Considerando la existencia de un contrato suscrito y ejecutado al amparo del Decreto Legislativo N.º 1017 (en adelante, la “anterior LCE”), que relaciona a una Entidad Pública (Entidad A) y un contratista: ¿Es válido que dicho Contratista acredite la experiencia adquirida por las ventas realizadas a la Entidad A en un proceso de selección convocado por otra Entidad Pública (Entidad B) presentando copia de dicho contrato y la Constancia de prestación emitida por la Entidad A en virtud del artículo 178 del Reglamento de la anterior LCE [cfr. art. 169 del Nuevo Reglamento], siendo este último documento el que acredita la conformidad por la venta o suministro efectuados conforme lo exigen las Bases Estándar para la contratación de Bienes y Suministro de Bienes para el Requisito de Calificación “Experiencia del Postor” en el marco de la actual LCE?”. CONCLUSIONES: 3. Tratándose de una contratación de bienes o suministro de bienes, el requisito de calificación “experiencia del postor” puede acreditarse mediante la presentación de copia simple de contratos u órdenes de compra y su respectiva constancia de prestación, independientemente de la regulación conforme a la cual haya sido emitida dicha constancia. (Opinión N.º 196-2017/DTN, de 08-09-2017, f. 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RXgewM>).

Artículo 170: Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra

170.1. El contratista presenta a la Entidad la liquidación del contrato de consultoría de obra, dentro de los quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación o de haberse consentido la resolución del contrato. La Entidad se pronuncia respecto de dicha liquidación y notifica su pronunciamiento dentro de los treinta (30) días siguientes de recibida; de no hacerlo, se tiene por aprobada la liquidación presentada por el contratista.

170.2. Si la Entidad observa la liquidación presentada por el contratista, este se pronuncia y notifica su pronunciamiento por escrito en el plazo de cinco (5) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tiene por consentida la liquidación con las observaciones formuladas por la Entidad.

170.3. Cuando el contratista no presente la liquidación en el plazo indicado, la Entidad la efectúa y notifica dentro de los quince (15) días siguientes, a costo del contratista; si este no se pronuncia dentro de los cinco (5) días de notificado, dicha liquidación queda consentida.

170.4. Si el contratista observa la liquidación practicada por la Entidad, esta se pronuncia y notifica su pronunciamiento dentro de los quince (15) días siguientes; de no hacerlo, se tiene por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas por el contratista.

170.5. En el caso de que la Entidad no acoja las observaciones formuladas por el contratista, lo manifiesta por escrito dentro del plazo previsto en el numeral anterior.

170.6. Culminado el procedimiento descrito en los numerales anteriores, según corresponda, la parte que no acoge las observaciones solicita, dentro del plazo previsto en la Ley, el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, vencido el plazo se considera consentida o aprobada, según corresponda, la liquidación con las observaciones formuladas.

170.7. Una vez que la liquidación haya quedado consentida o aprobada, según corresponda, no procede someterla a los medios de solución de controversias. ⁽¹⁾

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

(1) Rectificado por fe de erratas (12-01-2019).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1889. El consentimiento de la liquidación produce una presunción *iuris tantum* sobre su validez. CONSULTA: 2.1. “¿Los laudos arbitrales que resuelven las controversias sobre liquidaciones de obra o de supervisión pueden considerarse como supuestos de consentimiento de las liquidaciones en el marco de lo dispuesto en los artículos 179º y 211º del Reglamento [cfr. arts. 170 y 209 del Nuevo Reglamento, respectivamente] (...)?” [...]. 2.1.3. [...] En esa medida, el consentimiento de la liquidación del contrato implica que se presume su validez y aceptación por la parte que no la observe dentro del plazo establecido. No obstante, si bien con el consentimiento de la liquidación se presume su validez y aceptación, ello no impide que las controversias relativas a dicho consentimiento puedan ser sometidas a arbitraje; más aún cuando dicha presunción podría implicar la aprobación o aceptación (y posterior pago) de liquidaciones inválidas que, por ejemplo, no se encuentren debidamente sustentadas, incluyan conceptos o trabajos que no forman parte del contrato o que formando parte del contrato no se calcularon con los precios ofertados, incluyan montos manifiestamente desproporcionados, entre otros. Esto significa que la presunción de validez y aceptación de una liquidación que ha quedado consentida es una presunción *iuris tantum*, en tanto admitiría prueba en contrario, situación que deberá discutirse en un arbitraje, de ser el caso. Lo contrario –es decir, equiparar el consentimiento de la liquidación con su validez e incuestionabilidad– implicaría que en determinadas situaciones como las descritas anteriormente alguna de las partes se perjudique en beneficio de la otra al asumir un mayor costo que el que contractualmente le corresponde, vulnerándose los principios de principios de Equidad y Moralidad, así como aquel que veda el enriquecimiento sin causa. En consecuencia, el único supuesto de consentimiento de una liquidación contemplado en la normativa de contrataciones del Estado se produce cuando no es observada por la parte que no la elaboró. (Opinión N.º 012-2016/DTN, de 05-02-2016, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ga4fHw>).



Artículo 171: Del pago

171.1. La Entidad paga las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la conformidad de los bienes, servicios en general y consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.

171.2. En caso de retraso en el pago, el contratista tiene derecho al pago de intereses legales, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

171.3. Las controversias en relación a los pagos a cuenta o pago final pueden ser sometidas a conciliación y/o arbitraje.

171.4. De conformidad con lo establecido en el numeral 39.1 del artículo 39 de la Ley, excepcionalmente el pago puede realizarse en su integridad por adelantado cuando este sea condición de mercado para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios, previo otorgamiento de la correspondiente garantía por el mismo monto del pago.

171.5. Conforme a lo establecido en el numeral 45.36 del artículo 45 de la Ley, el pago reconocido al proveedor o contratista como resultado de un proceso arbitral se realiza en la oportunidad que establezca el respectivo laudo y como máximo junto con la liquidación o conclusión del contrato, salvo que el proceso arbitral concluya con posterioridad.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1890. La Entidad debe reconocer a un proveedor el íntegro del precio de mercado de las prestaciones ejecutadas, aun cuando este fue contratado de forma irregular. 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: *“¿En el caso que la Entidad se haya beneficiado con las prestaciones ejecutadas por un proveedor contratado de forma irregular, se debe reconocer la utilidad al proveedor?, ¿Se debe reconocer el costo de lo efectivamente ejecutado por el proveedor o se debe reconocer el precio de mercado del servicio?”* [...] 3. CONCLUSIÓN: En el caso que una Entidad se haya beneficiado con las prestaciones ejecutadas por un proveedor sin seguir las formalidades, requisitos y procedimientos establecidos por la normativa de contrataciones del Estado para el respectivo proceso de contratación, deberá reconocerle el íntegro del precio de mercado de las prestaciones ejecutadas, el cual incluye la utilidad del proveedor. (Opinión N.º 067-2012/DTN, de 30-05-2012, ff. 2 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CtL2Nn>).

§ 1891. Pago por las prestaciones ejecutadas sin la existencia del expediente de contratación. En aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento indebido, es arreglado a derecho que la Entidad reconozca a favor del tercero el costo de lo efectivamente ejecutado. CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. *“¿Resulta viable el pago por los servicios brindados por una empresa, pese a no contar con el expediente de contratación ni orden de compra que sustentó ello?”* [...] CONCLUSIONES: 3.1. A la Entidad que se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley, sólo la vinculan válidamente los contratos en los que el acuerdo de voluntades se ha formado conforme a los procedimientos establecidos en dicho cuerpo normativo y sus normas complementarias. 3.2. No obstante, de ser el caso que la Entidad se haya beneficiado con las prestaciones ejecutadas por el proveedor contratado de forma irregular, y en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento indebido, es arreglado a derecho que ésta reconozca a favor del tercero el costo de lo efectivamente ejecutado; sin perjuicio de la determinación de responsabilidades del funcionario o funcionarios involucrados en la contratación irregular. (Opinión N.º 008-2011/DTN, de 03-01-2011, ff. 2.1, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LruoAE>).

§ 1892. La Entidad que se haya beneficiado con las prestaciones ejecutadas por el proveedor contratado de forma irregular, puede reconocer a favor del tercero el costo de lo efectivamente ejecutado pero sin incluir la utilidad por no existir título válido. CONSULTA: 2. *“Cuál es el mecanismo legal, para reconocer el pago de servicios por vigilancia, si éstos fueron prestados, interrumpidamente una vez que se culminó el contrato anterior y sin haber realizado un proceso de selección nuevo, por un determinado periodo de tiempo en el que no cuenta con contrato suscrito o documento alguno donde se hayan establecido o pactado las condiciones del servicio, cantidad, costos y plazos?”* [...] 2.2. [...] a una Entidad Pública, sólo la vinculan válidamente los contratos en los que el acuerdo de voluntades se ha formado conforme a los procedimientos establecidos legalmente. En caso contrario, no resulta pertinente hablar de prestaciones o cumplimiento de obligaciones contractuales, ya que no es propiamente una relación contractual la que surge cuando la administración pública no observa los procedimientos señalados. 2.3. No obstante [...] de ser el caso que la Entidad se haya beneficiado con las prestaciones ejecutadas por el proveedor contratado de forma irregular, y en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento indebido, es arreglado a derecho que ésta reconozca a favor del tercero el costo de lo efectivamente ejecutado sin incluir la utilidad por no existir título válido; sin perjuicio de la determinación de responsabilidades del funcionario o funcionarios involucrados en la contratación irregular. (Opinión N.º 059-2009/DTN, de 30-06-2009, ff. 2, 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MajOyr>).

Artículo 172: Obligaciones posteriores al pago final

Las controversias relacionadas con obligaciones que corresponden ejecutarse con posterioridad a la fecha del pago final pueden ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que debían ejecutarse.

Artículo 173: Vicios ocultos

173.1. La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos.

173.2. Las discrepancias referidas a defectos o vicios ocultos son sometidas a conciliación y/o arbitraje. En dicho caso el plazo de caducidad se computa a partir de la conformidad otorgada por la Entidad hasta treinta (30) días hábiles posteriores al vencimiento del plazo de responsabilidad del contratista previsto en el contrato.

Artículo 174: Contrataciones Complementarias

174.1. Dentro de los tres (3) meses posteriores a la culminación del plazo de ejecución del contrato, la Entidad puede contratar complementariamente bienes y servicios en general con el mismo contratista, por única vez y en tanto culmine el procedimiento de selección convocado, hasta por un máximo del treinta por ciento (30%) del monto del contrato original, siempre que se trate del mismo bien o servicio y que el contratista preserve las condiciones que dieron lugar a la adquisición o contratación.

174.2. En aquellos casos en los que con la contratación complementaria se agota la necesidad, la condición de convocar un procedimiento de selección no resulta necesaria; aspecto que es sustentado por el área usuaria al formular su requerimiento.

174.3. No caben contrataciones complementarias en los contratos que tengan por objeto la ejecución de obras ni de consultorías, ni en las contrataciones directas.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1893. **Naturaleza de las contrataciones complementarias.** CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.4. *¿Cuál es la naturaleza de una contratación complementaria?* La naturaleza de una contratación complementaria radica en la excepcionalidad de esta, toda vez que su realización inobserva la obligación que tienen las Entidades de convocar procesos de selección para contratar, con fondos públicos, a los proveedores que les prestarán los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones. En tal sentido, la contratación complementaria permite que la Entidad satisfaga la necesidad de abastecerse de los bienes y servicios entre una contratación concluida y otra contratación en curso, pero no puede suplir al procedimiento de contratación previsto en la Ley y su Reglamento. (Opinión N.º 053-2009/DTN, de 30-06-2009, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CfWxXr>).

§ 1894. **Objeto de la contratación complementaria.** El plazo de ejecución del contrato complementario debe estimarse considerando el inicio de la ejecución del contrato derivado del proceso de selección ya convocado. CONSULTA Y ANÁLISIS: “[...] ¿Puede firmarse un contrato complementario cuyo plazo de ejecución sea mayor a la culminación del proceso de selección convocado?; ello, teniendo en consideración que el servicio a contratar requiere de un plazo para realizar el traspaso de obligaciones contractuales del proveedor actual al nuevo proveedor, debido a lo especializado del servicio y a efectos de garantizar la continuidad de las operaciones que se encuentran directamente ligadas al objeto de la entidad contratante.” 2.1.2. [...] [Si] bien la contratación complementaria determina la celebración de un nuevo contrato con el mismo contratista, resulta necesario que su objeto esté referido a que se provea los mismos bienes



o que se preste el mismo servicio que fue materia de la contratación; y, además, que el contrato complementario incorpore todas las condiciones que dieron lugar a la contratación original. **2.1.3.** Ahora bien, la consulta está relacionada a la posibilidad de que el contrato complementario se suscriba por un plazo que supere la duración del proceso de selección convocado. Al respecto, como se ha señalado previamente, la Entidad puede contratar complementariamente un bien o servicio, dentro de los tres (3) meses posteriores a la culminación del contrato y en tanto culmine el proceso de selección convocado. Esto quiere decir que el contrato principal debe haber concluido y la Entidad tiene que haber convocado el nuevo proceso de selección para abastecerse de los bienes o servicios requeridos. Sobre el particular, es importante recordar que la suscripción de un contrato complementario representa una medida excepcional a la cual una Entidad puede recurrir ante un eventual riesgo de quedar desabastecida del bien o servicio requerido. Tal es así, que el primer párrafo del artículo 182 del Reglamento [cfr. art. 174.1 del Nuevo Reglamento], precisa que la contratación complementaria se realiza por única vez y en tanto culmine el proceso de selección convocado, entendiéndose que la Entidad deberá contratar únicamente aquella parte necesaria para cubrir un eventual desabastecimiento. En dicho sentido, se debe entender que por tratarse de una medida excepcional, su aplicación se producirá debido a la imposibilidad de haber culminado el proceso de selección respectivo, ya que por alguna razón extraordinaria o imprevisible, no ha podido convocarse oportunamente el proceso de selección programado, o éste no ha concluido con suficiente antelación, pues lo contrario supondría dispensar al órgano encargado de las contrataciones de la Entidad del cumplimiento de las funciones que le han sido asignadas de acuerdo con la normativa, así como de las responsabilidades y sanciones previstas en el artículo 46 de la Ley. De lo señalado, se desprende que el plazo de ejecución del contrato complementario debe estimarse considerando el inicio de la ejecución del contrato derivado del proceso de selección ya convocado, toda vez que como ya se ha referido, la finalidad del contrato complementario es cubrir el tiempo durante el cual la Entidad no contará con los bienes o servicios requeridos hasta que inicie el nuevo contrato, evitando de esta forma un posible desabastecimiento. **2.1.4.** Sin perjuicio de lo señalado, podría darse el caso que el plazo estimado para el contrato complementario llegue a superar la fecha efectiva de la suscripción del nuevo contrato, en cuyo caso, los plazos de ejecución contractual de ambos contratos no deben coincidir en el tiempo, es decir que no se ejecuten de forma simultánea. En dichos casos, la concurrencia de ambos contratos podría responder a la falta de una correcta programación o a una estimación inexacta de los bienes o servicios requeridos, responsabilidad que en todo caso corresponde determinar a la Entidad. (Opinión N.º 031-2016/DTN, de 19-02-2016, ff. 2.1.2, 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2G8xOsr>).

§ 1895. Carácter excepcional de un contrato complementario. [...] **2.1.1.** [...] [La] posibilidad de contratar complementariamente constituye un supuesto de excepción a la obligación que tienen las Entidades de convocar procesos de selección para contratar, con fondos públicos, a los proveedores que les prestarán los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones. [...] (Opinión N.º 057-2009/DTN, de 30-06-2009, f. 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SOSFn2>).

§ 1896. La contratación complementaria determina la suscripción de un nuevo contrato. 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: “¿En contrataciones complementarias es aplicable la figura de ampliación de plazo en caso concurren hechos que afecten el plazo de ejecución por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista, y este las solicite?”. [...] **1.2.** [La] consulta está relacionada a la posibilidad de que en la contratación complementaria se aplique la figura de la ampliación de plazo prevista en la normativa de contrataciones del Estado. Al respecto, [...] la contratación complementaria determina la suscripción de un nuevo contrato, aunque con el mismo contratista y en las mismas condiciones que dieron lugar a la contratación, al cual se le aplican las disposiciones establecidas en la normativa vigente al momento de su celebración. Por su parte, el artículo 140 del Reglamento [cfr. art. 158 del Nuevo Reglamento] establece que la ampliación del plazo contractual procede al cumplirse alguno de los siguientes casos: (i) cuando se apruebe el adicional, siempre que esto implique la afectación del plazo; y, (ii) por atraso y/o paralización no imputable al contratista. Adicionalmente, el referido artículo regula el procedi-

miento para la solicitud de ampliación de plazo y su eventual aprobación o denegatoria. En ese sentido, considerando que la contratación complementaria determina la suscripción de un nuevo contrato -en el marco de lo dispuesto en el artículo 150 del Reglamento [cfr. art. 174 del Nuevo Reglamento]-, es posible que en dicha contratación se apliquen las figuras propias de la ejecución contractual previstas en la normativa de contrataciones del Estado, como es el caso de la ampliación del plazo contractual prevista en el artículo 140 del Reglamento, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el referido dispositivo. (Opinión N.º 102-2018/DTN, de 05-07-2018, f. 1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QrFmel>).

§ 1897. El límite máximo del monto de contratación complementaria establecido en el reglamento no incluye las variaciones del precio que pudieran haberse producido como consecuencia de prestaciones adicionales (art. 174.1). 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. *“A la luz de la Opinión N.º 092-2014/DTN y Opinión N.º 152-2015 [§ 1902], si durante la ejecución contractual, un contrato sufre modificaciones expresamente permitidas por la normativa de contrataciones del Estado -como prestaciones adicionales, ¿La Entidad podría contratar directamente al mismo proveedor de manera complementaria hasta el 30% del monto total del contrato original, incluyendo el precio de las prestaciones adicionales?”* **2.1.1.** [...] [El] artículo 150 del Reglamento [cfr. art. 174 del Nuevo Reglamento] debe aplicarse únicamente cuando se cumplan los requisitos y condiciones previstos en este; es decir, que la contratación complementaria se efectúe: (i) dentro de los tres (3) meses posteriores a la culminación del plazo de ejecución del contrato; (ii) por un monto no mayor al treinta por ciento (30%) del monto del contrato original; (iii) con el contratista original; (iv) por única vez; (v) en tanto culmine el procedimiento de selección convocado; (vi) que se celebre para obtener el mismo bien o servicio del contrato original; y, (vii) que se preserven las condiciones que dieron lugar a la contratación. Como se puede apreciar, uno de los requisitos expresamente contemplados en el Reglamento para la suscripción de un contrato complementario es que el monto de este no supere el treinta por ciento (30%) del monto del contrato original. Sobre este punto, es importante señalar que, de conformidad con el Anexo de Definiciones del Reglamento, el “contrato original” es aquel *“(...) contrato suscrito como consecuencia del otorgamiento de la buena pro en las condiciones establecidas en las Bases y la oferta ganadora.”* (El subrayado es agregado). A diferencia de lo anterior, el “contrato actualizado o vigente” es definido como *“El contrato original afectado por las variaciones realizadas por los reajustes, prestaciones adicionales, reducción de prestaciones, o por ampliación o reducción del plazo, u otras modificaciones del contrato.”* (El subrayado es agregado). En ese orden de ideas, el monto de un contrato complementario tiene como límite el treinta por ciento (30%) del monto del contrato suscrito según las condiciones señaladas en las Bases y en la oferta ganadora (contrato original), sin considerar para tal efecto las variaciones de precio que pudieran haberse producido como consecuencia de prestaciones adicionales, reducción de prestaciones, reajustes, entre otras modificaciones realizadas durante su ejecución. Finalmente, debe indicarse que las Opiniones N.º 092-2014/DTN y N.º 152-2015/DTN [§ 1902], reconocen que el monto máximo del contrato complementario se encuentra limitado al treinta por ciento (30%) del monto contrato original, el cual, como ya se precisó, no incluye el valor de las prestaciones adicionales. (Opinión N.º 101-2017/DTN, de 07-04-2017, ff. 2.1 y 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Pkoamr>).

§ 1898. No puede celebrarse un contrato complementario, si previamente no se ha convocado el proceso de selección. 2.1. CONSULTAS Y ANÁLISIS: *“[...] ¿Es necesario que se acredite la convocatoria de un nuevo proceso de selección para proceder con la contratación complementaria sobre el mismo objeto o, por el contrario, bastará con acreditar que se han implementado las acciones de programación referidas a la nueva convocatoria? [...]”* [...] **2.1.2.** [A] efectos de determinar si puede celebrarse un contrato complementario, corresponde verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 182º del Reglamento [cfr. art. 174 del Nuevo Reglamento]. Por tanto, no puede celebrarse un contrato complementario si previamente no se ha convocado el proceso de selección para contratar los bienes o servicios requeridos por la Entidad, pues ello implicaría alterar las condiciones requeridas para realizar una contratación complementaria. (Opinión N.º 057-2009/DTN, de 30-06-2009, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SOSFn2>).

§ 1899. Si las contrataciones complementarias se suscribieron con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N.º 30225 se aplicará dicha disposición, pese a que el contrato original fue suscrito bajo los alcances del derogado Decreto Legislativo N.º 1017, en vista de que, ello no supone una aplicación retroactiva de la ley. CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.2. *“En una contratación complementaria, derivada de un contrato formalizado durante la vigencia del Decreto Legislativo N.º 1017, si se prescinde del artículo 182º de su Reglamento [Decreto Supremo N.º 184-2008-EF] y aplica el artículo 150º del “Reglamento” de la “Ley” [referido al Decreto Supremo N.º 350-2015-EF], se estaría aplicando retroactivamente la Ley N.º 30225 al contrato primigenio y vulnerando la Segunda Disposición Complementaria Final?”* [...] [Las] contrataciones complementarias configuran una nueva relación contractual, y, por tanto, de suscribirse con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N.º 30225 y su Reglamento se regirán por estos dispositivos legales. Por su parte, el contrato original suscrito bajo los alcances de la normativa anterior [*Decreto Legislativo N.º 1017*], se rige por lo previsto en esta última, correspondiendo que sea así hasta su culminación. Ello en aplicación del artículo 62 de la Constitución que dispone que: *“(…) Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.”* De esta forma, no se trata de una aplicación retroactiva de la Ley y su Reglamento, toda vez que estos no estarían siendo aplicados al contrato suscrito bajo los alcances de la normativa anterior. (Opinión N.º 040-2017/DTN, de 07-02-2017, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CWitqy>).

§ 1900. Los contratos complementarios se rigen por las normas vigentes al momento de su celebración. 2.2. De acuerdo con lo dispuesto en [...] [el] Reglamento, dentro de los tres meses posteriores a la culminación de un contrato derivado de un proceso de selección, las Entidades pueden contratar prestaciones complementarias hasta por un máximo del treinta por cien (30%) del monto contractual original con el mismo contratista, siempre que se trate del mismo bien o servicio y que el contratista preserve las condiciones que dieron lugar a la adquisición o contratación. Dicho vínculo se materializará a través de la celebración de un nuevo contrato, que dará lugar al nacimiento de una relación jurídica distinta a aquella inicialmente entablada con el contratista. 2.3. De otro lado, en nuestro ordenamiento jurídico, por regla general, rige el principio de aplicación inmediata de las normas -irretroactividad de las leyes-, el cual implica que toda norma debe regir a partir del momento en que empieza su vigencia hasta su derogación y será aplicada a todas aquellas relaciones jurídicas que surjan durante dicho periodo. En ese sentido, de efectuarse una contratación complementaria, serán de aplicación las normas vigentes al momento de su celebración, por constituir una relación jurídica distinta de la original. (Opinión N.º 105-2007/DOP, de 30-11-2007, ff. 2.2 y 2.3. Dirección de Operaciones. Texto completo: <bit.ly/2UFpNOy>).

§ 1901. El contrato complementario debe incorporar aquellas penalidades especiales que fueron previstas en el contrato original. 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: *“La Entidad consulta sobre la posibilidad de que en un contrato complementario se pueda modificar, suprimir o adicionar penalidades especiales - distintas a la penalidad por mora - previstas en el contrato original [...]”* 2.1. [C]onstituye condición necesaria para que pueda celebrarse un contrato complementario, entre otras, que éste preserve aquellas condiciones que dieron lugar a la adquisición o contratación original. 2.2. En ese sentido, el contrato complementario debe incorporar aquellas penalidades especiales -distintas a la penalidad por mora- que fueron previstas en el contrato original, sin que se puedan efectuar supresiones, modificaciones o adiciones que generen regulaciones más onerosas para el proveedor o que, por el contrario, fueran más beneficiosas. Lo contrario implicaría generar incentivos negativos para la celebración de dicho acuerdo -como sucede cuando se pretende incluir penalidades más onerosas para el proveedor- o que se afecten principios sustanciales del procedimiento -cuando se pretende incluir penalidades más beneficiosas para el proveedor- como la transparencia, libre competencia o trato justo e igualitario de proveedores, al incorporarse condiciones favorables no conocidas por los proveedores participantes del proceso de selección. (Opinión N.º 074-2008/DOP, de 06-10-2008, ff. 2, 2.1 y 2.2. Dirección de Operaciones. Texto completo: <bit.ly/2Bhb1GI>).

§ 1902. Aplicación de fórmulas de reajuste dentro de un contrato complementario. CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.2. “¿Si el Contrato Original contemplaba una cláusula de ajuste de la retribución de cargo de la entidad, la cual se aplicaba de manera anual, a partir del segundo año del Contrato Original y hasta la finalización del mismo, ¿se debe entender que en un Contrato Complementario, en donde el servicio se ha venido prestando de manera continuada, la entidad debe reconocer el reajuste conforme al Contrato Original de manera continuada y no esperar a que pase el primer año del Contrato Complementario para recién aplicar el reajuste?”. 2.2.2. [...] [Si] se diera el caso que un contrato ha culminado habiéndose aplicado fórmulas de reajuste, el contrato complementario debe recoger los precios reajustados. Sin embargo, no debe olvidarse que la contratación complementaria determina una nueva relación contractual, conformándose un nuevo contrato; por tanto, si bien se incorporan las mismas condiciones del contrato original, estas pertenecen al nuevo contrato, es así que por ejemplo el plazo se contabiliza desde la suscripción del contrato complementario, no pudiendo acumularse con el plazo del contrato original. Asimismo, se debe considerar lo señalado en el primer párrafo del artículo 182 del Reglamento [cfr. art. 174.1 del Nuevo Reglamento], el cual precisa que la contratación complementaria se realiza por única vez y en tanto culmine el proceso de selección convocado, hasta por un máximo del treinta por ciento (30%) del monto del contrato original. De lo señalado, se desprende que la duración de un contrato complementario se encuentra condicionada a la culminación del proceso de selección convocado y el límite del treinta por ciento (30%) del monto del contrato original. Estas, son restricciones que la Entidad debe tener presente al momento de evaluar la procedencia de aplicar las fórmulas de reajuste en un contrato complementario, toda vez que deben respetarse dichos parámetros, de forma tal que no se desnaturalicen las condiciones previstas por la normativa de contrataciones del Estado para la procedencia de una contratación complementaria. [...] 3.3. La aplicación de fórmulas de reajuste dentro de un contrato complementario, es una decisión que corresponde sea evaluada por la propia Entidad, en función a las condiciones previstas por el artículo 182 del Reglamento para la contratación complementaria. (Opinión N.º 152-2015/DTN, de 28-09-2015, ff. 2.2, 2.2.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BjCCXT>).

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 1903. Un contrato complementario supone la existencia de un nuevo contrato (art. 174.1). PRONUNCIAMIENTO: [El] artículo 182º del Reglamento [cfr. art. 174 del Nuevo Reglamento] establece que dentro de los tres (3) meses posteriores a la culminación del contrato, la Entidad podrá contratar complementariamente bienes y servicios con el mismo contratista, por única vez y en tanto culmine el proceso de selección convocado, hasta por un máximo del treinta por ciento (30%) del monto del contrato original, siempre que se trate del mismo bien o servicio y que el contratista preserve las condiciones que dieron lugar a la adquisición o contratación. Cabe precisar que, dicho vínculo se materializará a través de la celebración de un nuevo contrato, que dará lugar al nacimiento de una relación jurídica distinta a aquella inicialmente entablada entre la Entidad y el contratista. En tal sentido, toda vez que la contratación complementaria determina la suscripción de un nuevo contrato, aunque con el mismo contratista y en las mismas condiciones del contrato original [...]. (Pronunciamento N.º 324-2010/DTN, de 21-10-2010, Observación N.º 7: Contra la acreditación del factor denominado experiencia del postor. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RZjVmr>).

CAPÍTULO VI OBRAS

Artículo 175: Requisitos adicionales para la suscripción del contrato de obra

175.1. Para la suscripción del contrato de ejecución de obra, adicionalmente a lo previsto en el artículo 139 el postor ganador cumple los siguientes requisitos:

a) Presentar la constancia de Capacidad Libre de Contratación expedida por el RNP, salvo en los contratos derivados de procedimientos de contrataciones directas por la causal de carácter de secreto, secreto militar o por razones de orden interno.

b) Entregar el Programa de Ejecución de Obra (CPM), el cual presenta la ruta crítica y el calendario de avance de obra valorizado.

c) Entregar el calendario de adquisición de materiales o insumos necesarios para la ejecución de obra, en concordancia con el calendario de avance de obra valorizado. Este calendario se actualiza con cada ampliación de plazo otorgada, en concordancia con el calendario de avance de obra valorizado vigente.

d) Entregar el calendario de utilización de equipo, en caso la naturaleza de la contratación lo requiera.

e) Entregar los análisis de costos unitarios de las partidas y detalle de gastos generales que da origen a la oferta, en caso de obras sujetas al sistema de precios unitarios.

f) Entregar el desagregado por partidas que dio origen a su propuesta, en el caso de obras sujetas al sistema de suma alzada

175.2. Los documentos indicados en los literales b), c) y d) precedentes son acompañados de una memoria en la que se señalen las consideraciones que se han tomado en cuenta para su elaboración.

175.3. Los documentos señalados en los literales b), c) y d) son revisados y aprobados de acuerdo al procedimiento previsto en los numerales 176.4 y 176.5 del artículo 176. ^{(1) (a)}

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

(1) Rectificado por fe de erratas (12-01-2019)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 013-2016-OSCE/CD, "Procedimiento de expedición de las constancias de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado, capacidad libre de contratación e informativa de no estar inhabilitado o suspendido" (EP, 11-01-2016) [D-013].

DEFINICIONES

CALENDARIO DE AVANCE DE OBRA VALORIZADO: El documento en el que consta la valorización de las partidas de la obra, por períodos determinados en las bases o en el contrato y que se formula a partir del Programa de Ejecución de Obra.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1904. El calendario de avance de obra entra en vigencia junto con los demás extremos del contrato, al día siguiente de efectuada la suscripción del contrato entre la Entidad y el contratista.

CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. "En una Convocatoria para la Contratación de ejecución de obras, ¿en qué momento el Calendario entregado por el Contratista para la suscripción del Contrato pasa a formar parte de este?, ¿en qué momento este Calendario entra en vigencia? [...]" [...] 2.1.3. [Debe] indicarse que de conformidad con el primer párrafo del artículo 142 del anterior Reglamento [cfr. art. 138 del Nuevo Reglamento], "El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato." (El subrayado es agregado). De esta manera, el calendario de avance de obra al establecer obligaciones para las partes y al estar señalado en el contrato, constituía parte integrante del mismo; en consecuencia, dicho calendario entraba en vigencia, junto con los demás extremos del contrato, al día siguiente de efectuada la suscripción del documento correspondiente por parte de la Entidad y el postor ganador de la Buena Pro. (Opinión N.º 203-2016/DTN, de 23-12-2016, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ag2IKM>).

§ 1905. Durante la ejecución contractual cuando el vencimiento de un plazo para ejecución y/o presentación de entregables tenga como vencimiento un día inhábil, se debe entender que dicho plazo vencerá el primer día hábil siguiente. 3. CONCLUSIONES. 3.1. Cuando el plazo con el que cuenta un contratista para ejecutar la prestación a favor de la Entidad venza en día inhábil, se

entenderá que dicho plazo vence el primer día hábil siguiente. 3.2. A efectos de computar los días de atraso para la aplicación de la penalidad indicada en el artículo 133 del Reglamento [cfr. art. 166 del Nuevo Reglamento] cuando el plazo con el que cuenta un contratista para ejecutar la prestación a favor de la Entidad venza en día inhábil, debe tomarse en cuenta el primer día hábil siguiente, aplicándose la penalidad correspondiente desde el día posterior a éste, de conformidad con los términos contractuales. (Opinión N.º 183-2018/DTN, de 12-12-2018, ff. 3.1 al 3.2. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2W7vK8R>).

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 1906. La programación de obra PERT-CPM es solicitable como requisito para la suscripción del contrato, mas no como parte de la propuesta técnica. 3.6. El artículo 239º del Reglamento [cfr. art. 175 del Nuevo Reglamento] establece que para la suscripción del contrato de ejecución de obra, adicionalmente a lo previsto en el artículo 200º [cfr. art. 139 del Nuevo Reglamento], el postor deberá cumplir, entre otros requisitos, con designar el Residente de Obra cuando no haya formado parte de la propuesta técnica y entregar el calendario de avance de obra valorizado en concordancia con el cronograma de desembolsos establecidos y sustentado en la programación de obra PERT-CPM concordante con el plazo, la misma que deberá ser presentada. No obstante ello, en el numeral 24.01 de las bases se señala que el Contratista deberá entregar dichos documentos dentro de los cinco (5) días siguientes de suscrito el contrato, lo cual se contrapone a la norma antes descrita, por lo que deberá realizarse la adecuación correspondiente. (Pronunciamiento N.º 219-2007/DOP, de 19-07-2007, f. 3.7. Dirección de Operaciones. Texto completo: <bit.ly/2Rpambr>).

REMISIÓN

§ 1906a. Sobre el procedimiento de expedición de las constancias de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado, capacidad libre de contratación e informativa de no estar inhabilitado o suspendido. Véase la jurisprudencia de la Directiva N.º 013-2016-OSCE/CD [§ 2238].

Artículo 176: Inicio del plazo de ejecución de obra

176.1. El inicio del plazo de ejecución de obra rige desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que la Entidad notifique al contratista quién es el inspector o el supervisor, según corresponda;
- b) Que la Entidad haya hecho entrega total o parcial del terreno o lugar donde se ejecuta la obra, según corresponda;
- c) Que la Entidad provea el calendario de entrega de los materiales e insumos que, de acuerdo con las bases, hubiera asumido como obligación;
- d) Que la Entidad haya hecho entrega del Expediente Técnico de Obra completo, en caso este haya sido modificado con ocasión de la absolución de consultas y observaciones;
- e) Que la Entidad haya otorgado al contratista el adelanto directo, en las condiciones y oportunidad establecidas en el artículo 181.

176.2. Para iniciar la ejecución de una obra que requiera supervisión, puede designarse un inspector de obra o un equipo de inspectores siempre que se encuentre convocado el procedimiento de selección para contratar al supervisor. En dicho caso, solo puede mantenerse la participación del inspector o equipo de inspectores en tanto el monto de la valorización acumulada de la obra no supere el límite establecido por la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año correspondiente.

176.3. Cuando las bases establezcan la obligación de constituir un fideicomiso para la entrega de los adelantos, esta no es una condición para el inicio del plazo de ejecución de obra.



176.4. Para efectos de la aprobación de los documentos indicados en los literales b), c) y d) del numeral 175.1 del artículo 175, el supervisor o inspector dentro de los siete (7) días de suscrito del contrato de obra, emite su conformidad sobre dichos documentos e informa a la Entidad. En caso se encuentren observaciones, las hace de conocimiento del contratista, quien dentro de los ocho (8) días siguientes las absuelve y, de ser el caso, concuerda la versión definitiva de los mismos. En caso de falta de acuerdo, se considera como válidas las observaciones del supervisor o inspector que no hubieran sido levantadas o concordadas debiendo remitir a la Entidad la versión final de dichos documentos como máximo dentro de los quince (15) días de suscrito el contrato.

176.5. Recibido el informe del supervisor, la Entidad tiene cinco (5) días hábiles para aprobarlo. En caso se observe, se consideran los calendarios del expediente técnico de la obra, sin perjuicio de que cualquier discrepancia pueda ser sometida por el contratista al mecanismo de solución de controversias que corresponda.

176.6. Mientras se aprueban los documentos señalados en el literal en los literales b), c) y d) del numeral 175.1 del artículo 175, se consideran los calendarios del expediente técnico de obra.

176.7. Las condiciones a que se refiere el numeral 176.1, son cumplidas dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato. En caso no se haya solicitado la entrega del adelanto directo, el plazo se inicia con el cumplimiento de las demás condiciones.

176.8. Si la Entidad no cumple con las condiciones señaladas en numeral 176.1, el contratista puede iniciar el procedimiento de resolución del contrato dentro del plazo de quince (15) días de vencido el plazo previsto en el numeral anterior. Asimismo, en el mismo plazo tiene derecho a solicitar resarcimiento de daños y perjuicios debidamente acreditados, hasta por un monto equivalente al cinco por diez mil (5/10 000) del monto del contrato por día y hasta por un tope de setenta y cinco por diez mil (75/10 000). La Entidad se pronuncia sobre dicha solicitud en el plazo de diez (10) días hábiles de presentada. Respecto al derecho de resarcimiento, el contratista puede iniciar un procedimiento de conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles de vencido el plazo con el que cuenta la Entidad para pronunciarse sobre la solicitud.

176.9. La Entidad puede acordar con el contratista diferir la fecha de inicio del plazo de ejecución de la obra en los siguientes supuestos:

a) Cuando la estacionalidad climática no permite el inicio de la ejecución de la obra, hasta la culminación de dicho evento.

b) En caso la Entidad se encuentre imposibilitada de cumplir con las condiciones previstas en los literales a) o b) del numeral 176.1 del presente artículo, hasta el cumplimiento de las mismas.

176.10. En los supuestos previstos en el numeral anterior, no resulta aplicable el resarcimiento indicado en numeral 176.8 y se suspende el trámite de la solicitud y entrega del adelanto directo, debiendo reiniciarse quince (15) días antes de la nueva fecha de inicio del plazo de ejecución.

176.11. Las circunstancias invocadas para suspender el inicio del plazo de ejecución de la obra, se sustentan en un informe técnico que forma parte del expediente de contratación, debiéndose suscribir la acta correspondiente.

PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA DEL OSCE

§ 1907. Respecto a la entrega de la copia completa del expediente técnico a los participantes. 4. [...] [Este] Organismo Supervisor decide establecer que el [...] presente pronunciamiento constituya precedente administrativo de observancia obligatoria, estableciéndose como reglas que: 1. Considerando que es responsabilidad de la Entidad cumplir con entregar la copia del expediente técnico completo a los participantes, el Comité Especial [léase Comité de Selección], como responsable de la conducción integral del proceso de selección, debe contar con la constancia o formulario de cargos en donde conste que el participante recibió el expediente técnico completo y adjuntarlo como parte de la absolución de la consulta y/u observación, según corresponda, siendo que, de no tener dicha documentación no podría desvirtuarse lo observado por el recurrente, advirtiéndose la configuración de un vicio de nulidad,

siendo competencia del Titular de la Entidad declarar la nulidad del proceso conforme a los alcances del artículo 56 de la Ley [cfr. art. 44 de la Ley vigente], de modo que aquél se retrotraiga a la etapa en la cual se generó el vicio, a fin de que ese acto y los subsiguientes se realicen de acuerdo con la normativa vigente [referido al Decreto Legislativo N.º 1017 y su Reglamento]. Además, es preciso destacar que, de no cumplirse con lo señalado precedentemente se da por confirmada la transgresión observada por el recurrente. (Pronunciamiento N.º 1149-2015/DSU, de 28-09-2015, f. 4. Dirección de Supervisión. Texto completo: <bit.ly/2G8YsRN>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1908. Periodo en el que el contratista debe ejecutar las prestaciones a su cargo. Condiciones previstas para dar inicio al plazo de ejecución de obra. CONSULTA: 2.1. “¿La fecha de la entrega de terreno marca el inicio de los trabajos efectivos de los profesionales propuestos por el Contratista, considerando que la única fecha inequívoca para el inicio de labores efectivas de los especialistas es la fecha de entrega del terreno o lugar donde se ejecutara la obra [...]?” [...] 2.2. “¿Es posible que la fecha inicio de ejecución de una Obra, y por ende del inicio de las labores efectivas de los profesionales propuestos por el Contratista, COINCIDAN con la fecha de la firma de un contrato, considerando que de acuerdo con el artículo 152 del RLCE [Decreto Supremo N.º 350-2015-EF] para dar inicio a la ejecución de una obra como mínimo se requiere cumplir primero con varios requisitos, entre ellos la entrega del terreno que es el lugar donde se ejecutara la obra?” [...] 2.1.1. [...] [La] normativa de contrataciones del Estado establece que para dar inicio al periodo en el que el contratista debe ejecutar las prestaciones a su cargo es necesario que se cumplan -de manera concurrente- las condiciones señaladas en el numeral 152.1 del artículo 152 del Reglamento [cfr. art. 176 del Nuevo Reglamento]. Si bien el inicio del plazo de ejecución de obra se encuentra supeditado al cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 152 del Reglamento; el contratista -en una decisión de su exclusiva responsabilidad- puede comenzar con los trabajos propios de la obra, aun cuando se encuentre pendiente el cumplimiento de alguno de los requisitos antes mencionados, siempre que su ejecución sea físicamente posible y técnicamente viable para lo cual es imprescindible haberse hecho entrega del terreno [...]. 2.2.1. Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, el periodo en el que el contratista debe ejecutar las prestaciones a su cargo se inicia al día siguiente de que se cumplen -de manera concurrente- las condiciones señaladas en el numeral 152.1 del artículo 152 del Reglamento [cfr. art. 176.1 del Nuevo Reglamento]. Al respecto, cabe señalar que el numeral 152.1 del artículo 152 del Reglamento establece que las condiciones previstas para dar inicio al plazo de ejecución de obra “(...) deben ser cumplidas dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato (...)”. [...]. (Opinión N.º 012-2018/DTN, de 24-01-2018, ff. 2.1, 2.1.1 y 2.2, 2.2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r3sdtK>).

§ 1909. No existe en la normativa restricción respecto al número de certificados o constancias para acreditar la experiencia del personal clave propuesto por los postores, ni tampoco que se presenten constancias de experiencias de manera parcial siempre y cuando la experiencia que acredita sea real. CONSULTA: 2.5 “¿Se debería excluir de la experiencia aquellos plazos en los que el profesional hubiera suspendido sus servicios o hubiera solicitado algún permiso con o sin goce de haber, con una extensión relevante, considerando que en dicho periodo el profesional no laboro? De ser afirmativa la respuesta ¿el Contratista puede emitir varias constancias o certificados en la medida que en su conjunto recojan la experiencia realmente ejecutada de dicho profesional en Obra?” [...] 2.6 “¿Constituiría documento falso o inexacto la emisión de Certificados parciales de trabajo de profesionales, cuando la sumatoria de estos certificados representa la totalidad real del plazo de la experiencia del profesional en un Obra?” [...] 2.5.1. [...] [La] experiencia implica la participación en una actividad en particular, la cual genera destreza y valor agregado para su titular. En esa medida, los documentos empleados para acreditar la experiencia del personal clave en la ejecución de una obra deben permitir conocer la experiencia realmente adquirida por una persona en un periodo de tiempo determinado, no existiendo en la normativa restricción respecto al número de certificados o constancias para acreditar la experiencia de los profesionales propuestos por los postores, ni tampoco que se presenten constancias de experiencias de manera parcial siempre y



cuando la experiencia que acredita sea real. **2.6.1.** [...] [Los] documentos que se presenten para acreditar la experiencia de los profesionales propuestos demuestren de manera fehaciente la experiencia real obtenida por su titular en una obra, cabe indicar que la normativa no restringe el número de constancias, ni tampoco que puedan presentarse constancias que acrediten experiencias de profesionales de manera parcial, siempre que la suma de los períodos acrediten el tiempo de experiencia real del profesional, entendida como la destreza adquirida por la reiteración de determinada conducta en el tiempo. Finalmente debe indicarse que el Tribunal de Contrataciones del Estado en el marco de sus competencias, en diversas resoluciones, ha señalado que la documentación falsa es aquella que no ha sido expedida por el órgano emisor correspondiente o que siendo válidamente expedida, ha sido adulterada en su contenido; mientras que la información inexacta supone la presentación de documentos cuyo contenido no era concordante o congruente con la realidad, lo que constituía una forma de falseamiento de esta. (Opinión N.º 012-2018/DTN, de 24-01-2018, ff. 2.5, 2.6, 2.5.1 y 2.6.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r3sdtK>).

§ 1910. La realización de avances físicos de la obra antes del inicio de plazo de ejecución de obra, sin el consentimiento de las partes, constituye una trasgresión a la normativa de Contrataciones con el Estado. CONSULTA: **2.1.** “¿Existe posibilidad de valorizar y pagar trabajos ejecutados luego de suscrito el contrato y antes del inicio de plazo de ejecución de obra?” [...] **2.1.2.** [...] [E]l contratista no debía iniciar las actividades que implicaban el avance físico de la obra antes del cumplimiento de las condiciones indicadas en el artículo 184 del anterior Reglamento [cfr. art. 176 del Nuevo Reglamento] en consecuencia, la realización de los trabajos propios de la obra así como su valorización, antes de que se cumplan las referidas condiciones, constituía una trasgresión a la anterior normativa de contrataciones del Estado. **2.1.3.** Ahora bien, debe precisarse que en la línea de lo señalado por este Organismo Supervisor en la Opinión N.º 100-2014/DTN, si -con el consentimiento de las partes- se iniciaban los trabajos correspondientes al avance físico de la obra, antes del cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 184 del anterior Reglamento, en los hechos se habría dado inicio al plazo de ejecución; ante lo cual correspondía que la Entidad evalúe el pago de las valorizaciones presentadas y que determine las responsabilidades administrativas generadas por la trasgresión a la anterior normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 075-2016/DTN, de 20-05-2016, ff. 2.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QONwOI>).

§ 1911. Si la entidad no cumple con entregar el expediente técnico no se da por iniciado el plazo contractual (art. 176.8). CONSULTA Y ANÁLISIS: **2.1.** “¿Qué ocurre si en una obra pública de cualquier tipo, la Entidad contratante no cumple con entregar el expediente técnico de obra completo al contratista de la Obra? Se puede dar por iniciado el plazo contractual”. [...] **3.** CONCLUSIÓN: Si dentro de los quince (15) días siguientes a la suscripción del contrato una Entidad no cumple con entregar el expediente técnico de obra completo al contratista, o entrega un expediente incompleto o distinto al que formó parte de las Bases integradas, el plazo de ejecución de la obra no podrá iniciarse, generándose el derecho en el contratista al resarcimiento de daños y perjuicios, e incluso la potestad de iniciar el procedimiento de resolución del contrato dentro de los quince (15) días siguientes al vencimiento del plazo antes mencionado. (Opinión N.º 063-2013/DTN, de 02-08-2013, ff. 2.1 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FpSP>).

§ 1912. Documentos que se debe presentar para acreditar la experiencia del personal clave propuesto en la ejecución de una obra. Véase la jurisprudencia en el artículo 49º del Nuevo Reglamento [§ 1286]. (Opinión N.º 012-2018/DTN, de 24-01-2018, ff. 2.3 y 2.3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r3sdtK>).

§ 1913. La disponibilidad del terreno y la aprobación del expediente de contratación son requisitos que deben ser cumplidos sin mediar ningún tipo de orden o secuencia necesario. Véase la jurisprudencia del artículo 41º del Nuevo Reglamento [§ 1161]. (Opinión N.º 064-2016/DTN, de 02-05-2016, ff. 1.1 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo <bit.ly/2G9EiQL>).

Artículo 177: Revisión del expediente técnico de obra

Dentro de los quince (15) días calendario del inicio del plazo de ejecución de obra, para el caso de obras cuyo plazo sea menor o igual a ciento veinte (120) días y dentro de los treinta (30) días calendario para obras cuyo plazo sea mayor a ciento (120) días calendario, el contratista presenta al supervisor o inspector de obra, un informe técnico de revisión del expediente técnico de obra, que incluya entre otros, las posibles prestaciones adicionales, riesgos del proyecto y otros aspectos que sean materia de consulta. El supervisor o inspector dentro del plazo de siete (7) días calendario para obras con plazo menor o igual a ciento veinte (120) días y diez (10) días calendario para obras con plazo mayor a ciento veinte (120) días, eleva el informe técnico de revisión del expediente técnico de obra a la Entidad, con copia al contratista, adjuntando su evaluación, pronunciamiento y verificaciones propias realizadas como supervisión o inspección.

Artículo 178: Suspensión del plazo de ejecución

178.1. Cuando se produzcan eventos no atribuibles a las partes que originen la paralización de la obra, estas pueden acordar por escrito la suspensión del plazo de ejecución de la misma, hasta la culminación de dicho evento, sin que ello suponga el reconocimiento de mayores gastos generales y costos directos, salvo aquellos que resulten necesarios para viabilizar la suspensión.

178.2. Reiniciado el plazo de ejecución de la obra corresponde a la Entidad comunicar al contratista la modificación de las fechas de ejecución de la obra, respetando los términos en los que se acordó la suspensión.

178.3. Cuando se produzca la suspensión del contrato de obra según lo previsto en el numeral 178.1 precedente, corresponde también la suspensión del contrato de supervisión sin que ello suponga el reconocimiento de mayores gastos generales y costos directos, salvo aquellos que resulten necesarios para viabilizar la suspensión. Esta disposición también se aplica en caso la suspensión de la ejecución de la obra se produzca como consecuencia del sometimiento a arbitraje de una controversia. Lo dispuesto en este numeral resulta aplicable a los contratos de supervisión de servicios.

178.4. El contratista puede suspender la ejecución de la prestación en caso la Entidad no cumpla con el pago de tres (3) valorizaciones consecutivas; para tal efecto, el contratista requiere mediante comunicación escrita que la Entidad pague por lo menos una (1) de las valorizaciones pendientes en un plazo no mayor de diez (10) días. Si vencido el plazo el incumplimiento continúa el residente anota en el cuaderno de obra la decisión de suspensión, que se produce al día siguiente de la referida anotación.

178.5. La suspensión del plazo regulado en el numeral anterior da lugar al pago de mayores gastos generales variables, directamente vinculados, debidamente acreditados. En este caso también corresponde la suspensión del contrato de supervisión, aplicándose la regla contenida en el presente numeral.

178.6. En caso se resuelva el contrato de ejecución de obra, las partes pueden acordar suspender el plazo de supervisión hasta que se contrate la ejecución del saldo de obra.

178.7. Cuando se resuelva el contrato de supervisión, las partes pueden acordar suspender el plazo de ejecución del contrato de ejecución de obra, hasta que se contrate un nuevo supervisor.

178.8. Lo dispuesto en los numerales 178.6 y 178.7 del presente artículo resulta aplicable a otros contratos que por su naturaleza requieran supervisión.

178.9. En los casos descritos en los numerales 178.6 y 178.7, la suspensión no genera el reconocimiento de mayores gastos generales ni costos directos, salvo aquellos que resulten necesarios para viabilizar la suspensión.

DEFINICIONES

GASTOS GENERALES: Son aquellos costos indirectos que el contratista efectúa para la ejecución de la prestación a su cargo, derivados de su propia actividad empresarial, por lo que no pueden ser incluidos dentro de las partidas de las obras o de los costos directos del servicio.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1914. **Noción y alcances del término “eventos no atribuibles a las partes” (art. 178.1). 2.** CONSULTA Y ANÁLISIS: “¿Qué se entiende por “evento no atribuible a las partes” al amparo del artículo 153º del Reglamento de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 150-2015-EF; modificada por el artículo 1 del Decreto Supremo N.º 056-2017-EF?”. [...] **2.3.** [Es] importante señalar que -por regla general- los eventos no atribuibles a las partes son hechos ajenos a su voluntad; en ese contexto, tal como lo describe la doctrina, el hecho ajeno es “el acontecimiento ajeno a la voluntad del deudor, que debe originarse en una causa extraña a su libre voluntad. Se trata pues de un hecho que no proviene directamente de su persona, ni tampoco de un acto que él no realice en uso de su libertad, discernimiento, conciencia, voluntad, intención.” [...]. En este sentido, en el marco de lo establecido en el numeral 153.1 del artículo 153 del Reglamento [cfr. art. 178.1 del Nuevo Reglamento], los eventos no atribuibles a las partes deben ser entendidos como aquellos acontecimientos ajenos a la voluntad de las partes que producen la paralización de la obra; en tal sentido no son imputables a ninguna de ellas. [...] [Son] ejemplos típicos de caso fortuito y de fuerza mayor, respectivamente, un terremoto, lluvias -o cualquier desastre producido por fuerzas naturales- y una expropiación (mediante la dación de una Ley por parte del Poder Legislativo), un paro regional. Sobre el particular, es necesario precisar que un hecho o evento extraordinario se configura cuando, tal como lo indica la misma palabra, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera del orden natural o común de las cosas. Asimismo, un hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud razonable de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible. Adicionalmente, el que un hecho o evento sea irresistible significa que el deudor no tiene posibilidad de evitarlo, es decir, no puede impedir, por más que lo desee o intente, su acaecimiento. De esta manera, se advierte que la configuración de un “caso fortuito o fuerza mayor” exime de responsabilidad a las partes, específicamente, a la parte que se ve imposibilitada de ejecutar las prestaciones a su cargo; pudiendo constituirse -entre otros supuestos- como un evento no atribuible a las partes. **2.4.** Por las consideraciones expuestas, se infiere que en el marco de lo establecido por el numeral 153.1 del artículo 153 del Reglamento, los “eventos no atribuibles a las partes” son aquellos que recaen en acontecimientos ajenos a su voluntad, que originan la paralización de la obra, y en virtud de los cuales puede acordarse la suspensión de su plazo de ejecución; tales eventos pueden sustentarse -entre otros casos- sobre la base de la configuración de un “caso fortuito o fuerza mayor”. (Opinión N.º 053-2018/DTN, de 23-04-2018, ff. 2, 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2S9KGQg>).

§ 1915. **La Entidad puede modificar el precio unitario a ser empleado en la ejecución del saldo de obra. La propia normativa de contrataciones del Estado contempla la posibilidad de efectuar reajustes de precios con la finalidad de actualizar el valor de los elementos que intervienen en la ejecución de una obra a la fecha correspondiente al mes de pago de la valorización, lo cual podría generar una variación en el precio unitario inicialmente fijado.** Véase la jurisprudencia en el artículo 194º del Nuevo Reglamento [§ 1966]. (Opinión N.º 103-2017/DTN, de 12-04-2017, ff. 2.1, 2.2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Srhh4I>).

Artículo 179: Residente de Obra

179.1. Durante la ejecución de la obra se cuenta, de modo permanente y directo, con un profesional colegiado, habilitado y especializado designado por el contratista, previa conformidad de la Entidad, como residente de la obra, el cual puede ser ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, con no menos de dos (2) años de experiencia en la especialidad, en función de la naturaleza, envergadura y complejidad de la obra.

179.2. Por su sola designación, el residente representa al contratista como responsable técnico de la obra, no estando facultado a pactar modificaciones al contrato.

179.3. El residente de obra no puede prestar servicios en más de una obra a la vez, salvo lo previsto en el siguiente numeral.

179.4. En el caso de obras convocadas por paquete, la participación permanente, directa y exclusiva del residente son definidos en los documentos del procedimiento de selección por la Entidad, bajo responsabilidad, teniendo en consideración la complejidad y magnitud de las obras a ejecutar.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 1916. **Funciones del residente de obra y alcances de su prestación. Resulta contrario que un mismo profesional se desempeñe como residente y asistente de una misma obra, debido a que incumpliría su obligación de permanencia en la obra.** 11. [...] [Por] el término “permanentes”, debe entenderse que el profesional designado como residente de obra debe estar en el lugar de la obra durante el periodo de ejecución de la misma, entendiéndose que aquél debe realizar sus funciones de manera personal, sin intermediarios. En ese orden de Ideas, no es posible sostener que el profesional designado como residente de obra efectúe dicha prestación en varias obras de manera paralela ni que una persona pueda ejercer el cargo de residente y asistente de obra a la misma vez y en una misma obra. Respecto de esto último, es menester enfatizar que las funciones que desempeña un asistente de residente son totalmente distintas a las funciones que desempeña un residente de obra, toda vez que éste último tiene la responsabilidad de la ejecución de la obra y, por tanto, la administración de recursos humanos, materiales, equipos, entre otros. Es decir, tiene otras funciones y características de especialidad, por lo que se puede concluir válidamente que ambos cargos no son compatibles. Resultaría contrario que un mismo profesional se desempeñe como residente y asistente de una misma obra, debido a que incumpliría su obligación de permanencia en la obra. A mayor abundamiento, si bien las funciones que desempeña el residente de obra no son compatibles con la que desempeña el asistente de residente, es claro que existe una relación entre ambos cargos, lo cual hace que éste último se encuentre en estado de sujeción del primero, es decir, las funciones que desempeña son supervisadas por el residente. Ambos ejercen funciones durante la ejecución de una obra, con la particularidad que la presencia del residente es permanente. Bajo dicha premisa, un mismo profesional no puede ser asistente y residente de una misma obra, es decir, asistente de sí mismo o supervisarse a sí mismo. (Resolución N.º 2235-2016-TCE-S1, de 16-09-2016, f. 11. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2TDzwEY>).

§ 1917. **Diferencias entre las actividades del residente de obra y el supervisor de obra.** 17. Respecto del Ing. Asistente CTA sostuvo que la experiencia adjuntada como Ingeniero Residente de las obras “Red Primaria y Secundaria del Caserío de La Palma” y la “Red Primaria y Secundaria del Caserío de Piruash” no deben ser considerado como similares. 18. Sobre el particular es necesario destacar que el [...] Reglamento define al residente de obra como el profesional colegiado (ingeniero o arquitecto), habilitado y especializado designado por el contratista ejecutor de obra, encargado del correcto desarrollo y desenlace de la obra según las especificaciones técnicas y planos contenidos en el expediente técnico obra. 19. En este sentido, el ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de la obra, es el responsable que la ejecución de una determinada obra se efectúe de acuerdo a los lineamientos técnicos estipulados por la Entidad y aquellos que su profesión le exige. 20. En este caso, las actividades a los que se refieren los contratos, son similares al de la supervisión en razón de que comparten actividades similares como es la lectura e interpretación de planos y expedientes técnicos de obra, existiendo una interrelación entre ambas, pues mientras uno es responsable de lo que ejecuta o construye, el otro supervisa la corrección de la obra, por lo que en razón de su naturaleza, la conformación de sus actividades, funciones y operatividad, la actividad de residente es similar a la de supervisor de manera general. Debemos entender que la labor de residente de obra exige una mayor complejidad debido a que implica además la responsabilidad de la ejecución de la obra, situación que no se aplica al caso de la supervisión en relación a la ejecución de la obra. 21. Con relación a lo expuesto en los párrafos precedentes, debe considerarse que el propósito de exigir la presentación de estos documentos es establecer de manera fehaciente si el postor efectuó la prestación de un determinado servicio o actividad, a fin de confirmar



su experiencia a través de la constatación de su práctica reiterada, en este caso, de actividades relacionadas con el objeto de la convocatoria, mas no idénticos o iguales a éste, motivo por el cual debe tenerse como válidas los contratos presentados por el postor adjudicatario con el fin de acreditar la experiencia en este rubro. (Resolución N.º 1392-2007-TC-S2, de 17-09-2007, ff. 17 al 20. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2TuYVRp>).

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 1918. Para acreditar la experiencia del residente de obras podrá presentarse no solo la experiencia como residente en obras similares, sino también la experiencia como supervisor y/o inspector en obras similares al objeto de la convocatoria. PRONUNCIAMIENTO: [...] [R]especto a la acreditación de la experiencia del residente de obras con trabajos realizados como supervisor y/o inspector de obra, resulta necesario señalar que este Organismo Supervisor ha analizado las actividades técnicas y operativas que desempeñan ambos profesionales durante la ejecución de las obras, concluyendo que si bien, de manera general, podrían encargarse de aspectos diferentes, por cuanto uno está encargado de la ejecución de la obra en representación del contratista y el otro de la supervisión de la labor del contratista, durante la ejecución del contrato y para que éste se concrete, ambos deben tener experiencia en comprender e interpretar todos los procedimientos constructivos contenidos en el expediente técnico de obra y, a su vez, tener capacidad de organización, toda vez que esto conllevará a ejecutar la obra dentro del plazo establecido y en el costo previsto. En esa medida, la experiencia obtenida como residente de obra sería semejante a la experiencia obtenida como supervisor de obra, por lo que este Organismo Supervisor ha decidido ACOGER la Observación N.º 6, debiendo precisarse que para efectos de la acreditación de la experiencia del residente de obras podrá presentarse no solo la experiencia como residente en obras similares, sino también la experiencia como supervisor y/o inspector en obras similares al objeto de la convocatoria. (Pronunciamento N.º 251-2011/DTN, de 10-08-2011, Observación N.º 6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DUrTVr>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 1919. Precisiones de los términos “supervisor” y “residente”. Véase la jurisprudencia del artículo 190º del Nuevo Reglamento [§ 1957]. (Opinión N.º 010-2017/DTN, de 12-01-2017, ff. 2.1, 2.2, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BQowxT>).

Artículo 180: Clases de Adelantos

Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer los siguientes adelantos:

- a) Directos, los que en ningún caso exceden en conjunto el diez por ciento (10%) del monto del contrato original.
- b) Para materiales o insumos, los que en conjunto no superan el veinte por ciento (20%) del monto del contrato original

OPINIONES DEL OSCE

§ 1920. Precisión del término “insumos”. CONSULTA: 2.2. “¿A qué se refiere el Reglamento con ‘insumos?’”. 2.2.1. [...] [T]eniendo en cuenta que los “insumos” son aquellos bienes que serán empleados en la ejecución de una obra, cuando el Reglamento contempla la posibilidad de que la Entidad otorgue el adelanto para materiales e insumos, lo hace con la finalidad que el contratista pueda adquirir los bienes o elementos que serán empleados en los trabajos propios de la obra y que quedarán incorporados en esta. (Opinión N.º 018-2017/DTN, de 31-11-2017, ff. 2.2 y 2.2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RBUxON>).

§ 1921. **Posibilidad de otorgar adelantos para materiales e insumos en la ejecución de prestaciones adicionales de obra.** 2.2. [...] [La] entrega del adelanto para materiales o insumos está estrechamente vinculada con el calendario de adquisición de materiales o insumos entregado por el contratista, pues este tipo de adelanto tiene por finalidad que los contratistas dispongan de los materiales o insumos necesarios para la ejecución de la obra en la oportunidad señalada en dicho calendario. Por tanto, para que proceda la entrega del adelanto para materiales o insumos es necesario que, además de haber cumplido con las condiciones generales para la entrega de adelantos establecidas en el artículo 38 de la Ley entre ellas, la entrega de la respectiva garantía-, el contratista lo solicite en el plazo previsto en las Bases, para que, a su vez, la Entidad cumpla con entregárselo en el plazo respectivo, todo ello antes de la fecha prevista en el calendario para el uso de los materiales o insumos en la ejecución de la obra. 2.3. [...] [Es] importante precisar que la aprobación de una prestación adicional de obra implica que el contratista presente un calendario de adquisición de materiales o insumos propio de tal prestación, dada la necesidad de mayores materiales o insumos en oportunidades distintas a las previstas para la obra principal en ejecución. 2.4. De conformidad con lo expuesto, si bien la normativa de contrataciones del Estado no regula expresamente la posibilidad de otorgar adelantos para materiales o insumos para la ejecución de prestaciones adicionales de obra, debe tenerse en consideración que, tal como se ha precisado previamente, la finalidad de los adelantos es otorgar financiamiento y/o liquidez a los contratistas para facilitar la ejecución de sus prestaciones, evitándose el encarecimiento de la ejecución de las obras. En esa medida, y dado que la ejecución de una prestación adicional de obra genera la necesidad de adquirir nuevos y/o mayores materiales o insumos en oportunidades distintas a las previstas para la obra principal, es posible que el contratista solicite adelantos para adquirir tales materiales o insumos. (Opinión N.º 067-2013/DTN, de 21-08-2013, ff. 2.2, 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RMk5gm>).

§ 1922. **Condiciones para la procedencia de adelanto para insumos. El adelanto para materiales no puede formar parte del equipamiento del contratista.** CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. *“¿Es procedente que la Entidad Contratante otorgue al Contratista adelanto para insumos?”* 2.1.3. [...] [Es] procedente que la Entidad otorgue el adelanto para materiales e insumos al contratista siempre que se cumplan las siguientes condiciones: (i) que la entrega del adelanto haya sido prevista en las bases; (ii) que el contratista solicite el adelanto una vez iniciado el plazo de ejecución contractual, en la oportunidad señalada en las Bases y presentando la garantía correspondiente así como el comprobante de pago respectivo; (iii) que las solicitudes de adelanto sean realizadas considerando el calendario de adquisición de materiales o insumos presentado por el contratista; y, (iv) que el adelanto sea entregando, en su conjunto, hasta por el porcentaje contemplado en las Bases, el cual no podrá ser superior al veinte por ciento (20%) del monto del contrato original. Así, en los casos que corresponda, la Entidad debe cumplir con entregar el adelanto en el plazo previsto en las Bases, con la finalidad que el contratista disponga de los materiales o insumos necesarios para la ejecución de la obra en la oportunidad señalada en el calendario correspondiente. [...] CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.3 *“¿Es procedente que la Entidad Contratante otorgue al Contratista adelanto para materiales que no quedan incorporados a la obra?”* 2.3.1. [...] [El] adelanto para materiales e insumos sólo puede ser otorgado para la adquisición de determinados elementos en la medida que estos queden incorporados en la obra, lo cual implica que los materiales e insumos para los que se otorga el adelanto sean empleados, de forma exclusiva, en la obra y que no formen parte del equipamiento del contratista. (Opinión N.º 018-2017/DTN, de 31-11-2017, ff. 2.1, 2.1.3, 2.3 y 2.3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RBUXON>).

§ 1923. **El adelanto de 20% previsto en los contratos bajo sistema a Suma Alzada y modalidad de ejecución por Concurso oferta, se calcula en base al valor de cada prestación involucrada, sin perjuicio de que se trate de un bien o servicio (inc. b).** CONSULTA Y ANÁLISIS: *“En un contrato suscrito el año 2014, bajo el sistema a Suma Alzada y modalidad de ejecución por Concurso Oferta, cuyos componentes son la Elaboración del Expediente Técnico, Ejecución de Obra y Conservación vial. ¿Respecto al monto equivalente al 20% del Adelanto Directo, se debe otorgar del monto total del contrato o del monto de cada componente del contrato?”* [...] 2.3. [...] [Para] el caso de obras, el



artículo 186 del anterior Reglamento [cfr. art. 180 del Nuevo Reglamento] disponía que las Bases podían establecer adelantos directos al contratista “(...), *los que en ningún caso excederán en conjunto del veinte por cien (20%) del monto del contrato original*”. Al respecto, el artículo 187 Reglamento [cfr. art. 181 del Nuevo Reglamento] del mismo dispositivo regulaba el procedimiento y plazos para efectuar la solicitud y entrega del Adelanto Directo. De esta manera, se advierte que la anterior normativa de contrataciones del Estado establecía el límite máximo hasta por el cual una Entidad podía otorgar el Adelanto Directo al contratista -conforme a lo previsto en las Bases-, siendo que en contratos de bienes y/o servicios (incluidos los de consultoría de obra) dicho límite correspondía al treinta por ciento (30%) del monto del contrato original, mientras que en contratos de obras el límite máximo era el veinte por ciento (20%) del monto del contrato original; sin embargo, tratándose de contratos de obra bajo la modalidad de concurso oferta -en virtud de los cuales se debía elaborar el expediente técnico y ejecutar la obra-, dicha normativa no precisaba cuál era el límite aplicable para la entrega del referido adelanto. No obstante lo anterior, si en una obra ejecutada bajo la modalidad de concurso oferta se aplicaban los límites señalados en función a la naturaleza de cada prestación involucrada, el monto entregado por adelanto directo podía superar el límite de veinte por ciento (20%) establecido para la ejecución del contrato de obra; razón por la cual, el adelanto directo para la elaboración del expediente técnico (en caso ello hubiera sido establecido así en las Bases), a pesar de su naturaleza de servicio, no podía superar el veinte por ciento (20%) del monto correspondiente al valor del expediente técnico de obra, a fin de respetar las disposiciones especiales que regulaban el objeto de la contratación: la ejecución de obras. Por tanto, en el marco de la anterior normativa de contrataciones del Estado, tratándose de un contrato de obra bajo la modalidad de concurso oferta (elaboración del Expediente Técnico de Obra más ejecución de obra), el límite del veinte por ciento (20%) hasta por el cual una Entidad podía otorgar el Adelanto Directo al contratista, se calculaba en función del valor de cada prestación involucrada; ello a fin de cautelar que los fondos públicos empleados para tal efecto no superaran el límite del veinte por ciento (20%) del monto del contrato original, aplicable para los contratos de ejecución de obras [...]. (Opinión N.º 139-2018/DTN, de 06-09-2018, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2t4Vp4D>).

§ 1924. En la ejecución de una obra bajo el sistema de precios unitarios, no corresponde que la Entidad otorgue adelantos de materiales e insumos al contratista, para la ejecución de mayores metrados a la cantidad referencial contenida en el expediente técnico. Véase la jurisprudencia del artículo 35.b del Nuevo Reglamento [§ 1083]. (Opinión N.º 143-2018/DTN, de 11-09-2018, ff. 2.4 y 2.4.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PbkrYy>).

REMISIÓN

§ 1924a. Sobre los adelantos al contratista. Véase también la jurisprudencia del artículo 38º de la Ley [§ 638 ss.].

Artículo 181: Entrega del Adelanto Directo

181.1. En el caso que en las bases se haya establecido el otorgamiento de este adelanto, el contratista dentro de los ocho (8) días siguientes a la suscripción del contrato, puede solicitar formalmente la entrega del mismo, adjuntando a su solicitud la garantía y el comprobante de pago correspondiente, vencido dicho plazo no procede la solicitud.

181.2. La Entidad entrega el monto solicitado dentro de los siete (7) días contados a partir del día siguiente de recibida la mencionada documentación.

181.3. Cuando los documentos del procedimiento de selección establezcan la constitución de un fideicomiso para la administración de los adelantos, es de aplicación lo dispuesto en los artículos 184 y 185.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1925. La entrega del adelanto directo sólo procede en caso que las Bases lo hayan contemplado expresamente. [...] 2.1.3. [C]orresponde señalar que, en los contratos de obra pueden otorgarse dos tipos de adelantos: (i) directos al contratista, hasta por un diez por ciento (10%) del monto del contrato original; y (ii) para materiales o insumos a ser utilizados en la ejecución del objeto del contrato, estos últimos hasta el veinte por ciento (20%) del monto del contrato original, de conformidad al artículo 155 del Reglamento [cfr. art. 180 del Nuevo Reglamento]. En cuanto a los adelantos directos, el primer párrafo del artículo 156 del Reglamento [cfr. art. 181 del Nuevo Reglamento] indica que *“En el caso que en las Bases se haya establecido el otorgamiento de este adelanto, el contratista dentro de los ocho (8) días siguientes a la suscripción del contrato, puede solicitar formalmente la entrega del mismo, adjuntando a su solicitud la garantía y el comprobante de pago correspondiente, vencido dicho plazo no procede la solicitud. La Entidad debe entregar el monto solicitado dentro de los siete (7) días contados a partir del día siguiente de recibida la mencionada documentación”*. Como se advierte, la entrega de adelanto directo procede en caso que las Bases lo hayan contemplado expresamente. En este supuesto, el contratista además de entregar la garantía y el comprobante de pago, deberá presentar su solicitud dentro de los ocho (8) días siguientes a la suscripción del contrato; por lo que, vencido dicho plazo, la solicitud de entrega del adelanto directo no resultará procedente, debido a que no se cumplirá con una de las condiciones obligatorias previstas por el Reglamento para efectuar el desembolso. (Opinión N.º 152-2016/DTN, de 12-09-2016, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Lv06x3>).

§ 1926. Para que proceda la entrega de adelantos en adicionales de obra, es necesario que el contratista lo solicite en el plazo establecido en las Bases. 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: *“En el escenario de una obra en ejecución en la cual se aprobó mediante Resolución de la entidad un adicional de obra (obra nueva) y toda vez que la empresa ejecutora para cumplir con estas nuevas obligaciones requiere de materiales o insumos, se consulta y se pide opinión sobre si procedería el otorgamiento de adelanto para materiales a ser utilizados en el adicional (obra nueva), a solicitud del contratista, teniendo en cuenta que el adelanto para materiales se encuentra previsto en las bases”*. [...] 2.4. [...] [Si] bien la normativa de contrataciones del Estado no regula expresamente la posibilidad de otorgar adelantos para materiales o insumos para la ejecución de prestaciones adicionales de obra, debe tenerse en consideración que, tal como se ha precisado previamente, la finalidad de los adelantos es otorgar financiamiento y/o liquidez a los contratistas para facilitar la ejecución de sus prestaciones, evitándose el encarecimiento de la ejecución de las obras. En esa medida, y dado que la ejecución de una prestación adicional de obra genera la necesidad de adquirir nuevos y/o mayores materiales o insumos en oportunidades distintas a las previstas para la obra principal, es posible que el contratista solicite adelantos para adquirir tales materiales o insumos. No obstante, para que proceda la entrega de estos adelantos es necesario que el contratista lo solicite en el plazo establecido en las Bases, teniendo en consideración las fechas previstas en el calendario de adquisición de materiales o insumos de la prestación adicional de obra para su disposición [...]. (Opinión N.º 067-2013/DTN, de 21-08-2013, ff. 2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RMk5gm>).

§ 1927. No procede la entrega de adelanto directo cuando se solicita luego de vencido el plazo de ocho días establecido en el Reglamento, debido a que, con la solicitud extemporánea, se desnaturalizaría la finalidad de los adelantos (art. 181.1). 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: *“(...) Es posible, para el contratista, solicitar formalmente la entrega del adelanto directo luego de superado el plazo señalado en el Reglamento (8 días) y, en ese caso, si la Entidad estaría facultada para otorgar el adelanto directo”*. [...] 2.3. Con relación al adelanto directo, el primer párrafo del artículo 187 del Reglamento [cfr. art. 181 del Nuevo Reglamento] establece que para que una Entidad haga entrega del mismo -siempre que ello haya sido previsto en las Bases-, es necesario que el contratista cumpla con las siguientes condiciones: (i) solicitar formalmente la entrega del adelanto dentro de los ocho (8) días siguientes a la suscripción del contrato; (ii) entregar la garantía por adelantos, emitida por un monto equivalente al monto del adelanto solicitado y con una vigencia mínima de tres (3) meses; y (iii) entregar el comprobante de pago correspondiente. De esta manera, una condición necesaria para la procedencia de la solicitud



de adelanto directo es que el contratista solicite formalmente la entrega del adelanto dentro de los ocho (8) días siguientes a la suscripción del contrato. Pasado dicho período, la solicitud de entrega del adelanto directo del contratista no resultaría procedente, debido a que no se cumpliría con una de las condiciones obligatorias establecidas para la entrega de adelantos. 2.4. Por otro lado, el artículo 184 del Reglamento [cfr. art. 176 inc. e) del Nuevo Reglamento] establece las condiciones necesarias para el inicio del plazo de ejecución de obra; entre estas, la del numeral 5) del referido artículo: “*Que se haya entregado el adelanto directo al contratista, en las condiciones y oportunidad establecidas en el artículo 187º.*” Asimismo, el segundo párrafo de este artículo precisa que dicha condición debe ser cumplida dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato, resultando este plazo compatible con los plazos que tienen el contratista y la Entidad para solicitar y pagar, respectivamente, el adelanto directo, establecidos en el artículo 187 del Reglamento. En esa medida, para no afectar el inicio de ejecución de obra, resulta necesario que el contratista y la Entidad cumplan con el procedimiento establecido para la entrega y solicitud del adelanto directo en los plazos establecidos en el artículo 187 del Reglamento; precisándose en el tercer párrafo de este artículo que en caso el contratista no haya solicitado la entrega del adelanto -se entiende, en el plazo de ocho (8) días- el plazo de ejecución contractual se inicia con el cumplimiento de las demás condiciones. En consecuencia, una vez vencido el plazo de ocho (8) días establecido por el artículo 187 del Reglamento, el contratista no podrá solicitar la entrega del adelanto directo, debido a que, además de incumplirse una condición necesaria para el otorgamiento del mismo, con su inacción el contratista habría evidenciado que no necesita de la entrega de este para financiar la ejecución de la obra; por lo que de entregarse el adelanto al contratista, pese a su solicitud extemporánea, se desnaturalizaría la finalidad de los adelantos. (Opinión N.º 009-2012/DTN, de 31-02-2012, ff. 2, 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DSWaW2>).

§ 1928. El adelanto de 20% previsto en los contratos bajo sistema a Suma Alzada y modalidad de ejecución por Concurso oferta, se calcula en base al valor de cada prestación involucrada, sin perjuicio de que se trate de un bien o servicio. Véase la jurisprudencia del artículo 180º del Nuevo Reglamento [§ 1923]. (Opinión N.º 139-2018/DTN, de 06-09-2018, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2t4Vp4D>).

Artículo 182: Adelanto para materiales e insumos

182.1. La Entidad establece en los documentos del procedimiento de selección el plazo en el cual el contratista solicita el adelanto, así como el plazo en el cual se entregue el adelanto, con la finalidad que el contratista pueda disponer de los materiales o insumos en la oportunidad prevista en el calendario de adquisición de materiales e insumos.

182.2. Las solicitudes de adelantos para materiales o insumos se realizan una vez iniciado el plazo de ejecución contractual, teniendo en consideración el calendario de adquisición de materiales o insumos presentado por el contratista y los plazos establecidos en los documentos del procedimiento de selección para entregar dichos adelantos.

182.3. No procede el otorgamiento del adelanto para materiales e insumos en los casos en que las solicitudes correspondientes sean realizadas con posterioridad a las fechas señaladas en el calendario de adquisición de materiales e insumos.

182.4. Para el otorgamiento del adelanto para materiales o insumos se tiene en cuenta lo dispuesto en el Decreto Supremo N.º 011-79-VC y sus modificatorias, ampliatorias y complementarias.

182.5. Es responsabilidad del inspector o supervisor, según corresponda, verificar la oportunidad de la solicitud de los adelantos para materiales e insumos, de acuerdo al calendario correspondiente.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1929. Las solicitudes correspondientes para el otorgamiento del adelanto para materiales e insumos deben ser realizadas con anterioridad a las fechas señaladas en el calendario de adquisición, además de otras condiciones. **Modificaciones convencionales al contrato.** 2. CONSULTA: 2.1. *“Habiendo previsto el contrato expresamente el plazo de anticipación con el cual el contratista debe solicitar el adelanto de materiales, ¿es posible interpretar el tercer párrafo del artículo 157 del Reglamento, de manera tal que el contratista puede presentar solicitudes con un plazo de anticipación mayor al previsto en el contrato, teniendo como único límite que su solicitud no sea presentada con posterioridad a la fecha señalada en el calendario de adquisición de materiales e insumos?”* [...] 2.2. *“Habiendo previsto el contrato el plazo para que el contratista solicite el adelanto de materiales y para que la Entidad le otorgue dicho adelanto, ¿es posible que la Entidad otorgue adelantos que son solicitados por el contratista con mucha mayor anticipación a la prevista en el contrato, amparándose en razones técnicas esgrimidas por el contratista?”* [...] 2.3. *“¿Es posible que la Entidad y el contratista acuerden modificar el calendario de adquisición de materiales vía una adenda al contrato en casos que no concurren todos los requisitos previstos en el artículo 142 del Reglamento de la Ley de Contrataciones?”* 3. CONCLUSIONES: 3.1. A efectos de brindar válidamente el adelanto para materiales e insumos, no solo debe verificarse que el contratista haya requerido su entrega con anterioridad a la fecha prevista en el calendario correspondiente sino también que la solicitud de otorgamiento del adelanto haya sido presentada en el momento fijado por los documentos de selección y en cumplimiento de las demás exigencias previstas por la normativa de contrataciones del Estado. 3.2. La Entidad solo puede entregar el adelanto para materiales e insumos cuando verifique que la solicitud de otorgamiento del adelanto haya sido presentada en el momento fijado por los documentos de selección y en cumplimiento de las demás exigencias previstas por la normativa de contrataciones del Estado. 3.3. Únicamente puede realizarse una modificación convencional al contrato (el mismo que incluye al calendario de adquisición de materiales e insumos) cuando se verifique la concurrencia de los presupuestos legales contemplados en el artículo 34-A de la Ley [cfr. art. 34.10 de la Ley vigente] y siempre que se cumplan los requisitos y formalidades previstos en el artículo 142 del Reglamento [cfr. art. 160 del Nuevo Reglamento]. (Opinión N.º 196-2018/DTN, de 10-12-2018, ff. 2.1 al 2.3, 3.1 al 3.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T8FXzE>).

§ 1930. **Aplicación de fórmulas polinómicas para proceder con el reajuste de precios y otorgamiento de adelantos para materiales e insumos, para lo cual, el proyectista debe considerar los parámetros fijados por el Decreto Supremo N.º 011-79-VC (art. 182.4).** 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: *“Mediante un único contrato derivado de un único proceso de selección, se pactó la ejecución de 16 obras, todas de la misma naturaleza. Para cada una de las obras el proyectista elaboró una fórmula polinómica. ¿Cuál sería la fórmula polinómica a emplearse para fines de cálculo del reintegro por reajuste cuando se solicite la entrega de adelanto para materiales, el pago de valorizaciones y se realice el proceso de liquidación de obra? Ello en atención a lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto Supremo N.º 011-79-VC, que señala en caso que en un contrato existan obras de la misma naturaleza se podrá tener hasta cuatro (4) fórmulas polinómicas y en caso de la existencia de obras de diversa naturaleza, sólo podrán emplearse hasta ocho (8) fórmulas polinómicas.”* [...] 3. CONCLUSIÓN. En el caso de obras, a efectos de proceder con el reajuste de precios y/o con el otorgamiento del adelanto para materiales e insumos, la Entidad debe emplear la fórmula o fórmulas polinómicas de acuerdo a la información contenida en el expediente técnico; no obstante, es importante resaltar que el proyectista, al incluir las fórmulas de reajuste en el referido expediente, debe considerar los parámetros fijados por el Decreto Supremo N.º 011-79-VC. Finalmente, es importante tener en cuenta que -durante la ejecución de una obra- pueden presentarse determinadas consultas que, en opinión del inspector o supervisor, requieren la opinión técnica del proyectista, en cuyo caso corresponde que la Entidad absuelva la consulta en coordinación con el proyectista dentro del plazo previsto por el Reglamento. (Opinión N.º 260-2017/DTN, de 20-12-2017, ff. 2 y 3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BosJ7>).

§ 1931. **Es responsabilidad del proyectista efectuar una correcta agrupación con la finalidad que la aplicación de la fórmula polinómica pueda reflejar adecuadamente la variación de precios**

que se aprecie en el mercado. A efectos de determinar el coeficiente de incidencia se considera en valor real de los materiales e insumos comprendidos en el monomio correspondiente, lo cual incluye más elementos que sólo el precio de la materia bruta. CONSULTA: 2.5. "Si un material o insumo es agrupado o asimilado en la fórmula polinómica bajo un índice unificado que por su naturaleza no le corresponde, ¿es procedente que la Entidad Contratante otorgue adelanto al Contratista para ese material o insumo con el índice unificado asignado en la fórmula polinómica?" [...] 2.6. "¿El precio del material o insumo que define su coeficiente de incidencia en la fórmula polinómica es solamente el precio de la materia bruta?" [...] CONCLUSIONES: [...] 3.5. A efectos de otorgar el adelanto para la adquisición de aquellos materiales e insumos que se encuentren agrupados en un elemento representativo, deben verificarse y emplearse los índices de precios de dicho elemento, de acuerdo a lo señalado en la fórmula polinómica; en esa medida, cabe señalar que es responsabilidad del proyectista efectuar una correcta agrupación con la finalidad que la aplicación de la fórmula polinómica pueda reflejar adecuadamente la variación de precios que se aprecie en el mercado, más aún si los elementos representativos no podrán ser sustituidos por otros después de la firma del contrato respectivo. 3.6. Con la finalidad de que el coeficiente de incidencia represente la participación real de un recurso en el presupuesto de una obra y, en consecuencia, la aplicación de la fórmula polinómica pueda reflejar adecuadamente la variación de precios que se aprecie en el mercado, es necesario que a efectos de determinar el coeficiente de incidencia se considere el valor real de los materiales e insumos comprendidos en el monomio correspondiente, el cual puede incluir el precio del material o insumo, el costo de su traslado al lugar de ejecución de la obra, el costo de la mano de obra de descarga, si se emplea maquinaria el costo de los operarios y del alquiler de la misma, entre otros. (Opinión N.º 018-2017/DTN, de 31-11-2017, ff. 2.5, 2.6, 3.5 y 3.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RBUXON>).

§ 1932. Las Entidades pueden efectuar el otorgamiento de adelantos por materiales o insumos, siendo así que la entrega de estos adelantos deberá solicitarse teniendo en consideración las fechas previstas en el calendario de materiales e insumos presentado por el contratista (art. 38.1). CONSULTA: 2.1. *El contrato de obra señala que, conforme al artículo 157º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 180 del Nuevo Reglamento], La Entidad otorgará 01 adelanto para materiales o insumos hasta por el 20% del monto del contrato original, conforme al calendario de adquisición de materiales o insumos presentado por El Contratista (...). ¿Es posible que El Contratista solicite dicho adelanto por armadas?* [...] 2.1.2. Sobre el particular, debe indicarse que la finalidad de los adelantos es otorgar financiamiento y/o liquidez al contratista para facilitar la ejecución de sus prestaciones; de esta manera, se evita que el contratista deba recurrir a fuentes de financiamiento externas que incrementen el costo de la contratación y que, como consecuencia, trasladen dicho incremento a la Entidad. Así, el artículo 38 de la Ley establece que la Entidad puede entregar adelantos al contratista con la finalidad de otorgarle financiamiento y/o liquidez para la ejecución del contrato, siempre que ello haya sido previsto en los documentos del procedimiento de selección; en atención a los tipos, condiciones y monto de cada adelanto, así como a la forma de amortización luego de su otorgamiento, según lo dispuesto en el Reglamento. Al respecto, tratándose de contratos de obra, el artículo 155 del Reglamento prevé las clases de Adelantos que pueden establecerse en los documentos del procedimiento de selección; estos son: (i) Directos, los que en ningún caso exceden en conjunto el diez por ciento (10%) del monto del contrato original; y, (ii) Para materiales o insumos, los que en conjunto no deben superar el veinte por ciento (20%) del monto del contrato original. De esta manera, se advierte que la Entidad tiene la potestad de otorgar adelantos para materiales o insumos cuando se trate de contratos de obra, para lo cual resulta necesario que dicha condición se encuentre prevista en los documentos del procedimiento de selección, en cuyo caso, el otorgamiento de dicho adelanto sólo podrá ser hasta por un porcentaje igual o inferior al veinte por ciento (20%) del monto del contrato original, tal como lo dispone el Reglamento. 2.1.3. Ahora bien, tomando en consideración que el otorgamiento del adelanto para materiales e insumos implica la erogación de fondos públicos, tanto el contratista como la Entidad deben cumplir con las condiciones y procedimientos que la normativa de contrataciones del Estado establece para su entrega. En ese contexto, el primer párrafo del artículo 157 del Reglamento [cfr. art. 182 del Nuevo Reglamento] dispone que "La Entidad debe establecer en los documentos del procedimiento de selección el plazo en

el cual el contratista solicita el adelanto, así como el plazo en el cual se entregue el adelanto, con la finalidad que el contratista pueda disponer de los materiales o insumos en la oportunidad prevista en el calendario de adquisición de materiales o insumos". (El subrayado es agregado). Como se aprecia del citado dispositivo, la Entidad no solo debe prever en los documentos del procedimiento de selección "la condición de entregar al contratista el adelanto para materiales e insumos", sino que además debe establecer en estos i) el plazo en el cual el contratista solicita el adelanto para materiales e insumos, y ii) el plazo en el cual la Entidad hace entrega de dicho adelanto, respectivamente; considerando que la finalidad de precisar estas condiciones es que el contratista pueda disponer de los elementos que necesite en la oportunidad prevista en el calendario de adquisición de materiales o insumos. A este respecto, cabe anotar que el artículo 27 del Reglamento [cfr. art. 48 del Nuevo Reglamento] establece el contenido mínimo de los documentos del procedimiento de selección, señalando que los mismos deben contener -entre otros aspectos- las condiciones contractuales; en razón de lo cual, se desprende el deber de precisar en dichos documentos las condiciones bajo las cuales se solicitará y entregará el adelanto -o los adelantos- para materiales e insumos. En atención a ello, el segundo párrafo del artículo en mención establece que "Las solicitudes de adelantos para materiales o insumos deben realizarse una vez iniciado el plazo de ejecución contractual, teniendo en consideración el calendario de adquisición de materiales o insumos presentado por el contratista y los plazos establecidos en los documentos del procedimiento de selección para entregar dichos adelantos". (El subrayado es agregado). De esta manera, una vez iniciado el plazo de ejecución del contrato de obra, el contratista formula las solicitudes de adelantos para materiales e insumos en atención al calendario de adquisición de materiales o insumos y a los plazos establecidos -para solicitar y para entregar dichos adelantos- en los documentos del procedimiento de selección. En esa línea, el tercer párrafo del artículo materia de análisis precisa que, "No procede el otorgamiento del adelanto para materiales e insumos en los casos en que las solicitudes correspondientes sean realizadas con posterioridad a las fechas señaladas en el calendario de adquisición de materiales e insumos" (el subrayado es agregado); ello en razón a que la normativa promueve que el contratista pueda disponer de los materiales e insumos respectivos en las fechas previstas en el calendario de adquisición de materiales e insumos, por lo que se exige que las solicitudes correspondientes sean presentadas en atención a dicho calendario, y dentro de los plazos establecidos en los documentos del procedimiento de selección (para presentar la solicitud de dicho adelanto y para la entrega del mismo). 2.1.4. Por lo expuesto, se advierte que la normativa de contrataciones del Estado prevé que las Entidades pueden efectuar el otorgamiento de adelantos por materiales o insumos, de conformidad con lo establecido en el artículo 157 del Reglamento; siendo así que la entrega de estos adelantos deberá solicitarse teniendo en consideración las fechas previstas en el calendario de materiales e insumos presentado por el contratista y dentro de los plazos establecidos -para solicitar y para entregar dichos adelantos- en los documentos del procedimiento de selección. (Opinión N.º 064-2018/DTN, de 11-05-2018, ff. 2.1.2 al 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2E256Z1>).

§ 1933. El procedimiento para otorgar el adelanto para materiales e insumos puede ser realizado por la Entidad, independientemente de si el expediente técnico de la obra cuenta con una fórmula polinómica o una pluralidad de estas. 2.1.1. [...] [La] Entidad tiene la potestad de otorgar adelantos para materiales e insumos cuando se trate de contratos de obra, para tal efecto es necesario que dicha posibilidad se encuentre contemplada en las Bases del procedimiento de selección [...]. Ahora bien, considerando que el otorgamiento del adelanto para materiales e insumos implica la erogación de fondos públicos, tanto el contratista como la Entidad deben cumplir con las condiciones y procedimientos que la normativa de contrataciones del Estado establece para su entrega [...]. 2.1.2. [...] [El] expediente técnico puede contemplar una sola fórmula polinómica, o una pluralidad de estas, a efectos de poder actualizar el valor de los elementos representativos que intervienen en la ejecución de una obra; no obstante, el proyectista debe establecer las fórmulas de reajuste [...]. 2.1.4. [...] [El] procedimiento para otorgar el adelanto para materiales e insumos puede ser realizado por la Entidad, independientemente de si el expediente técnico de la obra contempla una sola fórmula polinómica o una pluralidad de estas, toda vez que lo primordial no es que la obra cuente con una fórmula única sino conocer en qué elemento representativo se encuentra agrupado el material o insumo que se requiere adquirir con la entrega del adelanto; en consecuencia, la Entidad no puede negarse a otorgar el referido

adelanto basada en el número de fórmulas polinómicas del expediente técnico. Finalmente, es importante mencionar que el proyectista es responsable de elaborar correctamente la fórmula polinómica, con la finalidad que su aplicación refleje adecuadamente la variación de precios que se aprecie en el mercado. (Opinión N.º 261-2017/DTN, de 21-12-2017, ff. 2.1.1, 2.1.2 y 2.1.4. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2S6Onu6>).

Artículo 183: Amortización de Adelantos

183.1. La amortización del adelanto directo se realiza mediante descuentos proporcionales en cada una de las valorizaciones de obra.

183.2. La amortización del adelanto para materiales e insumos se realiza de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Supremo No 011-79-VC y sus modificatorias, ampliatorias y complementarias.

183.3. Cualquier diferencia que se produzca respecto de la amortización del adelanto se toma en cuenta al momento de efectuar el pago siguiente que le corresponda al contratista y/o en la liquidación del contrato.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1934. La amortización por adelantos de materiales e insumos debe realizarse una vez que dichos materiales hayan sido usados en la ejecución de la obra, en la valoración correspondiente y por el monto de los materiales efectivamente usados. 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: “¿En qué momento se aplica la deducción por adelanto de materiales? ¿Es decir, si la Entidad nos otorga un adelanto de materiales para la obra, pero ese material lo utilizamos meses después, es lo correcto en ese momento o mes en el cual lo utilizamos, valorizarlo, aplicar su reajuste, deducción y amortización respectiva, o la deducción se hace inmediatamente en el mes que se otorgó el adelanto, a pesar que no se utilizó el material?”. [...] 3. CONCLUSIONES: La amortización de los adelantos otorgados para la adquisición de materiales e insumos debe realizarse una vez que dichos materiales e insumos hayan sido utilizados en la ejecución de la obra, debiendo efectuarse la referida amortización en las valorizaciones que correspondan y por un monto que represente el material utilizado en la valoración correspondiente, afectado por la relación entre el Índice Unificado del elemento representativo objeto del adelanto y el que tuvo a la fecha del Presupuesto base. (Opinión N.º 150-2016/DTN, de 12-09-2016, ff. 2 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UL4F9Z>).

§ 1935. Cuando no pueda cumplirse con la amortización de los adelantos entregados al contratista le corresponde a la Entidad ejecutar las garantías por los adelantos otorgados, a efectos de salvaguardar los fondos públicos involucrados. Véase la jurisprudencia del artículo 155º del Nuevo Reglamento [§ 1709] (Opinión N.º 003-2014/DTN, de 02-01-2014, f. 3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2qMEPW9>).

Artículo 184: Fideicomiso de adelanto de obra

184.1. La Entidad puede incorporar en las bases la obligación de constituir un fideicomiso para la administración de los adelantos destinados a la ejecución de obra cuando el valor referencial o presupuesto del proyecto sea igual o superior a cinco millones y 00/100 Soles (S/ 5 000 000,00), con el fin de garantizar que dichos recursos, durante su ejecución, se apliquen exclusivamente a la obra contratada.

184.2. Una vez suscrito el contrato de obra entre el contratista y la Entidad; esta última, tiene un plazo de treinta (30) días calendarios contados desde la firma de este para realizar los trámites correspondientes para la constitución del fideicomiso; y, de esta forma, el contratista poder recibir el adelanto directo.

184.3. El contrato de fideicomiso se comienza a elaborar una vez que el contratista haya cumplido con pagar la comisión de estructuración a favor de la entidad fiduciaria, entendiéndose por constituido a partir de ese momento. Una vez constituido el fideicomiso, el contratista se obliga a pagar la comisión de administración; y, por su parte, la Entidad se responsabiliza por transferir, en dominio fiduciario, el monto del adelanto solicitado al patrimonio fideicometido.

184.4. El contratista se encuentra obligado a formar parte del contrato de fideicomiso en calidad de contratista interviniente. La entidad fiduciaria se encarga de realizar el pago al supervisor que designe, cuyo costo es asumido por el contratista interviniente.

184.5. Cuando el contratista solicite, además del adelanto directo, adelanto para materiales e insumos, dicho monto es transferido al patrimonio fideicometido.

184.6. En caso se solicite únicamente la entrega de adelanto de materiales e insumos, se considera lo dispuesto en el artículo 182 para su solicitud. La Entidad inicia el trámite para constituir el fideicomiso al día siguiente de presentada dicha solicitud.

184.7. La empresa que presta los servicios fiduciarios se encuentra autorizada por la SBS.

184.8. La información financiera y contable de la entidad fiduciaria puede ser consultada por el OSCE y la Contraloría General de la República.

Artículo 185: Contrato de fideicomiso

185.1. El contrato de fideicomiso por medio del cual se administran los adelantos directos y de materiales en los términos del artículo precedente, cumple como mínimo con los siguientes requisitos:

- a) El fideicomitente y fideicomisario es la entidad contratante.
- b) El contratista participa como interviniente.
- c) Dentro de las obligaciones de la sociedad fiduciaria, está la designación del supervisor.
- d) El procedimiento que corresponde seguirse frente al incumplimiento del contratista interviniente sobre sus obligaciones de pago frente a la fiduciaria.
- e) El procedimiento para el reemplazo del contratista interviniente, en caso la Entidad resuelva el contrato de obra original.
- f) El procedimiento para el cobro de las comisiones del fiduciario.

185.2. La Entidad puede optar por constituir un único fideicomiso para administrar los adelantos de obra de varios proyectos.

Artículo 186: Inspector o Supervisor de Obras

186.1. Durante la ejecución de la obra, se cuenta, de modo permanente y directo, con un inspector o con un supervisor, según corresponda. Queda prohibida la existencia de ambos en una misma obra. El inspector es un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por esta, mientras que el supervisor es una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin. En el caso de ser una persona jurídica, esta designa a una persona natural como supervisor permanente en la obra.

186.2. El perfil que se establezca para el inspector o supervisor en la convocatoria del procedimiento, según corresponda, cumple al menos con la experiencia y calificaciones profesionales establecidas para el residente de obra. Es obligatorio contratar un supervisor cuando el valor de la obra a ejecutar sea igual o mayor al monto establecido en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal respectivo.

186.3. El supervisor de obra, cuando es persona natural, o el jefe de supervisión, en caso el supervisor sea persona jurídica, no puede prestar servicios en más de una obra a la vez, salvo lo previsto en el siguiente numeral.

186.4. En el caso de obras convocadas por paquete, la participación permanente, directa y exclusiva del inspector o supervisor es definida en los documentos del procedimiento de selección por la Entidad, bajo responsabilidad, teniendo en consideración la complejidad y magnitud de las obras a ejecutar.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1936. El profesional encargado de la supervisión tiene la obligación de controlar de forma permanente, directa y exclusiva la adecuada ejecución de la obra, por consiguiente, no puede laborar en más de una obra a la vez. CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. *“Durante la Ejecución de una obra pública se requiere la presencia de un Supervisor, se consulta si el mismo profesional puede desempeñarse como supervisor en dos (2) o más obras en una misma localidad, ciudad o región de manera simultánea”* [...] CONCLUSIONES: 3.1. El profesional que realice la supervisión de una obra no podrá supervisar de manera simultánea otra obra, debido a que es una obligación esencial de la función de supervisión controlar de manera permanente, directa y exclusiva la adecuada ejecución de la obra y el cumplimiento del contrato. 3.2. En el caso que una Entidad tome conocimiento que un mismo profesional está supervisando dos obras simultáneamente, podrá resolver el contrato de supervisión, debiendo comunicar al Tribunal de Contrataciones del Estado dicho incumplimiento para que este aplique la sanción correspondiente, de ser el caso. 3.3. En un proceso de selección convocado para la contratación de la supervisión de una obra, las personas naturales que presentan sus propuestas pueden proponerse a sí mismas como supervisor o pueden proponer a otro profesional, siendo lo relevante que el profesional propuesto desempeñe sus funciones de manera permanente, directa y exclusiva en la obra para la que fue propuesto, no pudiendo supervisar dos (2) o más obras a la vez. (Opinión N.º 005-2012/DTN, de 10-01-2012, ff. 2.1, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2WHQt3g>).

§ 1937. La Entidad puede optar por iniciar su ejecución de la obra con la participación de un inspector y cuando el control efectivo de los trabajos realizados por el contratista lo demande puede contratar a un supervisor (art. 186.1). CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. *“¿Resulta legalmente posible que durante la ejecución de una obra contratada bajo los alcances de la normativa de contrataciones del Estado, ésta cuente por un tiempo con inspector de obra y luego previo cese del inspector, se contrate a un supervisor de obra?”*. [...] 2.1.2. [Debe] precisarse que si bien el primer párrafo del artículo 190 del Reglamento [cfr. art. 186 del Nuevo Reglamento] establece que toda obra contará de modo permanente y directo con un control de los trabajos que en ella se realicen, precisa en su parte final que queda prohibida la existencia de un inspector y de un supervisor en una misma obra. Al respecto, la prohibición señalada debe ser entendida en el sentido que una Entidad no puede contar con la presencia simultánea de un inspector y un supervisor en una misma obra; de esta manera, aun cuando la Entidad se encuentre en la posibilidad de decidir cuál de los dos profesionales controlará la ejecución de la obra, bajo ninguna circunstancia pueden coexistir un inspector y un supervisor en un mismo periodo de tiempo. 2.1.3. [...] [La] Entidad, luego de evaluar la naturaleza y envergadura de la obra, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, puede optar por iniciar su ejecución con la participación de un inspector, siempre que el monto establecido en la Ley de Presupuesto se lo permita- asimismo, cuando el control efectivo de los trabajos realizados por el contratista lo demande, puede contratar -previo proceso de selección- a un supervisor para que asuma las funciones establecidas en el artículo 193 del Reglamento [cfr. art. 187 del Nuevo Reglamento]. (Opinión N.º 070-2015/DTN, de 12-05-2015, ff. 2.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FF1QD8>).

§ 1938. La vigencia y el plazo de ejecución de un contrato de supervisión son conceptos distintos, debido a que la vigencia del contrato de supervisión incluye, además del plazo de ejecución, el periodo de liquidación y pago de dicho contrato. 3.1. La vigencia y el plazo de ejecución de un contrato de supervisión son conceptos distintos, debido a que la vigencia del contrato de supervisión incluye, además del plazo de ejecución, el periodo de liquidación y pago de dicho contrato. 3.2. El supervisor de obra está obligado a ejecutar sus prestaciones de conformidad con lo establecido en el contrato de supervisión, debiendo considerar todas las modificaciones contractuales aprobadas, tales como

la aprobación de ampliaciones de plazo y/o adicionales de obra. **3.3.** En caso de retraso injustificado en el cumplimiento de sus obligaciones, la Entidad le aplicará al supervisor la penalidad por mora por cada día de retraso; asimismo, la Entidad podrá aplicarle otras penalidades cuando se generen otros tipos de incumplimiento relacionados con el contrato de supervisión, siempre que hayan sido expresamente detallados en las Bases, de conformidad con lo indicado en los artículos 165 y 166 del Reglamento [cfr. arts. 162 y 163 del Nuevo Reglamento]. (Opinión N.º 019-2014/DTN, de 03-02-2014, ff. 3.1 al 3.3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T0DfQL>).

§ 1939. Puede declararse la nulidad de oficio de un proceso de selección para consultoría de obra en la cual no se haya previsto que el supervisor de obra no contemple como mínimo, las mismas calificaciones y experiencia que el residente de obra. 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: “¿Califica como causal de nulidad de contrato de consultoría para la supervisión de obra que, no se haya previsto las mismas condiciones de experiencia y calificación profesional establecida para el residente de la misma obra, como lo señala el numeral 159.2 del art. 159º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 186.2 del Nuevo Reglamento], modificado por el D.S. N.º 056-2017-EF, dentro de un proceso de selección para la contratación del supervisor?” CONCLUSIÓN: **3.1.** En el caso que las bases del procedimiento de selección convocado para contratar al supervisor de obra no contemplen -como mínimo- las mismas calificaciones y experiencia que aquellas requeridas para el residente de obra, el Titular de la Entidad puede declarar la nulidad del citado procedimiento de selección, toda vez que ello constituiría una contravención de lo dispuesto en el numeral 159.2 del artículo 159 del Reglamento. **3.2.** El Titular de la Entidad puede declarar la nulidad del contrato, cuando no se hayan empleado los procedimientos de selección contemplados por la normativa de contrataciones del Estado para su celebración, lo cual implica que el contrato haya sido suscrito sin que la Entidad haya convocado -previamente- algún procedimiento de selección; debiendo precisarse que, una vez celebrado el contrato ya no es posible aplicar las causales de nulidad del procedimiento de selección. (Opinión N.º 172-2018/DTN, de 17-10-2018, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Quy9u0>).

§ 1940. Toda obra y ejecución del saldo de obra debe contar, de modo permanente y directo, con un supervisor o inspector, a elección de la Entidad. 3. CONCLUSIÓN: Si la contratación para la ejecución de las prestaciones pendientes derivadas de un contrato de obra resuelto bajo los alcances de la anterior Ley, se realiza a partir del 9 de enero de 2016, ésta deberá regirse por las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado vigente. En ese sentido, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 159.2 del artículo 159 del Reglamento [cfr. art. 186.2 del Nuevo Reglamento], si el valor del saldo de obra a ejecutar fuera menor al monto establecido en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal respectivo, la Entidad podrá decidir entre un inspector o un supervisor para el control efectivo de la ejecución de la obra. (Opinión N.º 187-2018/DTN, de 29-11-2018, f. 3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RJORa8>).

§ 1941. El contratista puede solicitar la resolución del contrato e incluso el resarcimiento de los daños y perjuicios cuando la Entidad designa a un inspector a pesar que el monto de la obra amerita la contratación de un supervisor. Véase la jurisprudencia del artículo 187º del Nuevo Reglamento [§ 1946]. (Opinión N.º 070-2015/DTN, de 23-10-2015, ff. 2.3 y 2.3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FF1QD8>).

§ 1942. Plazo de ejecución y resolución del contrato de supervisión de obra. Véase la jurisprudencia del artículo 207º del Nuevo Reglamento [§ 2042]. (Opinión N.º 157-2018/DTN, de 21-09-2018, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4 y 3.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2P2lw4N>).

§ 1943. Supervisión o Inspección en obras contratadas por paquete. En una decisión de gestión tomada en base a la complejidad y magnitud de las obras que integran el paquete, la Entidad puede decidir que un solo supervisor controle simultáneamente la ejecución de más de una obra del paquete. Véase la jurisprudencia del artículo 37º del Nuevo Reglamento [§ 1129]. (Opinión



N.º 039-2016/DTN, de 25-02-2016, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MgdGEP>).

§ 1944. **Precisiones de los términos “supervisor” y “residente”.** Véase la jurisprudencia del artículo 190º del Nuevo Reglamento [§ 1957]. (Opinión N.º 010-2017/DTN, de 12-01-2017, ff. 2.1, 2.2, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BQowxT>).

LAUDOS ARBITRALES

§ 1945. **Si bien el contrato de ejecución de obra es independiente al contrato de supervisión, la naturaleza accesoria que tiene el segundo respecto del primero determina que los eventos que afectan la ejecución de la obra también afecten las labores del supervisor.** 29. Que, es un criterio establecido por la Dirección Técnico Normativa el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-plasmado en diversas Opiniones- que, si bien el contrato de ejecución de obra es independiente al contrato de supervisión -en tanto constituyen relaciones jurídicas distintas-, la naturaleza accesoria que tiene el segundo respecto del primero determina, por lo general, que los eventos que afectan la ejecución de la obra también afecten las labores del supervisor. 30. Que, el Árbitro Único considera que el hecho de que no se haya podido contratar al ejecutor de la obra a supervisar, a pesar de haberse convocado el proceso de selección en diversas oportunidades, constituye un impedimento para la ejecución del contrato de supervisión, dado que, si no existe ejecución del contrato de obra, no hay obra que supervisar, esto debido al carácter accesorio del contrato de supervisión de obra. (Exp. N.º 117-2015/SNA-OSCE, de 20-02-2017, ff. jj. 29 y 30. Árbitro Único: Eric Antonio Sotelo Gamarra. Texto completo: <bit.ly/2RpHyPU>).

Artículo 187: Funciones del Inspector o Supervisor

187.1. La Entidad controla los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien es el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato, además de la debida y oportuna administración de riesgos durante todo el plazo de la obra, debiendo absolver las consultas que formule el contratista según lo previsto en los artículos siguientes. En una misma obra el supervisor no puede ser ejecutor ni integrante de su plantel técnico.

187.2. El inspector o el supervisor, según corresponda, está facultado para ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que, a su juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra; para rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas y para disponer cualquier medida generada por una emergencia. No obstante lo señalado, su actuación se ajusta al contrato, no teniendo autoridad para modificarlo.

187.3. El contratista brinda al inspector o supervisor las facilidades necesarias para el cumplimiento de su función, las cuales están estrictamente relacionadas con esta.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1946. **El contratista puede solicitar la resolución del contrato e incluso el resarcimiento de los daños y perjuicios cuando la Entidad designa a un inspector a pesar que el monto de la obra amerita la contratación de un supervisor.** CONSULTA: 2.3. “En una obra que se ejecuta bajo los alcances de la normativa sobre contrataciones del Estado y que por su monto requiere supervisor, ¿es legalmente posible paralizarla cuando la supervisión la viene ejerciendo un inspector de obra en lugar de un supervisor?”. 2.3.1. [...] [El] contratista puede manifestar su disconformidad cuando la Entidad designa a un inspector a pesar que el monto de la obra amerita la contratación de un supervisor, solicitando la resolución del contrato e incluso el resarcimiento de los daños y perjuicios debidamente acreditados. No obstante, si el contratista decide no emplear los mecanismos señalados y realiza los trabajos propios de la obra, habrá

consentido el inicio de su plazo de ejecución, en consecuencia, no podrá interrumpir el avance de la obra, salvo que se presente algún otro supuesto contemplado por la Ley o el Reglamento; sin perjuicio de ello, corresponde evaluar las responsabilidades administrativas que se hubiesen generado por la trasgresión a la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 070-2015/DTN, de 23-10-2015, ff. 2.3 y 2.3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FF1QD8>).

§ 1947. El profesional encargado de la supervisión tiene la obligación de controlar de forma permanente, directa y exclusiva la adecuada ejecución de la obra, por consiguiente, no puede laborar en más de una obra a la vez. Véase la jurisprudencia del artículo 186º del Nuevo Reglamento [§ 1936]. (Opinión N.º 005-2012/DTN, de 10-01-2012, ff. 2.1, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2WHQt3g>).

§ 1948. Cuando la Entidad encargue la elaboración del expediente técnico del adicional de obra al supervisor, se debe observar el límite del 25% del monto del contrato original para su aprobación. Véase la jurisprudencia del artículo 205º del Nuevo Reglamento [§ 2024]. (Opinión N.º 155-2018/DTN, de 19-09-2018, ff. 2.4 y 2.4.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DRq5wW>).

§ 1949. Los pagos que se realizan al contratista cuando se amplía el plazo del contrato de supervisión de obra no están sujetos a la limitación del 15%, la cual sí es aplicable a las prestaciones adicionales de supervisión. Véase la jurisprudencia del artículo 158º del Nuevo Reglamento [§ 1746]. (Opinión N.º 155-2018/DTN, de 19-09-2018, ff. 2.3 y 2.3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DRq5wW>).

§ 1950. Plazo de ejecución y resolución del contrato de supervisión de obra. Véase la jurisprudencia del artículo 207º del Nuevo Reglamento [§ 2042]. (Opinión N.º 157-2018/DTN, de 21-09-2018, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4 y 3.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2P2lw4N>).

§ 1951. Supervisión o Inspección en obras contratadas por paquete. Véase la jurisprudencia del artículo 37º del Nuevo Reglamento [§ 1129]. (Opinión N.º 039-2016/DTN, de 25-02-2016, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MgdGEP>).

Artículo 188: Jefe del Proyecto para la elaboración del expediente técnico

188.1. Durante la elaboración del expediente técnico de obra, se cuenta con un jefe de proyecto, quien es el responsable técnico de su elaboración, no estando facultado a pactar modificaciones al contrato.

188.2. El jefe de proyecto es un profesional colegiado, habilitado y especializado designado por el contratista consultor de obra, el cual es ingeniero o arquitecto, según el objeto del proyecto, con no menos de dos (2) años de experiencia en la especialidad, en función de la naturaleza, envergadura y complejidad del mismo.

Artículo 189: Obligaciones del contratista de obra en caso de atraso en la finalización de la obra

En caso de atrasos en la ejecución de la obra por causas imputables al contratista, con respecto a la fecha consignada en el calendario de avance de obra vigente, y considerando que dicho atraso puede producir una extensión de los servicios de inspección o supervisión, lo que genera un mayor costo, el contratista ejecutor de la obra asume el pago del monto correspondiente por los servicios indicados, el que se hace efectivo deduciendo dicho monto de la liquidación del contrato de ejecución de obra. Durante la ejecución de la obra dicho costo es asumido por la Entidad.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1952. El retraso en la ejecución de la obra genera la extensión de los servicios de supervisión no estando la Entidad obligada a comunicar dicha extensión al ejecutor de obra pues podría afectar el carácter ininterrumpido de la supervisión. 3. CONCLUSIONES: 3.1. La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto que deba cumplirse formalidad alguna a efectos de extender los servicios de supervisión; por tanto, el retraso en la ejecución de la obra por causas imputables al contratista implica la extensión de los servicios de supervisión, de manera automática, con la finalidad de no afectar el control permanente de los trabajos realizados en la obra. 3.2 Considerando que los trabajos realizados en una obra deben ser controlados de manera permanente, la extensión de los servicios de supervisión no puede estar supeditada a la comunicación de esta al ejecutor de la obra, pues ello podría afectar el carácter ininterrumpido de la supervisión. No obstante ello, la Entidad puede comunicar -tanto al ejecutor como al supervisor- que el retraso en la ejecución de la obra ha originado la necesidad de extender los servicios de supervisión, sin que ello implique que dicha comunicación representa un requisito para que la extensión se produzca de manera automática. 3.3. Si el supervisor se niega a extender sus servicios cuando se hubiese producido un retraso en la obra, estaría incurriendo en un incumplimiento de sus obligaciones contractuales, ante lo cual la Entidad deberá aplicarle las penalidades correspondientes e incluso podrá resolverle el contrato. (Opinión N.º 059-2015/DTN, de 28-04-2015, ff. 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2t2gQmK>).

§ 1953. Si la Entidad determina que no corresponde otorgar el plazo de ampliación para la ejecución de la obra solicitada por el contratista, el retraso en la ejecución deviene en injustificado; por lo que, la extensión de los servicios de supervisión debe ser asumida por el contratista. CONSULTA: 2.1. “Considerando que uno de los presupuestos para la aplicación del artículo 192 del Reglamento es que el retraso en la ejecución de la obra sea imputable al contratista ejecutor, en caso de producirse un retraso en la ejecución de una obra por la denegatoria de la solicitud de ampliación de plazo formulada por el contratista, de conformidad con el mencionado artículo 192 ¿Dicha situación implicaría la extensión de los servicios de supervisión, cuyo costo sería asumido por el contratista de la ejecución de obra, el cual se haría efectivo deduciendo dicho monto de la liquidación del contrato de ejecución de obra, puesto que durante la ejecución de la obra sería asumido por la Entidad?” [...] CONCLUSIÓN: 3.1. Si la Entidad determinaba que no correspondía otorgar ampliación de plazo para la ejecución de la obra, al no haberse configurado alguna de las causales previstas en el artículo 200 del anterior Reglamento [cfr. art. 197 del Nuevo Reglamento], el retraso en la ejecución de las prestaciones era injustificado; por tanto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 192 del anterior Reglamento [cfr. art. 189 del Nuevo Reglamento], los mayores costos generados derivados de la extensión de los servicios de supervisión, debían ser asumidos por el contratista, lo cual se hacía efectivo deduciendo ese monto de la liquidación del contrato de obra, siendo que durante la ejecución de la misma tal costo era asumido por la Entidad. (Opinión N.º 123-2018/DTN, de 17-08-2018, ff. 2.1 y 3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r6Ia2t>).

§ 1954. Si la denegatoria de la solicitud de ampliación de plazo es sometida a arbitraje, no se suspende el pago correspondiente a los servicios prestados por el supervisor de obra. Véase la jurisprudencia del artículo 198º del Nuevo Reglamento [§ 1994]. (Opinión N.º 123-2018/DTN, de 17-08-2018, ff. 2.2, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r6Ia2t>).

§ 1955. Si bien la normativa de contrataciones del Estado permite la inclusión de conceptos resarcitorios en la liquidación de obra, dicha inclusión está permitida únicamente para aquellos supuestos contemplados expresamente. Véase la jurisprudencia del artículo 207º del Nuevo Reglamento [§ 2044]. (Opinión N.º 089-2016/DTN, de 22-06-2016, ff. 2.2, 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MPCLGS>).

Artículo 190: Obligación del contratista de ejecutar el contrato con el personal ofertado

190.1. Es responsabilidad del contratista ejecutar su prestación con el plantel profesional ofertado. Cuando los postores presenten dentro de su oferta como personal permanente a profesionales que se encuentran laborando como residente o supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuentan con recepción, dicha oferta es descalificada.

190.2. Cuando los documentos del procedimiento establezcan la acreditación del plantel profesional clave para la suscripción del contrato, el contratista inicia y ejecuta su prestación con dicho personal, el cual necesariamente permanece como mínimo sesenta (60) días calendario desde el inicio de su participación en la ejecución del contrato o por el íntegro del plazo de ejecución, si este es menor a los sesenta (60) días calendario. El incumplimiento de esta disposición, acarrea la aplicación de una penalidad no menor a la mitad de una Unidad Impositiva Tributaria (0.5 UIT) ni mayor a una (1) UIT por cada día de ausencia del personal en la obra. La aplicación de esta penalidad solo puede exceptuarse en los siguientes casos: i) muerte, ii) invalidez sobreviniente e iii) inhabilitación para ejercer la profesión.

190.3. Excepcionalmente y de manera justificada el contratista puede solicitar a la Entidad le autorice la sustitución del profesional propuesto, en cuyo caso el perfil del reemplazante no afecta las condiciones que motivaron la selección del contratista.

190.4. La sustitución del personal propuesto se solicita a la Entidad quince (15) días antes que se culmine la relación contractual entre el contratista y el personal a ser sustituido; si dentro de los ocho (8) días siguientes de presentada la solicitud la Entidad no emite pronunciamiento se considera aprobada la sustitución.

190.5. En caso culmine la relación contractual entre el contratista y el personal ofertado y la Entidad no haya aprobado la sustitución del personal por no cumplir con las experiencias y calificaciones requeridas, la Entidad le aplica al contratista una penalidad no menor a la mitad de una Unidad Impositiva Tributaria (0.5 UIT) ni mayor a una (1) UIT por cada día de ausencia del personal en la obra.

190.6. En caso el contratista considere necesaria la participación de profesionales adicionales al plantel técnico ofertado, se anota tal ocurrencia en el cuaderno de obra e informarse por escrito a la Entidad el alcance de sus funciones, a efectos que esta pueda supervisar la efectiva participación de tales profesionales. La inclusión de mayores profesionales por parte del contratista no genera mayores costos ni gastos para la Entidad.

190.7. El presente artículo también resulta aplicable para los contratos de consultoría en lo que corresponda, salvo la Selección de Consultores Individuales. ⁽¹⁾

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

(1) Rectificado por fe de erratas (12-01-2019)

OPINIONES DEL OSCE

§ 1956. El contratista se encuentra en la obligación de ejecutar el servicio con el personal ofertado en el procedimiento de selección, pudiendo efectuar el reemplazo de uno o más de ellos, siempre y cuando el reemplazo propuesto reúna iguales o superiores características a las previstas en las bases para el personal a ser reemplazado. CONSULTA: 2.1. *“En una ejecución de servicios, si en las bases pide mínimo de 3 años de experiencia del Ing. Supervisor, en su oferta el postor presentó al Ing. supervisor con 15 años (por que tiene un solo certificado de trabajo que acredita 15 años de experiencia, por haber laborado en una empresa durante este tiempo), al cambiar a este personal, el contratista deberá ofrecer con mínimo de 3 años de experiencia requerida en las bases o necesariamente igual o superior a 15 años de experiencia?”* [...] 2.1.2. Sobre el particular, se debe tener en consideración que de acuerdo con el criterio establecido en la Opinión N.º 139-2016/DTN, el reemplazo del personal propuesto sólo procede cuando la Entidad verifique que el sustituto posee iguales o superiores características a las del profesional que requiere ser reemplazado. En esa medida, debe tenerse en consideración que el cumplimiento de esta

condición permite a las Entidades asegurar que las prestaciones a su favor se ejecuten con un personal con las calidades técnico-profesionales acordadas –respetándose, así, la calidad de la oferta– y a los contratistas les permite reemplazar a su personal sin el riesgo que se resuelva el contrato por no cumplir con las obligaciones contenidas en la oferta. Conforme con lo expuesto, de darse el caso que se decidiera reemplazar al personal ofertado durante la ejecución del servicio, se deberá cumplir con los supuestos ya determinados: (i) que el personal de reemplazo reúna las características previstas en las bases para el profesional que requiere ser reemplazado o, en su defecto, los supere, y (ii) se cuente con la autorización previa de la Entidad. En este punto, es preciso señalar que, para verificar que el reemplazante cumple con las mismas características técnico - profesionales requeridas, la Entidad debe remitirse a los términos de referencia (perfil mínimo solicitado) y a los requisitos de calificación en el caso del personal clave; es decir, la Entidad no debe considerar características técnico-profesionales que no fueron establecidas como requerimientos técnicos mínimos, tales como títulos profesionales o títulos académicos o experiencia que no se exigió en las Bases. **2.1.3.** Efectuadas las precisiones anteriores debe señalarse que es objeto de la presente consulta determinar si la variación del personal propuesto puede realizarse con otro personal que cumpla con los requerimientos técnicos mínimos o necesariamente debe reunir iguales o superiores características a las del originalmente ofertado. Al respecto, conforme se indicó anteriormente, el contratista se encuentra en la obligación de ejecutar el servicio con el personal ofertado en el procedimiento de selección, pudiendo realizar el reemplazo de uno o más de ellos, siempre y cuando el reemplazo propuesto reúna iguales o superiores características a las del personal a ser reemplazado de conformidad con lo previsto en las bases, para lo cual debe considerar lo solicitado en los términos de referencia y en los requisitos de calificación en el caso del personal clave, debiendo para ello contar con la autorización previa por parte de la Entidad. [...] (Opinión N.º 252-2017/DTN, de 30-11-2017, ff. 2.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EAnQzi>).

§ 1957. Precisiones de los términos “supervisor” y “residente” (art. 190.1). CONSULTA Y ANÁLISIS: **2.1.** “¿A qué tipo de profesional se refiere la norma citada [Art. 162 del Reglamento, D. S. N.º 350-2015-EF] cuando habla de “supervisor”, a cualquier personal profesional (especialistas) que conforma el equipo de la Supervisión o solo a la persona natural designada por la persona jurídica como “supervisor permanente en la obra” según se indica en la parte final del primer párrafo del artículo 159 del Reglamento, vale decir, al Jefe de Supervisión?”. [...] **2.2.** “De la misma manera, ¿A qué se refiere la norma citada cuando habla de “residente”, solo al profesional que tiene dicha denominación o se refiere a cualquier personal conformante del equipo del contratista executor de la obra?”. [...] **3.** CONCLUSIONES: **3.1.** El profesional al que hace alusión el artículo 162 del Reglamento [cfr. art. 190 del Nuevo Reglamento], en caso que el supervisor sea una persona jurídica, es la persona natural que ha sido designada -por dicha persona jurídica- como supervisor permanente de la obra. **3.2.** El residente de obra al que hace alusión el artículo 162 del Reglamento está referido al profesional que cumple las con las condiciones y características descritas conforme al artículo 154 del Reglamento [cfr. art. 179 del Nuevo Reglamento], y que se encuentra laborando en calidad de residente en una obra contratada por la Entidad que no cuenta con recepción de la obra. (Opinión N.º 010-2017/DTN, de 12-01-2017, ff. 2.1, 2.2, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BQowxT>).

§ 1958. La oportunidad en la que el Comité de Selección debe verificar que el personal permanente de una oferta no se encuentra laborando como supervisor o residente en alguna obra contratada por la Entidad, es en la calificación de ofertas (art. 190.1). CONSULTA Y ANÁLISIS: **2.1.** “¿Cuál es la oportunidad en la que el Comité de selección debe verificar que el personal permanente presentado en la oferta de un postor, no se encuentra laborando como supervisor o residente en alguna obra contratada por la Entidad?”. [...] **2.1.2.** Ahora bien, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 162 del Reglamento [cfr. art. 190 del Nuevo Reglamento], “Es responsabilidad del contratista ejecutar su prestación con el plantel profesional ofertado. Cuando los postores presenten dentro de su oferta como personal permanente a profesionales que se encuentran laborando como residente o supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuentan con recepción, dicha oferta debe ser descalificada.” (El resaltado y subrayado son agregados). En esa medida, se advierte que deberán descalificarse aquellas ofertas que incluyan en su plantel

profesional como “personal permanente” a profesionales que se encuentren laborando en calidad de **residente o supervisor -o inspector-** en obras contratadas por la Entidad que no cuenten con recepción. Dicho lo anterior, centrándonos en el tenor de la presente consulta, la oportunidad en la que el Comité de Selección debe verificar que el personal permanente de una oferta no se encuentre laborando como residente o supervisor -o inspector- en obras contratadas por la Entidad que no cuenten con recepción, es en la calificación de ofertas. (Opinión N.º 077-2018/DTN, de 04-06-2018, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r6dPAO>).

§ 1959. **La condición de que el residente, supervisor o inspector se encuentre laborando en una obra implica una intervención efectiva en la ejecución de una obra de la Entidad (art. 190.1).** CONSULTA: 2.2. “¿A partir de qué momento se considera que un supervisor o residente se encuentra laborando en una obra contratada por la Entidad?”. En este punto, debe reiterarse que el primer párrafo del artículo 162 del Reglamento [cfr. art. 190 del Nuevo Reglamento] establece que “Es responsabilidad del contratista ejecutar su prestación con el plantel profesional ofertado. Cuando los postores presenten dentro de su oferta como personal permanente a profesionales que se encuentran laborando como residente o supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuentan con recepción, dicha oferta debe ser descalificada”. (El resaltado y subrayado son agregados). Al respecto, es importante precisar que la condición establecida en el primer párrafo del artículo 162 del Reglamento referida a que el residente o supervisor -o inspector- se encuentre laborando en una obra implica una intervención efectiva en la ejecución de una obra de la Entidad. (Opinión N.º 077-2018/DTN, de 04-06-2018, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r6dPAO>).

§ 1960. **Entidad no podía autorizar el reemplazo del personal profesional por otro que no cumpla con tener iguales o superiores características al asignado inicialmente al servicio, incluso si la imposibilidad de continuar con la prestación del servicio por parte del profesional que se pretende reemplazar, se deba a causa de fuerza mayor.** CONSULTA: 2.1. “(...) si durante la ejecución contractual de un servicio un personal profesional altamente calificado asignado al mismo, se encuentra imposibilitado de continuar con la prestación del servicio (caso fortuito y fuerza mayor) y dentro del mercado nacional no existe otro profesional de iguales o superiores características al asignado inicialmente al servicio ¿la Entidad puede ordenar modificar el contrato para la continuación del servicio disponiendo coberturar el personal altamente calificado por otro con diferentes características a las previstas inicialmente, siempre que el nuevo personal cumpla el requerimiento técnico y previa evaluación de la necesidad del área usuaria, a efectos de alcanzar la finalidad del contrato?” [...] 2.1.2. [...] [P]odía darse el caso que por diferentes circunstancias (caso fortuito o fuerza mayor, por ejemplo) el postor podría encontrarse imposibilitado de prestar sus servicios con el mismo personal propuesto durante el proceso de selección. Así, resultaba razonable –y en determinados casos hasta necesario– que exista la posibilidad de reemplazar al personal propuesto originalmente, con la finalidad de continuar con la ejecución del contrato. Sobre el particular, y considerando que el contenido de la oferta tiene carácter obligatorio, es importante señalar que el reemplazo del personal propuesto solo procedía cuando la Entidad verificaba que el sustituto poseía iguales o superiores características a las del profesional que requería ser reemplazado. En este punto, debe tenerse en consideración que el cumplimiento de esta condición le permitía a las Entidades asegurar que las prestaciones a su favor se ejecutarían con un personal con las calidades técnico-profesionales acordadas –respetándose, así, la calidad de la oferta– y a los contratistas les permitía reemplazar a su personal sin el riesgo que le resuelvan el contrato por no cumplir con los términos de su oferta. Conforme a lo anterior, de darse el caso que se decidiera reemplazar al personal ofertado para la ejecución del servicio, se debía cumplir con los supuestos ya determinados: (i) que el personal de reemplazo reuniera las características del profesional que requería ser reemplazado o, en su defecto, los superara, y (ii) se contara con la autorización previa de la Entidad. En este punto, es preciso señalar que en el marco de la anterior normativa de contrataciones del Estado, para verificar que el reemplazante cumpliera con las mismas características técnico-profesionales a las del reemplazado, la Entidad debía remitirse a los requerimientos técnicos mínimos y a los factores que fueron materia de evaluación y calificación; es decir, la Entidad no debía considerar características técnico-profesionales que no fueron establecidas como requerimientos

técnicos mínimos ni fueron materia de evaluación y calificación, tales como títulos profesionales o académicos no exigidos en las Bases o experiencia que no fue objeto de evaluación o calificación. Asimismo, a efectos de verificar que el personal reemplazante cumplía con las características del personal a ser reemplazado, debía considerarse solo las características en razón de las cuales se asignó puntaje en la evaluación de la oferta. 2.1.3. Efectuadas las precisiones anteriores debe señalarse que, es objeto de la presente consulta determinar si ante la imposibilidad de continuar la prestación del servicio con el personal inicialmente propuesto, y considerando que en el mercado nacional no existe otro personal de iguales o superiores características, la Entidad pueda aceptar personal con diferentes características a la del personal ofertado originalmente pero que cumple con el requerimiento técnico mínimo. Al respecto, conforme se indicó, el postor adjudicado con la buena pro se encontraba en la obligación de ejecutar el servicio con el personal ofertado en el proceso de selección, pudiendo realizar el reemplazo de uno o más de ellos, siempre y cuando el reemplazo propuesto reuniera iguales o superiores características que el personal a ser reemplazado, considerando las características que fueron materia de evaluación y calificación, debiendo para ello contar con la autorización previa por parte de la Entidad; por tanto, no bastaba con considerar los requerimientos técnicos mínimos del personal a reemplazar sino aquellas características en razón de las cuales se asignó puntaje en la evaluación de la oferta. En ese sentido, la Entidad no podía autorizar el reemplazo del personal cuando el reemplazante no reunía iguales o superiores características que el personal a ser reemplazado, debiendo considerar aquellas características en razón de las cuales se asignó puntaje en la evaluación de la oferta según lo descrito precedentemente, encontrándose en la potestad de resolver el contrato por el incumplimiento del contratista, según lo previsto en el literal c) del artículo 40 de la anterior Ley y 168 del anterior Reglamento. (Opinión N.º 139-2016/DTN, de 25-08-2016, ff. 2.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RCYjaJ>).

§ 1961. En los contratos de ejecución de obras, independientemente de las “otras penalidades” que puedan incluirse en el documento del procedimiento de selección, se debe incluir las penalidades previstas en el reglamento actualmente contemplado en el art. 190 del Nuevo Reglamento. Véase la jurisprudencia del artículo 163º del Nuevo Reglamento [§ 1804]. (Opinión N.º 163-2018/DTN, de 28-09-2018, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RXx8M1>).

Artículo 191: Cuaderno de Obra

191.1. En la fecha de entrega del terreno, el contratista entrega y abre el cuaderno de obra, el mismo que se encuentra legalizado y es firmado en todas sus páginas por el inspector o supervisor, según corresponda, y por el residente, a fin de evitar su adulteración. Dichos profesionales son los únicos autorizados para hacer anotaciones en el cuaderno de obra, salvo en los casos de ausencias excepcionales debidamente autorizadas por la Entidad, en los que puede autorizarse la firma del cuaderno de obra a otro profesional, el cual ejerce esta labor de forma exclusiva e indelegable.

191.2. El cuaderno de obra consta de una hoja original con tres (3) copias desglosables, correspondiendo una de estas a la Entidad, otra al contratista y la tercera al inspector o supervisor. El original de dicho cuaderno permanece en la obra, bajo custodia del residente no pudiendo impedirse el acceso al mismo.

191.3. Si el contratista o su personal, no permite el acceso al cuaderno de obra al inspector o supervisor, impidiéndole anotar las ocurrencias, constituye causal de aplicación de una penalidad equivalente al cinco por mil (5/1 000) del monto de la valorización del periodo por cada día de dicho impedimento.

191.4. Concluida la ejecución y recibida la obra, el original del cuaderno de obra queda en poder de la Entidad. La entrega del cuaderno de obra a la entidad se realiza en el acto recepción de obra o en el acto de constatación física de la obra, de corresponder; debiendo dichos actos anotarse como último asiento.

DEFINICIONES

CUADERNO DE OBRA: El documento que, debidamente foliado, se abre a la fecha de entrega del terreno y en el que el inspector o supervisor y el residente anotan las ocurrencias, órdenes, consultas y las respuestas a las consultas.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1962. **Finalidad y funciones que cumple el cuaderno de obra. 2.1.2.** [...] [El] cuaderno de obra debe permanecer en la obra bajo custodia del contratista (por intermedio de su residente), quien deberá permitir las anotaciones del inspector o supervisor y entregárselo a la Entidad una vez concluida la ejecución de la obra. **2.1.3.** Finalmente, es necesario precisar que, si bien el contratista debería mantener, de modo permanente y directo, a su residente durante la ejecución de la obra, en el supuesto (excepcional) en el que este no se encuentre en la misma, el cuaderno de obra debería permanecer en obra y en custodia del personal del contratista, en atención a que su finalidad, además de registrar los hechos relevantes ocurridos durante la ejecución de la obra, es servir de sustento a las solicitudes del contratista, quién deberá entregárselo a la Entidad una vez concluida la ejecución de la obra. **2.2.** [...] [C]onsiderando que en el cuaderno de obra se anotan los hechos relevantes y que la relevancia de un hecho depende básicamente de las condiciones particulares de dicho hecho y de cómo sea calificado por el residente o del inspector o supervisor –cuestión que dependerá de las circunstancias particulares–, la normativa de contrataciones del Estado no establece ni puede establecer una frecuencia para realizar anotaciones en el cuaderno de obra, las mismas que deben realizarse en función a la relevancia del hecho y no en función a una frecuencia. (Opinión N.º 023-2016/DTN, de 12-02-2016, ff. 2.1.2, 2.1.3 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RWQmS0>).

§ 1963. **En la situación excepcional que el residente de obra no se encuentra en ella, la custodia del cuaderno de obra recae en el personal del contratista. La normativa no establece una frecuencia para realizar anotaciones en el cuaderno de obra.** CONSULTA Y ANÁLISIS: **2.1.** “¿Quién debería asumir la custodia del Cuaderno de Obra en ausencia del Residente?”. CONCLUSIÓN: **3.1.** Si bien el contratista debería mantener, de modo permanente y directo, a su residente durante la ejecución de la obra, en el supuesto (excepcional) en el que este no se encuentre en la misma, el cuaderno de obra debería permanecer en obra y en custodia del personal del contratista, en atención a que su finalidad, además de registrar los hechos relevantes ocurridos durante la ejecución de la obra, es servir de sustento a las solicitudes del contratista, quién deberá entregárselo a la Entidad una vez concluida la ejecución de la obra. (Opinión N.º 023-2016/DTN, de 12-02-2016, ff. 2.1 y 3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RWQmS0>).

§ 1964. **La normativa no puede establecer una frecuencia para realizar anotaciones en el cuaderno de obra, las mismas deben realizarse en función a la relevancia del hecho.** CONSULTA Y ANÁLISIS: **2.2.** “¿Cuál es la frecuencia con la que deberían realizar las anotaciones en el Cuaderno de Obra el Residente y el Inspector o Supervisor?”. [...] CONCLUSIÓN: [...] **3.2.** Considerando que en el cuaderno de obra se anotan los hechos relevantes y que la relevancia de un hecho depende básicamente de las condiciones particulares de dicho hecho y de cómo sea calificado por el residente o del inspector o supervisor –cuestión que dependerá de las circunstancias particulares–, la normativa de contrataciones del Estado no establece ni puede establecer una frecuencia para realizar anotaciones en el cuaderno de obra, las mismas que deben realizarse en función a la relevancia del hecho y no en función a una frecuencia. (Opinión N.º 023-2016/DTN, de 12-02-2016, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RWQmS0>).

§ 1965. **La multa aplicable al contratista que impide al inspector o supervisor el acceso al cuaderno de obra, se calcula sobre el monto realmente valorizado y no en función al monto de la valorización programada para dicho periodo en el calendario de avance valorizado (art. 190.3).** CONSULTA Y ANÁLISIS: **2.1.** “Si el contratista no permite el acceso al cuaderno de obra al inspector o supervisor, impidiéndole anotar las ocurrencias, será causal de aplicación de multa del cinco por mil (5/1000) del monto de la valorización por cada día de dicho impedimento. ¿Esta multa por no acceso al cuaderno de obra es por la valorización programada del mes X o por la valorización realmente ejecutado del mes X?”. [...] **2.1.2.** [...] Como puede apreciarse, el cuaderno de obra debía permanecer en la obra bajo custodia del contratista (por intermedio de su residente), quien debía permitir el acceso del inspector o supervisor para que realizaran las anotaciones que consideraran pertinentes. Cuando el residente impedía al ins-



pector o supervisor realizar anotaciones en el cuaderno de obra, debía aplicarse al contratista una multa de cinco por mil (5/1000) del monto de la valorización del periodo correspondiente, por cada día que se extendiera dicho impedimento. 2.1.3. En este punto, es importante precisar que la multa se aplicaba sobre el monto realmente valorizado en el periodo en el que el residente no permitió que el inspector o supervisor tuviera acceso al cuaderno de obra, y no en función al monto de la valorización programada para dicho periodo en el calendario de avance valorizado. 2.2. [...] Sin perjuicio de lo anterior, debe señalarse que cuando existían discrepancias sobre el monto de la valorización sobre el cual se calculaba la multa, la Entidad debía aplicarle al contratista la multa –por impedirle al inspector o supervisor el acceso al cuaderno de obra– en función al monto no controvertido de la valorización. Luego de resuelta la controversia sobre el monto de la valorización respectiva, se calculaba y reajustaba el monto definitivo de la multa. [...] 2.4. [...] Al respecto, debe indicarse que ni la Ley ni su Reglamento establecían un procedimiento específico para que la Entidad le solicite al contratista el pago de la multa por impedir el acceso del inspector o supervisor al cuaderno de obra. No obstante, considerando que el monto de la multa estaba vinculado con el de las valorizaciones, la Entidad, con el objeto de hacer efectivo su cobro, podía aplicar la multa en la valorización sobre la cual se calculaba, en las valorizaciones siguientes y hasta en la liquidación final de obra, según considerara conveniente. (Opinión N.º 112-2016/DTN, de 20-07-2016, ff. 2.1, 2.1.2, 2.1.3, 2.2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r4dU9i>).

Artículo 192: Anotación de ocurrencias

192.1. En el cuaderno de obra se anotan, en asientos correlativos, los hechos relevantes que ocurran durante la ejecución de esta, firmando al pie de cada anotación el inspector o supervisor o el residente, según sea el que efectúe la anotación. Las solicitudes que se requieran como consecuencia de las ocurrencias anotadas en el cuaderno de obra, se presentan directamente a la Entidad o al inspector o supervisor, según corresponda, por el contratista o su representante, por medio de comunicación escrita.

192.2. Los profesionales autorizados para anotar en el cuaderno de obra evalúan permanentemente el desarrollo de la administración de riesgos, debiendo anotar los resultados, cuando menos, con periodicidad semanal, precisando sus efectos y los hitos afectados o no cumplidos de ser el caso.

192.3. El cuaderno de obra es cerrado por el inspector o supervisor cuando la obra haya sido recibida definitivamente por la Entidad.

DEFINICIONES

HITOS: Son puntos de referencia que marcan eventos importantes en la ejecución de un proyecto y que sirven para supervisar su avance.

Artículo 193: Consultas sobre ocurrencias en la obra

193.1. Las consultas se formulan en el cuaderno de obra y se dirigen al inspector o supervisor, según corresponda.

193.2. Las consultas cuando por su naturaleza, en opinión del inspector o supervisor, no requieran de la opinión del proyectista, son absueltas por estos dentro del plazo máximo de cinco (5) días siguientes de anotadas las mismas. Vencido el plazo anterior y de no ser absueltas, el contratista dentro de los dos (2) días siguientes tiene que acudir a la Entidad, la cual las resuelve en un plazo máximo de cinco (5) días, contados desde el día siguiente de la recepción de la comunicación del contratista.

193.3. Las consultas cuando por su naturaleza, en opinión del inspector o supervisor, requieran de la opinión del proyectista son elevadas por estos a la Entidad dentro del plazo máximo de cuatro (4) días

siguientes de anotadas, correspondiendo a esta en coordinación con el proyectista absolver la consulta dentro del plazo máximo de quince (15) días siguientes de la comunicación del inspector o supervisor.

193.4. Para este efecto, la Entidad considera en el contrato celebrado con el proyectista cláusulas de responsabilidad y la obligación de atender las consultas que les remita la Entidad dentro del plazo que señale dicha cláusula. En caso no hubiese respuesta del proyectista en el plazo indicado en el numeral anterior, la Entidad absuelve la consulta y da instrucciones al contratista a través del inspector o supervisor, sin perjuicio de las acciones que se adopten contra el proyectista, por la falta de absolución de la misma.

193.5. Si en ambos casos, vencidos los plazos, no se absuelve la consulta, el contratista tiene el derecho a solicitar ampliación de plazo contractual por el tiempo correspondiente a la demora. Esta demora se computa sólo a partir de la fecha en que la no ejecución de los trabajos materia de la consulta empiece a afectar la ruta crítica del programa de ejecución de la obra.

DEFINICIONES

PROYECTISTA: Consultor de obra que ha elaborado el expediente técnico de obra.

Artículo 194: Valorizaciones y metrados

194.1. Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y son elaboradas el último día de cada período previsto en las bases, por el inspector o supervisor y el contratista.

194.2. En el caso de las obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formulan en función de los metrados ejecutados con los precios unitarios ofertados, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados por el contratista; a este monto se agrega, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.

194.3. En el caso de las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formulan en función de los metrados ejecutados aplicando las partidas y precios unitarios del desagregado de partidas que dio origen a la propuesta y que fuera presentada al momento de ofertar, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados; a este monto se agrega, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.

194.4. En las obras contratadas bajo el sistema a precios unitarios se valoriza hasta el total de los metrados realmente ejecutados, mientras que en el caso de las obras bajo el sistema de suma alzada se valoriza hasta el total de los metrados del presupuesto de obra.

194.5. Los metrados de obra ejecutados se formulan y valorizan conjuntamente por el contratista y el inspector o supervisor, y son presentados a la Entidad dentro de los plazos que establezca el contrato. Si el inspector o supervisor no se presenta para la valorización conjunta con el contratista, este la efectúa. El inspector o supervisor revisa los metrados durante el periodo de aprobación de la valorización.

194.6. El plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la Entidad para periodos mensuales es de cinco (5) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva, y es cancelada por la Entidad en fecha no posterior al último día de tal mes. Cuando las valorizaciones se refieran a periodos distintos a los previstos en este numeral, las bases establecen el tratamiento correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo.

194.7. A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de estas valorizaciones, por razones imputables a la Entidad, el contratista tiene derecho al reconocimiento de los intereses legales efectivos, de conformidad con los artículos 1234, 1245 y 1246 del Código Civil. ⁽¹⁾

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

(1) Rectificado por fe de erratas (12-01-2019).



DEFINICIONES

METRADO: Es el cálculo o la cuantificación por partidas de la cantidad de obra a ejecutar, según la unidad de medida establecida.

VALORIZACIÓN DE UNA OBRA: Es la cuantificación económica de un avance físico en la ejecución de la obra, realizada en un período determinado.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1966. La Entidad puede modificar el precio unitario a ser empleado en la ejecución del saldo de obra. La propia normativa de contrataciones del Estado contempla la posibilidad de efectuar reajustes de precios con la finalidad de actualizar el valor de los elementos que intervienen en la ejecución de una obra a la fecha correspondiente al mes de pago de la valorización, lo cual podría generar una variación en el precio unitario inicialmente fijado (art. 194.2). CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. “En un contrato de obra resuelto cuyo saldo de obra se vuelve a licitar, es posible que los precios unitarios contratados del saldo de obra, en cualquier sistema de contratación: precios unitarios, suma alzada, mixto, sean reducidos y/o modificados por la Entidad bajo el argumento de que alguno de sus recursos o componentes (mano de obra, materiales, equipos, herramientas, otros) ya han sido proporcionados y/o suministrados por el anterior contratista en la primera licitación contratada”. [...] 2.2. “En contratos a Precios Unitarios a la hora de formular las valorizaciones de obra se puede agregar o quitar recursos o componentes (mano de obra, materiales, equipos, herramientas, otros) del Precio Unitario ofertado por el contratista, ya sea por omisión u errores del Expediente Técnico o mal análisis del contratista a la hora de formular su propuesta, favoreciendo de esta forma a la entidad o contratista, según sea el caso, o el Precio Unitario ofertado por el contratista es inalterable.” [...] CONCLUSIONES. 3.1. La Entidad puede modificar el precio unitario a ser empleado en la ejecución del saldo de obra, cuando -al momento de fijar el valor de las prestaciones pendientes de culminación- cuente con determinados componentes (como por ejemplo: materiales, insumos, equipamiento o mobiliario) que, de acuerdo a lo establecido en el contrato resuelto, debían ser entregados por el contratista o que inicialmente no se encontraban a disposición de la Entidad. 3.2. Las valorizaciones de las obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios deben realizarse considerando los precios unitarios ofertados. No obstante ello, debe tenerse en cuenta que la propia normativa de contrataciones del Estado contempla la posibilidad de efectuar reajustes de precios con la finalidad de actualizar el valor de los elementos que intervienen en la ejecución de una obra a la fecha correspondiente al mes de pago de la valorización, lo cual podría generar una variación en el precio unitario inicialmente fijado. (Opinión N.º 103-2017/DTN, de 12-04-2017, ff. 2.1, 2.2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Srh41I>).

§ 1967. Si los metrados consignados en el expediente técnico de la obra fueran menores a los ejecutados por el contratista, la Entidad debe en el plazo correspondiente cancelar las valorizaciones debidamente aprobadas por el inspector o supervisor (art. 194.6). CONSULTA: 2.1. Considerando el análisis realizado en el numeral 3.2 de la Opinión N.º 027-2017/DTN ¿Cómo se implementaría o, en su defecto, cuál sería el procedimiento para proceder al pago a través de una valorización de lo efectivamente ejecutado por el contratista en el supuesto que la cantidad de metrados que aparece consignada en el presupuesto de obra, en la planilla de metrados de una determinada actividad o en otro de los documentos que formaba parte del expediente técnico fuera menor o distinta a la realmente ejecutada? ¿Sería necesaria la aprobación del Titular de la entidad u otros sustenios técnicos o legales? [...] 2.1.3. [...] [El] cuarto párrafo del artículo 197 del anterior Reglamento [cfr. art. 195.4 del Nuevo Reglamento] precisaba lo siguiente: “En las obras contratadas bajo el sistema a precios unitarios se valorizará hasta el total de los metrados realmente ejecutados, mientras que en el caso de las obras bajo el sistema de suma alzada se valorizará hasta el total de los metrados del presupuesto de obra”. (El subrayado es agregado). Como se observa, la anterior normativa de contrataciones del Estado establecía de manera expresa que en las obras contratadas bajo el sistema de contratación de “precios unitarios”, se valorizaba el total de los metrados realmente ejecutados; independientemente de los metrados que se hubieran consignado en el Expediente Técnico de la Obra.

2.1.4. Por tanto, en el marco de lo establecido en la anterior normativa de contrataciones del Estado, a fin de valorizar el total de los metrados realmente ejecutados en obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios debía observarse el procedimiento y los plazos previstos en el artículo 197 del anterior Reglamento, con independencia de que los metrados consignados -referencialmente- en el Expediente Técnico de la Obra fueran menores a los ejecutados por el contratista. Así, dicho dispositivo regulaba el plazo que la Entidad tenía para cancelar las valorizaciones debidamente aprobadas por el inspector o supervisor -según correspondiera-, sin establecer que para dicho efecto se requiriera la aprobación del titular de la Entidad u otros sustentos. (Opinión N.º 069-2018/DTN, de 24-05-2018, ff. 2.1, 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FNonz8>).

§ 1968. **La Entidad solo podrá ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de prestaciones, cuando ello sea necesario debido a la modificación de los planos o especificaciones técnicas, y no debido a la mayor o menor ejecución de metrados.** 2.2. *¿[...] [Es] posible que en una modalidad de contrata a suma alzada, en la que la Entidad formuló y aprobó el expediente técnico, dé origen a adicionales o deductivos? [...] En estos supuestos la liquidación final de obra se realiza teniendo en cuenta únicamente los metrados contratados, de tal forma que el costo de la ejecución de mayores metrados es asumido por el contratista y, por tanto, la Entidad no debe efectuar pago adicional alguno. En cambio, el costo de la ejecución de menores metrados es asumido por la Entidad, dado que esta se encuentra obligada a pagar el íntegro del precio ofertado por el postor en su propuesta, atendiendo a la naturaleza del sistema a suma alzada. En tal sentido, en las obras ejecutadas bajo el sistema a suma alzada la Entidad solo podrá ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de prestaciones, cuando ello sea necesario debido a la modificación de los planos o especificaciones técnicas, y no debido a la mayor o menor ejecución de metrados, pues en estos supuestos el costo debe ser asumido por el contratista o la Entidad, según se trate de mayores o menores metrados, dado el sistema de contratación elegido. (Opinión N.º 021-2011/DTN, de 17-02-2011, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Flmskn>).*

§ 1969. **El contratista se encuentra obligado a corregir las deficiencias o errores sin costo alguno para la Entidad, si el expediente técnico de la prestación adicional de la obra elaborado por el contratista ejecutor presenta errores o deficiencias que no fueron advertidas por la Entidad al momento de su aprobación.** CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. *“¿[...] resultaría procedente que en un contrato de obra, suscrito bajo el sistema a precios unitarios, se apruebe una prestación adicional de obra por deficiencias en el expediente técnico no del contrato de obra sino de otra prestación adicional aprobada por la Entidad, cuyo expediente técnico fuera elaborado por el contratista ejecutor de la obra? [...] 2.1.5. [Si] el expediente técnico de la prestación adicional de obra elaborado por el contratista ejecutor de la misma obra presentaba deficiencias o errores que no fueron advertidos por la Entidad al momento de su aprobación, el contratista -en atención a que dicha prestación constituía una de sus obligaciones contractuales- se encontraba obligado a corregir dichas deficiencias o errores sin costo alguno para la Entidad; es decir, la Entidad no tenía que aprobar ninguna prestación adicional de obra para tal efecto ni ordenar pago alguno. Asimismo, debe tenerse en consideración que la corrección de las indicadas deficiencias o errores podía tener como efecto la modificación del expediente técnico de las prestaciones adicionales inicialmente aprobado y, como consecuencia de ello, incrementar el monto de su presupuesto; en tal caso, dicho incremento debía ser asumido íntegramente por el contratista, ello en atención a que la tarea de verificar que la solución técnica de diseño se ajustara a la prestación principal, formaba parte de sus obligaciones esenciales. De otro lado, es importante considerar que la cantidad de metrados señalados en el expediente técnico de la prestación adicional de obra era referencial en el caso de obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, razón por la cual no podía considerarse que existía un error en el expediente técnico de la prestación adicional de obra elaborada por el contratista cuando la cantidad de metrados previstos inicialmente no era igual a la realmente ejecutada, pues en este sistema los metrados o cantidades son referenciales. Cabe precisar que la regla establecida para la ejecución de una obra contratada bajo el sistema de precios unitarios era que los metrados se debían valorizar y pagar en función a las cantidades efectivamente ejecutadas, independientemente de si dichas cantidades*

estaban en el expediente técnico original o en el expediente técnico de la prestación adicional de obra. Sin perjuicio de lo señalado, y considerando que situaciones imprevisibles podían afectar la ejecución de la obra y, asimismo, la ejecución de las prestaciones adicionales de obra previamente aprobadas, debe señalarse que era posible que una Entidad aprobara una prestación adicional de obra que modificara las condiciones de ejecución de otra prestación adicional previamente aprobada, siempre que ello fuera indispensable y/o necesario para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que generara un presupuesto adicional, de conformidad con el criterio señalado en el segundo párrafo del numeral 2.4 de la Opinión N.º 060-2014/DTN. (Opinión N.º 185-2016/DTN, de 30-11-2016, ff. 2.1 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2S9ShPA>).

§ 1970. Durante la etapa de ejecución contractual no es posible cambiar el periodo de valorización establecido en las Bases Integradas. CONSULTA: 2.1. *“Si las Bases Integradas establecen que las valorizaciones son mensuales y un máximo porcentaje de adelanto de materiales a otorgar ¿Puede cambiarse de valorizaciones mensuales a valorizaciones quincenales? ¿Se puede modificar el porcentaje de adelanto de materiales a otorgar, respetando los límites establecidos en el Reglamento?” [...] 2.1.2.* Ahora bien, considerando que el periodo para valorizar establecido en las Bases Integradas (quincenal, mensual, etc.) constituía una de las condiciones del contrato de obra, corresponde analizar si la anterior normativa de contrataciones del Estado contemplaba como un supuesto de modificación contractual al cambio de la periodicidad de las valorizaciones. Al respecto, debe indicarse que el segundo párrafo del artículo 35 de la anterior Ley [cfr. art. 34 de la Ley vigente] disponía que el contrato entraba en vigencia cuando se cumplieran las condiciones establecidas para dicho efecto en las Bases, precisando que en el contrato se podían incorporar otras modificaciones expresamente establecidas en el Reglamento. En este punto, es importante señalar que el anterior Reglamento [referido al DS N.º 184-2008-EF] contemplaba una serie de modificaciones que podían efectuarse respecto del contrato de obra, tales como la aprobación de prestaciones adicionales, la reducción de prestaciones, la ampliación de plazo, entre otros; no obstante ello, ninguna de estas modificaciones se encontraba referida a la variación del periodo en el cual debían efectuarse las valorizaciones. En ese orden de ideas, puede concluirse que dentro de las modificaciones que la anterior normativa de contrataciones del Estado [referido al Decreto Legislativo N.º 1017 y al D. S. N.º 184-2008-EF] preveía para el contrato de obra no se encontraba la variación de la periodicidad de las valorizaciones; por lo tanto, durante la ejecución contractual, no era posible cambiar el periodo de valorización establecido en las Bases Integradas, el mismo que formaba parte del contrato. [...] [Una] vez que las bases quedaban integradas, el porcentaje máximo hasta por el cual se podía entregar el adelanto de materiales e insumos -en caso se hubiera contemplado su otorgamiento- quedaba establecido como regla definitiva del proceso de selección y -por tanto- como parte integrante del contrato; no pudiendo modificarse dicho porcentaje durante la ejecución contractual, dado que su variación no se encontraba contemplada por la anterior normativa de contrataciones del Estado como uno de los supuestos de modificación del contrato de obra. (Opinión N.º 021-2017/DTN, de 31-01-2017, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BRVE8t>).

Artículo 195: Reajustes

En el caso de obras, los reajustes se calculan en base al coeficiente de reajuste “K” conocido al momento de la valorización. Cuando se conozcan los Índices Unificados de Precios que se aplican, se calcula el monto definitivo de los reajustes que le corresponden y se pagan con la valorización más cercana posterior o en la liquidación final sin reconocimiento de intereses.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1971. Aplicación de reajustes en obras ejecutadas bajo el sistema de suma alzada. 2.2. [...] [La] obligación de reajustar las valorizaciones tiene por objeto actualizar el valor de los elementos que

intervienen en la ejecución de una obra a la fecha correspondiente al mes de pago de la valorización -toda vez que su valor original puede haber variado desde que se contrajo la obligación-, manteniendo -de esta manera- el equilibrio económico del contrato. [...] 2.4. De conformidad con lo expuesto, la normativa de contrataciones del Estado no establece que el reajuste de las valorizaciones resulta aplicable solo a las obras que se ejecuten bajo un sistema de contratación en particular; por tanto -en los casos que corresponda- se debe calcular el reajuste de cada valorización a efectos de actualizar el valor de los elementos que intervienen en la ejecución de una obra y de evitar la afectación del equilibrio económico del contrato, independientemente del sistema de contratación que haya sido empleado. En tal sentido, cuando se trate de una obra contratada bajo el sistema a suma alzada, la Entidad debe reajustar las valorizaciones que se realicen durante su ejecución, siempre que ello corresponda, toda vez que el sistema de contratación regula -principalmente- la forma en que deben elaborarse dichas valorizaciones (las mismas que se efectúan a precios originales del contrato); en cambio, los reajustes se aplican con posterioridad, sobre los montos ya valorizados. (Opinión N.º 188-2015/DTN, de 17-12-2015, ff. 2.2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RAXRcU>).

§ 1972. Independientemente del sistema de contratación bajo el cual se ejecuta una obra, se debe calcular el reajuste de cada valorización derivada de un contrato de obra. La liquidación de un contrato de obra debería incorporar todos los reajustes efectuados sobre las valorizaciones de la obra, incluidos aquellos pendientes de pago. 2.1.4. [...] Una vez realizada la recepción de la obra -procedimiento que se inicia cuando culmina la ejecución de la misma-, corresponde iniciar el procedimiento de liquidación del contrato de obra, el mismo que puede definirse como un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico, que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad. Así, la liquidación de un contrato de obra debe contener todas las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, conceptos que siempre forman parte del costo total de la obra. Del mismo modo, también puede incorporar otros conceptos autorizados por la normativa de contrataciones del Estado como las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos que se incluyen al cumplirse determinados supuestos y que determinan el saldo económico a favor de una de las partes. En esa medida, la liquidación de un contrato de obra debería incorporar todos los reajustes efectuados sobre las valorizaciones de la obra, incluidos aquellos pendientes de pago. 2.1.5. Finalmente, debe precisarse que la contratación de una obra bajo el sistema a suma alzada no impide ni proscribire el reajuste de las valorizaciones que se realicen durante su ejecución, debido a que el sistema de contratación regula, principalmente, la forma en que deben elaborarse las valorizaciones (las mismas que se efectúan a precios originales del contrato); en cambio, los reajustes se aplican con posterioridad, sobre los montos ya valorizados. En consecuencia, independientemente del sistema de contratación bajo el cual se ejecuta una obra, se debe calcular el reajuste de cada valorización derivada de un contrato de obra ejecutado en moneda nacional, debiendo pagarse con la valorización más cercana o en la liquidación final de obra. (Opinión N.º 148-2015/DTN, de 23-09-2015, ff. 2.1.4 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2D60uye>).

§ 1973. Formula de reajuste en servicios. En los contratos de servicios que implicaban, además, la ejecución de prestaciones de obra, siempre que tales prestaciones de obra hubieran sido claramente diferenciadas en las Bases, dicho contrato podía incluir, excepcionalmente, fórmulas de reajuste que utilizaran los Índices Unificados de Precios de la Construcción para reajustar, únicamente, aquellas prestaciones de obra requeridas para su ejecución. CONCLUSIONES: 3.1. Las fórmulas de reajuste calculadas conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEL, eran aplicables a los contratos de servicios -o bienes- de tracto sucesivo, ejecución periódica o continuada, pactados en moneda nacional; debiendo precisarse que correspondía a la Entidad determinar, previamente, si el objeto de un contrato de servicios de conservación vial correspondía a la prestación de servicios en general, o si de acuerdo a las actividades o trabajos requeridos, estos podían catalogarse como obras; a efectos de establecer

adecuadamente las fórmulas de reajuste respectivas. 3.2. Los contratos bajo el ámbito de la anterior normativa de contrataciones del Estado -vigente en el año 2011- podían incluir, de manera excepcional y con el sustento correspondiente, la ejecución de prestaciones de diferente naturaleza, a las cuales se les debían aplicar las disposiciones que eran compatibles de acuerdo a su propia naturaleza; precisándose que las prestaciones de obra incluidas en contratos de servicios podían ejecutarse conforme con las disposiciones establecidas para la ejecución obras, siempre que, para tal efecto, dichas prestaciones hubieran sido claramente diferenciadas o identificadas en las Bases para poder aplicarles las disposiciones de obra correspondientes. 3.3. Si un contrato de servicios - de tracto sucesivo o de ejecución periódica o continuada, pactado en moneda nacional- implicaba la ejecución de prestaciones de obra, y siempre que estas últimas hubieran sido claramente diferenciadas de las de servicios, en las Bases; dicho contrato podía incluir, excepcionalmente, fórmulas de reajuste que utilizaran los Índices Unificados de Precios de la Construcción para reajustar, únicamente, aquellas prestaciones de obra requeridas para su ejecución. (Opinión N.º 004-2017/DTN, de 04-01-2017, ff. 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FU44jD>).

Artículo 196: Discrepancias respecto de valorizaciones o metrados

196.1. Si surgieran discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados entre el contratista y el inspector o supervisor o la Entidad, según sea el caso, estas se resuelven en la liquidación del contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

196.2. Si la valorización de la parte en discusión representa un monto igual o superior al cinco por ciento (5%) del contrato actualizado, la parte interesada puede someter dicha controversia a conciliación y/o arbitraje, o a la Junta de Resolución de Disputas, según corresponda; dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de haber tomado conocimiento de la discrepancia.

196.3. El inicio del respectivo medio de solución de controversias no implica la suspensión del contrato ni el incumplimiento de las obligaciones de las partes.

DEFINICIONES

CONTRATO ACTUALIZADO O VIGENTE: El contrato original afectado por las variaciones realizadas por los reajustes, prestaciones adicionales, reducción de prestaciones, o por ampliación o reducción del plazo, u otras modificaciones del contrato.

Artículo 197: Causales de ampliación de plazo

El contratista puede solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales ajenas a su voluntad, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación:

- a) Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.**
- b) Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiere otorgado.**
- c) Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de los mayores metrados, en contratos a precios unitarios.**

DEFINICIONES

PRESTACIÓN ADICIONAL DE OBRA: Aquella no considerada en el expediente técnico de obra, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional.

RUTA CRÍTICA DEL PROGRAMA DE EJECUCIÓN DE OBRA: Es la secuencia programada de las partidas de una obra cuya variación afecta el plazo total de ejecución de la obra.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1974. **La solicitud ampliación de plazo debe estar adecuadamente acreditada y sustentada por el contratista y en esta se debe cuantificar el plazo adicional que resulte necesario para culminar su prestación (art. 34.9). 2.1.3.** [...] [Se] desprende que el hecho o la circunstancia invocada como causal de ampliación de plazo debe estar adecuadamente acreditada y sustentada por el contratista y en la solicitud este debe cuantificar el plazo adicional que resulte necesario para culminar su prestación; y en función de ello, la Entidad evalúa la pertinencia de otorgar una ampliación de plazo. En virtud de lo expuesto, atendiendo al tenor de la consulta materia de análisis y sus antecedentes, debe señalarse que tanto en la regulación anterior como en la vigente se establecen los supuestos por los cuales el contratista puede solicitar ampliación de plazo en los contratos de bienes, servicios y ejecución de obras, siendo responsabilidad del contratista cuantificar y sustentar su solicitud. En ese orden de ideas, puede concluirse que corresponde a la Entidad (a través de los órganos responsables de revisar la solicitud) evaluar dicha solicitud y analizar, si los hechos y el sustento presentados por el contratista configuran la causal invocada para así poder aprobar su solicitud. En consecuencia, la Entidad debe emitir pronunciamiento respecto a los hechos y el sustento contenidos en la solicitud de ampliación de plazo presentados por el contratista dentro del plazo previsto en la normativa; siendo que, de no emitirse pronunciamiento por parte de la Entidad, se tendrá por aprobada la ampliación, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. (Opinión N.º 074-2018/DTN, de 30-05-2018, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ByI35N>).

§ 1975. **Las paralizaciones ocasionadas por causas no atribuibles al contratista constituyen una causal para que este solicite la ampliación del plazo de ejecución del contrato (inc. a).** CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. "(...) Si se firmó un acta de paralización de obra entre la Entidad y el Contratista por falta de aprobación del componente eléctrico que forma parte del expediente técnico. ¿Para REINICIAR la ejecución de la obra, cuál sería el procedimiento administrativo, teniendo en cuenta que de conformidad con lo previsto en el Art. 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 198.1 del Nuevo Reglamento], la solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente?". CONCLUSIONES: 3.1. Las paralizaciones que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente, ocasionadas por causas no atribuibles al contratista (lo que debe estar debidamente acreditado), constituyen una causal para que este solicite la ampliación del plazo de ejecución del contrato, debiendo dicha solicitud realizarse -previa anotación en el cuaderno de obra- antes del vencimiento del contrato. Vencido el referido plazo no resulta procedente efectuar la solicitud de ampliación de plazo. (Opinión N.º 016-2016/DTN, de 10-02-2016, ff. 2.1 y 3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: Texto completo: <bit.ly/2RAR5nr>).

§ 1976. **Al aprobarse la ampliación del plazo contractual, también se reconoce la ocurrencia del evento generador del atraso o paralización, y la suspensión del contrato desde el inicio de tal evento, aun cuando la solicitud de ampliación sea posterior al término del plazo originalmente pactado.** CONSULTA: 2.1. "¿Es válida la presentación de una solicitud de ampliación de plazo efectuada después del vencimiento del contrato, debido a que el hecho generador del atraso o paralización que da mérito al pedido finalizó con posterioridad al vencimiento del plazo de ejecución contractual?". [...] [Para] que el contratista pueda solicitar la ampliación del plazo contractual, el hecho o evento generador del atraso o paralización, o del caso fortuito o fuerza mayor, deben de haber cesado previamente. No obstante, el cese de tal hecho o evento puede ocurrir con anterioridad o posterioridad al término del plazo originalmente pactado, sin que ello dependa de la voluntad del contratista; por ello, uno de los efectos de la aprobación de la ampliación de plazo es el reconocimiento de la suspensión del contrato desde el inicio del hecho o evento generador del retraso o paralización, o del caso fortuito o fuerza mayor. De esta manera, al aprobarse la ampliación del plazo contractual, también se reconoce la ocurrencia del evento o hecho generador del atraso o paralización, o del caso fortuito o fuerza mayor, y la suspensión del contrato desde el inicio de tal evento, aun cuando la solicitud de ampliación sea posterior al término del plazo originalmente pactado, el cual, en estricto, nunca habría vencido, dado el posterior reconocimiento de



la suspensión del contrato al momento de aprobar la ampliación. (Opinión N.º 055-2011/DTN, de 10-05-2011, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CZ5T1o>).

§ 1977. **Tanto las anteriores regulaciones como en la vigente se establecen los supuestos por los cuales el contratista puede solicitar ampliación de plazo, en todas ellas se establece que la ampliación por cualquiera de las causales ajenas a su voluntad será siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente.** CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.7. “¿Es posible distinguir entre causales abiertas y cerradas de acuerdo a lo estipulado en el artículo 200 del Anterior Reglamento [DS N.º 184-2008-EF] y 169 del Reglamento [DS N.º 350-2015-EF]?” [...] [Tanto] la normativa de contrataciones del Estado vigente [referido al DS N.º 350-2015-EF], como la anterior [referido al DS N.º 184-2008-EF], establecen las causales de ampliación de plazo para los contratos de ejecución de obra. Al respecto, debe señalarse que el artículo 169 del Reglamento establece que el contratista, ante situaciones ajenas a su voluntad que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud, puede solicitar la ampliación del plazo contractual por las siguientes causales: (i) atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista; (ii) cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de la prestación adicional de obra solicitada por la Entidad; y (iii) cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de mayores metrados que no provengan de variaciones del expediente técnico de obra, en el caso de contratos a precios unitarios. Por otra parte, el artículo 200 del anterior Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 184-2008-EF -modificado por Decreto Supremo N.º 138-2012-EF- señalaba que el contratista podía solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales, siempre que modificaran la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación: (i) Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista, (ii) atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad, (iii) caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado y, (iv) cuando se aprobaba la prestación adicional de obra. (Opinión N.º 074-2018/DTN, de 30-05-2018, f. 2.7. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ByI35N>).

§ 1978. **La circunstancia invocada como causal de ampliación de plazo debe estar adecuadamente acreditada y sustentada por el contratista y en la solicitud debe cuantificar el plazo adicional que resulte necesario para culminar su prestación.** 2.5. [...] [Debe] precisarse que tanto la regulación anterior como la vigente, establecen los supuestos por los que el contratista puede solicitar la ampliación de plazo, el procedimiento para la tramitación de dicha solicitud y el plazo que tiene la Entidad para pronunciarse al respecto. De ello se desprende que el hecho o la circunstancia invocada como causal de ampliación de plazo debe estar adecuadamente acreditada y sustentada por el contratista y en la solicitud debe cuantificar el plazo adicional que resulte necesario para culminar su prestación; y en función de ello, la Entidad evalúa la pertinencia de otorgar una ampliación de plazo. [...] En ese orden de ideas, puede concluirse que corresponde a la Entidad (a través de los órganos responsables de revisar la solicitud) evaluar dicha solicitud y analizar, si los hechos y el sustento presentados por el contratista configuran la causal invocada para así poder aprobar su solicitud. En consecuencia, la Entidad debe emitir pronunciamiento respecto a los hechos y el sustento contenidos en la solicitud de ampliación de plazo presentado por el contratista dentro del plazo previsto en la normativa; siendo que, de no emitirse pronunciamiento y no exista opinión del supervisor o inspector [...], se tendrá por aprobada la ampliación. (Opinión N.º 074-2018/DTN, de 30-05-2018, f. 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ByI35N>).

§ 1979. **Si la Entidad determina que no corresponde otorgar el plazo de ampliación para la ejecución de la obra solicitada por el contratista, el retraso en la ejecución deviene en injustificado; por lo que, la extensión de los servicios de supervisión debe ser asumida por el contratista.** Véase la jurisprudencia del artículo 189º del Nuevo Reglamento [§ 1953]. (Opinión N.º 123-2018/DTN, de 17-08-2018, ff. 2.1 y 3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r6la2t>).

Artículo 198: Procedimiento de ampliación de plazo

198.1. Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, el contratista, por intermedio de su residente anota en el cuaderno de obra, el inicio y el final de las circunstancias que a su criterio determinen ampliación de plazo y de ser el caso, el detalle del riesgo no previsto, señalando su efecto y los hitos afectados o no cumplidos. Tratándose de mayores metrados en contratos a precios unitarios, el residente anota en el cuaderno de obra el inicio de la causal, luego de la conformidad emitida por el supervisor, y el final de esta a la culminación de los trabajos. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluida la circunstancia invocada, el contratista o su representante legal solicita, cuantifica y sustenta su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, con copia a la Entidad, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente.

198.2. El inspector o supervisor emite un informe que sustenta técnicamente su opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remite a la Entidad y al contratista en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad resuelve sobre dicha ampliación y notifica su decisión al contratista en un plazo máximo de quince (15) días hábiles, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe o del vencimiento del plazo, bajo responsabilidad. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se tiene por aprobado lo indicado por el inspector o supervisor en su informe.

198.3. En caso el inspector o supervisor no emita el informe al que se refiere el numeral anterior, la Entidad resuelve sobre la ampliación solicitada y notifica su decisión al contratista en un plazo máximo de quince (15) días hábiles, contados desde el vencimiento del plazo previsto para el inspector o supervisor, bajo responsabilidad.

198.4. Si dentro del plazo de veinte (20) días hábiles de presentada la solicitud, la entidad no se pronuncia y no existe opinión del supervisor o inspector, se considera ampliado el plazo solicitado por el contratista.

198.5. Cuando las ampliaciones se sustenten en causales que no correspondan a un mismo periodo de tiempo, sea este parcial o total, cada solicitud de ampliación de plazo se tramita y resuelve independientemente.

198.6. Cuando se trate de circunstancias que no tengan fecha prevista de conclusión, hecho que es debidamente acreditado y sustentado por el contratista de obra, y no se haya suspendido el plazo de ejecución contractual, el contratista puede solicitar y la Entidad otorgar ampliaciones de plazo parciales, a fin de permitir que el contratista valore los gastos generales por dicha ampliación parcial, para cuyo efecto se sigue el procedimiento antes señalado.

198.7. La ampliación de plazo obliga al contratista, como condición para el pago de los mayores gastos generales, a presentar al inspector o supervisor la programación CPM que corresponda y su respectivo calendario de avance de obra valorizado actualizado, la lista de hitos no cumplidos, el detalle del riesgo acaecido, su asignación así como su impacto considerando para ello solo las partidas que se han visto afectadas y en armonía con la ampliación de plazo concedida, en un plazo que no puede exceder de siete (7) días contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación al contratista de la aprobación de la ampliación de plazo. El inspector o supervisor los eleva a la Entidad, con los reajustes que puedan concordarse con el contratista, en un plazo máximo de siete (7) días, contados a partir del día siguiente de la recepción del nuevo calendario presentado por el contratista. En un plazo no mayor de siete (7) días, contados a partir del día siguiente de la recepción del informe del inspector o supervisor, la Entidad se pronuncia sobre dicho calendario, el mismo que, una vez aprobado, reemplaza en todos sus efectos al anterior. De no pronunciarse la Entidad en el plazo señalado, se tiene por aprobado el calendario elevado por el inspector o supervisor.

198.8. Cualquier controversia relacionada con las solicitudes de ampliación de plazo puede ser sometida al respectivo medio de solución de controversias dentro de los treinta (30) días hábiles posteriores a



la fecha en que la Entidad debió notificar su decisión o de la notificación de la denegatoria, total o parcial, de la solicitud formulada. ⁽¹⁾

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

(1) Rectificado por fe de erratas (12-01-2019)

OPINIONES DEL OSCE

§ 1980. No toda prestación adicional de obra requiere de la ampliación del plazo para su ejecución, por tanto, para determinar si corresponde otorgar o no una ampliación se debe analizar, en el caso en concreto, si la ejecución de las nuevas o mayores partidas o actividades que implica la ejecución de la prestación adicional de obra afectarán o no, y en qué medida, la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente. CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. “(...) un contrato de obra, bajo la modalidad de concurso oferta, en el cual se presenta la figura de prestaciones adicionales, (...) que sustenta la ampliación de plazo en su ejecución conforme lo descrito por el artículo 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 198 del Nuevo Reglamento], se consulta, ¿la ampliación de plazo deberá afectar solo las partidas que componen el adicional de obra o el total de partidas incluidas en el Expediente Técnico Definitivo, es decir, generará un plazo adicional al plazo establecido contractual para la ejecución total de la obra?”. [...] 2.1.3. [...] [Es] importante considerar que la aprobación de una prestación adicional de obra constituye una causal de ampliación del plazo debido a que, por lo general, la ejecución de nuevas y/o mayores prestaciones a las inicialmente pactadas requieren de un mayor plazo para ser ejecutadas; no obstante, es preciso señalar que no toda prestación adicional de obra requiere de la ampliación del plazo para su ejecución. En efecto, la aprobación de una ampliación del plazo para la ejecución de una prestación adicional de obra procede cuando las actividades y/o partidas que forman parte de la prestación adicional de obra aprobada van a afectar la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente o cuando se va requerir de un plazo mayor para su ejecución. Bajo el mismo criterio, cuando la ejecución de las actividades y/o partidas que forman parte de la prestación adicional de obra aprobada no van a afectar la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente (por ejemplo, cuando su ejecución puede ser paralela a las partidas o actividades que forman parte de la ruta crítica), no procederá aprobar una ampliación del plazo de ejecución de obra por dicha causal. En virtud de lo expuesto, para determinar si corresponde otorgar o no una ampliación del plazo para la ejecución de una prestación adicional de obra se debe analizar, en el caso en concreto, si la ejecución de las nuevas o mayores partidas y/o actividades que implica la ejecución de la prestación adicional de obra afectarán o no -y en qué medida- la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente, o si para su ejecución se requerirá de un plazo adicional; situaciones que solo podrán determinarse una vez aprobada la prestación adicional de obra. (Opinión N.º 180-2015/DTN, de 27-11-2015, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2VTkz3o>).

§ 1981. La normativa de contrataciones del Estado no establece que, luego de que el contratista presente su solicitud de adicional de obra, la Entidad está obligada a responderla en un plazo determinado. 2.4.2. [...] [La] Entidad debe emitir pronunciamiento respecto a los hechos y el sustento contenidos en la solicitud de ampliación de plazo presentados por el contratista dentro del plazo previsto en la normativa. 2.4.3. por otra parte, debe indicarse que tanto en la regulación anterior como en la vigente, el procedimiento previsto para la aprobación de una prestación adicional establece que la necesidad de ejecutar una prestación adicional de obra debe ser anotada en el cuaderno de obra, ya sea por el residente de obra o por el supervisor -o inspector, según corresponda, y que una vez realizada dicha anotación es el supervisor -o inspector- quien debe emitir su opinión técnica al respecto; luego de ello, la Entidad debe definir quién elaborará el expediente técnico de la prestación adicional de obra, para que posteriormente, de ser el caso, el supervisor -o inspector- remita a la Entidad el informe pronunciándose sobre la viabilidad de la solución técnica planteada en el expediente técnico; pues bien, es sólo en este momento, luego de contar con el pronunciamiento del supervisor -o inspector- que la

Entidad tiene un plazo máximo para emitir y notificar al contratista la resolución mediante la que se pronuncia sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional de obra. En consecuencia, la normativa de contrataciones del Estado no establece que, luego de que el contratista presente su solicitud de adicional de obra, la Entidad está obligada a responderla en un plazo determinado. (Opinión N.º 074-2018/DTN, de 30-05-2018, ff. 2.4.2 y 2.4.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ByI35N>).

§ 1982. La anotación en el cuaderno de obra no es la oportunidad en la que se debía detallar todas las partidas que se ejecutarían en la prestación adicional de obra (art. 34.4). CONSULTA: 2.1. *“En un proceso de aprobación de adicionales de obra, es necesario que en el cuaderno de obra sean anotadas el 100% de las partidas adicionales como requisito para que sea procedente la aprobación, o solamente es necesario anotar la causa, hecho o circunstancia que amerita el adicional de obra para luego presentar el presupuesto del adicional cuantificado para aprobación, esto en el marco del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado con DS N.º 184-2008-EF” [...] 2.2. “Para la elaboración del acta de pactación de precios por nuevas partidas en adicionales de obra, ¿es necesario la firma del supervisor de obra?” [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. La necesidad de ejecutar una prestación adicional de obra debía ser anotada en el cuaderno de obra por el inspector o supervisor o por el contratista (a través de su residente de obra) para poner en conocimiento de la otra parte las circunstancias que la originaron, y era en una etapa posterior -dentro de los diez (10) días siguientes- en la que el contratista debía presentar al supervisor o inspector, según corresponda, el presupuesto adicional de obra, el cual debía contener todas las partidas del adicional de obra; por consiguiente, la anotación en el cuaderno de obra no era la oportunidad en la que se debía detallar todas las partidas que se ejecutarían en la prestación adicional de obra. 3.2. Cuando en un contrato a precios unitarios se requería ejecutar una prestación adicional de obra que implicaba la ejecución de actividades no previstas en el expediente técnico original, la única posibilidad prevista por la normativa anterior era que las partes, es decir la Entidad y el contratista, debían pactar los precios de dichas actividades para incluirlas en el presupuesto de la prestación adicional correspondiente. En razón de ello, si no existía acuerdo, no era posible formular el presupuesto adicional ni, en consecuencia, aprobar la prestación adicional. 3.3. Si bien en el pacto de precios debían participar las partes conformantes de la relación contractual (es decir, el contratista y la Entidad), ello no impedía la posibilidad que en dicho acto además participe el supervisor o inspector, emitiendo su conformidad, en caso las partes así lo hubieran decidido. Sin embargo, en este último caso, la ausencia de la conformidad del supervisor o inspector, no invalidaba dicho acto (Opinión N.º 037-2018/DTN, de 19-03-2018, ff. 2.1, 2.2, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Sed7go>).*

§ 1983. Ampliación del plazo contractual es automática, es decir, se produce por el vencimiento del plazo concedido a la Entidad para pronunciarse respecto a dicha ampliación (art. 198.2). 2.1.2 [El] artículo 201 del Reglamento [cfr. art. 198.7 del Nuevo Reglamento] precisa que en caso la Entidad no cumpla con emitir y notificar la resolución mediante la cual se pronuncia respecto de la solicitud de ampliación presentada por el contratista en el plazo que se le ha concedido para tal efecto, la solicitud del contratista se considerará concedida o aprobada y, por tanto, ampliado el plazo contractual, bajo responsabilidad de la Entidad. Al respecto, debe indicarse que, en este supuesto, la ampliación del plazo contractual es automática y se produce por el solo transcurso o vencimiento del plazo concedido a la Entidad para pronunciarse respecto de la solicitud de ampliación presentada por el contratista. Así, la aprobación automática de la solicitud de ampliación del plazo contractual se convierte en una especie de sanción a la inacción de la Entidad que persigue resolver una situación que no puede mantenerse en suspenso pues ello podría evitar la oportuna ejecución de las prestaciones del contratista o que estas deengan en más onerosas para éste. (Opinión N.º 045-2011/DTN, de 04-05-2011, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QFXsM>).

§ 1984. No corresponde computar como días adicionales al plazo que tiene la Entidad para emitir y notificar la resolución, los días no utilizados por el contratista o el supervisor para formular la solicitud o presentar el presupuesto adicional de obra (art. 198.2). CONSULTA: 2.1. *“¿En caso que el Contratista y/o el Supervisor o Inspector de la Obra emitan su solicitud u opinión en un*



plazo inferior al límite máximo que establece la norma, la Entidad podrá contar como días adicionales a su plazo para emitir pronunciamiento los días no utilizados por el Contratista y/o Supervisor?”. CONCLUSIÓN: 3.1. Las Entidades están en la obligación de emitir y notificar la resolución pronunciándose sobre la solicitud de ampliación de plazo presentada por el contratista, en un plazo máximo de diez (10) días, computados desde el día siguiente de recibido el informe del supervisor de obra, de conformidad con lo establecido por el artículo 201 del Reglamento [cfr. art. 198 del Nuevo Reglamento]. En ese sentido, la Entidad no puede computar como días adicionales al plazo que tiene para emitir y notificar dicha resolución, los días no utilizados por el contratista o el supervisor para formular la solicitud o presentar el presupuesto adicional de obra a la Entidad, respectivamente. [...] (Opinión N.º 063-2012/DTN, de 10-05-2012, ff. 2.1 y 3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2H4xfB2>).

§ 1985. El contratista no pierde sus derechos a cobrar los mayores gastos generales, por el solo hecho de presentar extemporáneamente el calendario de avance de obra valorizado actualizado, sin embargo, su incumplimiento de presentar dicha documentación en un plazo no mayor de 7 días puede ser factible de aplicación de otras penalidades (art. 198.7). 2. CONSULTA: “(...) El hecho de que no se presente el calendario valorizado actualizado dentro de los 7 días, según lo establece el artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones [cfr. art. 198 del Nuevo Reglamento], y se presente extemporáneamente, exactamente en el noveno día, este hecho acarrearía la pérdida del derecho del contratista de cobrar los mayores gastos generales, derivados de una ampliación de plazo, la misma que se encuentra aprobada con resolución” [...] CONCLUSIONES. 3.1. Si bien la presentación del calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación CPM correspondiente -dentro del plazo previsto por el Reglamento- constituye una condición para el pago de los mayores gastos generales; en ningún caso la presentación extemporánea de los referidos documentos puede ocasionar que el contratista pierda el derecho a cobrar los mayores costos directos y gastos generales variables que se deriven del incremento del plazo de obra por causas ajenas a su voluntad; debido a que el pago de estos conceptos es una consecuencia económica de la ampliación de plazo orientada a mantener la relación de equivalencia y proporcionalidad que debe existir entre las prestaciones y derechos de las partes. 3.2. La valorización formulada por el contratista no será pagada hasta que el calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación CPM correspondiente sean presentados al supervisor o inspector de obra; en otras palabras, la Entidad no puede iniciar el procedimiento previsto en el artículo 172 del Reglamento [cfr. art. 201 del Nuevo Reglamento] en la medida que esta última condición no sea cumplida. 3.3. La Entidad puede evaluar la posibilidad de contemplar la aplicación de una penalidad cuando el contratista incumpla la obligación de presentar el calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación CPM correspondiente, en un plazo no mayor de siete (7) días contados a partir del día siguiente de la notificación al contratista del otorgamiento de la ampliación de plazo; para lo cual es necesario dar cumplimiento a las condiciones previstas en el artículo 134 del Reglamento [cfr. art. 163 del Nuevo Reglamento]. (Opinión N.º 244-2017/DTN, de 17-11-2017, ff. 2, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CetvII>).

§ 1986. Ante la solicitud de ampliación del plazo de obra por el contratista, el supervisor debe elaborar un informe que sustente su opinión. La solicitud se entiende por aceptada cuando la Entidad se pronuncia al respecto dentro de 15 días hábiles. 3. CONCLUSIONES. 3.1. El supervisor debía brindar su opinión respecto a la solicitud de ampliación de plazo presentada por el contratista a través de un informe en el que se precisaran los argumentos técnicos que le servían de fundamento, cumpliendo las formalidades exigidas en el anterior artículo 170 del Reglamento [cfr. art. 198 del Nuevo Reglamento]; en consecuencia, esta actuación no podía entenderse como cumplida con la sola anotación en el cuaderno de obra, aun cuando en este último el supervisor hubiera detallado el sustento técnico de su pronunciamiento. 3.2. La ampliación de plazo solicitada por el contratista se consideraba otorgada cuando, dentro del plazo de quince (15) días hábiles de presentada la solicitud, la Entidad no se pronunciaba al respecto, ni el supervisor brindaba su opinión a través de un informe en el que se precisaran los argumentos técnicos que le servían de fundamento, cumpliendo las formalidades exigidas

en el anterior artículo 170 del Reglamento. (Opinión N.º 169-2017/DTN, de 09-08-217, ff. 3.1 al 3.2. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MqR8l0>).

§ 1987. El plazo de notificación está considerado dentro del plazo con el que la Entidad cuenta para pronunciarse sobre la solicitud de ampliación del plazo contractual (198.2). CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. “¿Resulta de carácter obligatorio que las entidades públicas notifiquen sus resoluciones mediante las cuales se pronuncian sobre las solicitudes de ampliaciones de plazo y adicionales de obra, en el mismo plazo con el que cuentan para su emisión?” [...] 2.1.3. [Los] artículos 201º y 207º del Reglamento [del D. S. N.º 184-2008-EF] han establecido el plazo en el que las Entidades deben emitir la resolución mediante la cual se pronunciaron acerca de las solicitudes de ampliación del plazo contractual y de aprobación de prestaciones adicionales de obra, formuladas por los contratistas. Al respecto, debe precisarse que si bien estos artículos no señalan expresamente que dentro de dicho plazo la Entidad no solo debe emitir la respectiva resolución, sino también notificarla al contratista, ello resulta implícito, pues dicho plazo ha sido establecido con la finalidad de que, dentro de este, la Entidad adopte una decisión y la comunique formalmente al contratista. Así, de plantearse una interpretación contraria, la Entidad podría resolver, por ejemplo, la aprobación de un adicional en el plazo de diez (10) días y notificarlo en quince (15) días, lo que no se condice con la celeridad que la administración pública debe observar al pronunciarse sobre las solicitudes planteadas por los contratistas, pues ello repercute de forma directa en la oportuna satisfacción del interés de la Entidad en la contratación, que no es otro que la satisfacción del interés público. A mayor abundamiento, resulta pertinente señalar que la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece como requisito para la validez de los actos que emite la administración, que estos sean debidamente notificados al interesado. 2.1.4. En virtud de lo expuesto, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado ha establecido el plazo en el que las Entidades deben emitir las resoluciones mediante las que se pronunciarán sobre las solicitudes de ampliación del plazo contractual y de aprobación de prestaciones adicionales de obra, plazo dentro del cual deben realizar la debida notificación de las resoluciones al contratista. (Opinión N.º 051-2010/DTN, de 06-08-2010, ff. 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ShYKIw>).

§ 1988. Finalidad de la tramitación y resolución independiente en caso de solicitud de ampliación de plazo sustentas en causales de distintas fechas (art. 198.5). 2.3. [...] [El] cuarto párrafo del artículo 201 del Reglamento [cfr. art. 198.5 del Nuevo Reglamento] señalaba que “*Cuando las ampliaciones se sustentan en causales diferentes o de distintas fechas, cada solicitud de ampliación de plazo deberá tramitarse y ser resuelta independientemente, siempre que las causales diferentes no correspondan a un mismo periodo de tiempo sea este parcial o total.*” (El resaltado es agregado). El párrafo citado podía descomponerse en las siguientes reglas: (i) Si las solicitudes de ampliación de plazo se sustentaban en causales diferentes o de distintas fechas, cada solicitud de ampliación de plazo debía tramitarse y ser resuelta de manera independiente por la Entidad, y (ii) Si las solicitudes de ampliación de plazo correspondían a un mismo periodo de tiempo, sea total o parcial, la Entidad debía tramitarlas y resolverlas en conjunto, estén o no vinculadas a causales distintas. Sobre el particular, debe indicarse que estas disposiciones tenían por objeto que las Entidades tramitaran y resolvieran cada solicitud de ampliación de plazo de manera independiente, con la excepción de aquellas que se sustentaran en hechos ocurridos en un mismo periodo de tiempo (sea este parcial o total), pues, de evaluarse independientemente, podrían aprobarse dos o más ampliaciones de plazo por eventos que afectaron un mismo periodo de tiempo. Esta situación podía ocurrir cuando la Entidad se demoraba en aprobar una prestación adicional de obra que afectaba la ruta crítica y durante dicha demora se producía, de manera paralela, un evento que calificaba como caso fortuito o fuerza mayor (lluvias intensas). En este caso, el primer evento correspondía a la causal “atrasos o paralizaciones por causas atribuibles a la Entidad” y el segundo evento correspondía a la causal “caso fortuito o fuerza mayor”. De no existir el segundo efecto del párrafo citado, ambas causales, de tramitarse independientemente, podían generar una doble ampliación de plazo por un mismo periodo de tiempo; situación que iría en contra de la finalidad de la ampliación del plazo que es equilibrar las condiciones inicialmente pactadas. (Opinión N.º 024-2016/DTN, de 12-02-2016, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BonOHR>).



§ 1989. Supuesto en el que es posible presentar una solicitud de ampliación de plazo de ejecución de la obra, después de concluida la causal invocada, aun cuando fuera posterior al término del plazo de ejecución de la obra (art. 198.4). CONSULTAS Y ANÁLISIS: 2.1. “En el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Ley N.º 30225, y su Reglamento, aprobado por D.L. N.º 350-2015-EF; ¿es admisible una solicitud de ampliación de plazo en los contratos de obra cuando ha sido presentada dentro de los 15 días siguientes de concluida la causal invocada, pero solicitada fuera del plazo de ejecución de obra vigente? Se efectúa la consulta en razón que en el anterior Reglamento, aprobado por D.S. N.º 184-2008-EF, en su artículo 201º se establecía textualmente que “En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo”, sin embargo, en la normativa vigente [D.L. N.º 350-2015-EF] no se hace mención a dicho punto.” [...] 2.2. “En caso que la respuesta a la pregunta anterior sea positiva, ¿procedería también que las solicitudes de ampliaciones de plazo parcial presentadas fuera del plazo de ejecución de obra vigente?”. CONCLUSIONES: 3.1. En el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado [Ley N.º 30225 y D.L. N.º 350-2015-EF], es admisible la solicitud de ampliación de plazo presentada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 170 del Reglamento [cfr. art. 198 del Nuevo Reglamento], aun cuando fuera posterior al término del plazo de ejecución de la obra, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los quince (15) días siguientes de concluida la circunstancia invocada. 3.2. Para solicitar ampliaciones de plazo parciales debe seguirse el procedimiento regular previsto en el artículo 170 del Reglamento; lo cual podría ocurrir con posterioridad al término del plazo de ejecución de obra vigente. 3.3. Es competencia de cada Entidad definir si otorga la ampliación de plazo de obra solicitada por el contratista, o no; debiendo -para ello- evaluar si se ha configurado y justificado alguna de las causales contempladas en el artículo 169 del Reglamento [cfr. art. 197 del Nuevo Reglamento]. (Opinión N.º 125-2018/DTN, de 17-08-2018, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KAa1kg>).

§ 1990. La Entidad no puede aprobar de manera independiente, más de una solicitud de ampliación que se refieren a un mismo período de tiempo, sea parcial o total. CONSULTA: “Si en un contrato de obra, se ha otorgado una ampliación de plazo por causal distinta a la aprobación de un adicional y, posteriormente, se aprueba una ampliación de plazo por causal de aprobación de un adicional que está superpuesta a la ampliación de plazo anterior: 1. Teniendo en cuenta que la ampliación de plazo por causal distinta al adicional de obra le generaba al contratista el derecho al pago de los gastos generales pactados en el contrato, mientras que la ampliación de plazo por causal de adicional sólo generaba los gastos generales de ese específico adicional: ¿Deben pagarse de modo independiente los gastos generales que corresponden a cada ampliación de plazo? ¿O solo los que resultan mayores? ¿O por el contrario, solo los que resulten menores?”. CONCLUSIONES: 3.1. El cuarto párrafo del artículo 201 del anterior Reglamento [Decreto Supremo N.º 184-2008-EF] [cfr. art. 198 del Nuevo Reglamento] establecía que las Entidades debían tramitar y resolver cada solicitud de ampliación de plazo de manera independiente, con excepción de aquellas que se referían a un mismo periodo de tiempo (sea este parcial o total), pues, de evaluarse independientemente, podrían aprobarse dos o más ampliaciones de plazo por eventos que afectaron un mismo periodo de tiempo. Es decir, la Entidad no podía aprobar -de manera independiente- solicitudes de ampliación de plazo que correspondían a un mismo periodo (sea este parcial o total). 3.2. En caso la Entidad hubiese aprobado la ampliación del plazo de ejecución de obra -por haberse afectado la ruta crítica-, el contratista estaba obligado a presentar un calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación [...] correspondiente, debiendo considerar para ello sólo las partidas que se habían visto afectadas por la ampliación de plazo concedida y no todas aquellas. (Opinión N.º 071-2018/DTN, de 25-05-2018, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SjIM0c>).

§ 1991. La entidad debe evaluar el importe solicitado por el contratista en función de los documentos presentados para determinar si estaban debidamente acreditados los gastos generales y el costo directo derivado de la ampliación del plazo de ejecución contractual. CONSULTA: 2. “En el supuesto que la documentación que pudiera acreditar fehacientemente los gastos generales variables y el costo directo: a) Declaraciones Juradas de los profesionales; b) Informes mensuales de los profesionales, c) Consta-

tación física: d) Informes mensuales del supervisor presentado a la entidad; e) Anotaciones del cuaderno de obra donde conste los servicios adicionales prestados por la supervisión de la obra; ¿De qué forma se podría determinar y/o cuantificar el importe a pagar a favor del contratista? [...] 3. CONCLUSIÓN. Correspondía al supervisor de obra identificar el incremento exacto que los gastos generales variables y el costo directo habían sufrido como consecuencia de la ampliación de plazo, a efectos de determinar y/o cuantificar el monto que correspondía pagar a la Entidad; en ese contexto, esta última debía evaluar el importe solicitado por el contratista en función de los documentos presentados para determinar si estaban debidamente acreditados los gastos generales variables y el costo directo derivados de la ampliación del plazo de ejecución contractual. (Opinión N.º 033-2018/DTN, de 15-03-2018, ff. 2 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RIDkd8>).

§ 1992. Procedimiento para solicitar la ampliación del plazo de ejecución de obra. Actuación de la Entidad en caso de otorgarse la ampliación del plazo. CONSULTA Y ANÁLISIS: “¿En un contrato de obra bajo el sistema de contratación de suma alzada, cuando la ampliación de plazo se originó a causa de atraso en la ejecución de la obra y no por paralización de la misma, el pago a ser efectuado en concepto de gasto general variable por la ampliación de plazo, corresponde aquel del gasto general variable diario multiplicado por el plazo ampliado o al monto debidamente acreditado?”. CONCLUSIONES. 3.1. La normativa de contrataciones del Estado permite que el contratista solicite la ampliación del plazo de ejecución de obra cuando se produzcan determinados eventos -ajenos a su voluntad- que generen la variación de la ruta crítica del programa de ejecución de obra, independientemente del sistema de contratación empleado. 3.2. A efectos de que se produzca válidamente una ampliación de plazo -en un contrato de obra- es necesario dar cumplimiento al procedimiento y las condiciones contempladas en el artículo 170 del Reglamento [cfr. art. 198 del Nuevo Reglamento]; de esta manera, el plazo de ejecución no puede considerarse ampliado si el contratista no anotó tanto el inicio como el final de la causal en el cuaderno de obra o no presentó su solicitud dentro de los quince (15) días siguientes de concluida la circunstancia invocada, aun cuando la Entidad no hubiera emitido un pronunciamiento expreso sobre la solicitud de ampliación ni el inspector o supervisor hubiera opinado al respecto en el plazo previsto por el numeral 170.3 del artículo 170 del citado artículo [cfr. art. 198.4 del Nuevo Reglamento]. 3.3. Cuando se aprueba la ampliación del plazo de obra -en el marco de lo dispuesto por el artículo 170 del Reglamento- surge la obligación de la Entidad de pagar los mayores costos directos y gastos generales variables al contratista, así como el derecho del contratista a cobrar dichos conceptos de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 171 del Reglamento [cfr. art. 199 del Nuevo Reglamento]. 3.4. De haberse otorgado la ampliación de plazo conforme a lo dispuesto por el artículo 170 del Reglamento, la Entidad debe definir si durante la ocurrencia del evento generador de la ampliación de plazo se mantuvo la ejecución de un grupo de las actividades y/o partidas que conforman la obra (o de la totalidad de estas) a un ritmo menor que aquel previsto en el calendario de avance de obra, pues de ser así, los gastos generales variables deben calcularse en función al número de días otorgados como ampliación, multiplicándolo por el gasto general variable diario; no obstante, si el hecho originador de la ampliación tuvo como consecuencia que la ejecución de la totalidad de actividades y/o partidas de la obra sufra una detención integral durante un periodo determinado, corresponde que se paguen solo aquellos gastos generales debidamente acreditados por el contratista, pues se trataría de un supuesto de paralización total. (Opinión N.º 131-2018/DTN, de 24-08-2018, ff. 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KE9Lkn>).

§ 1993. Supuestos en los que un retraso se considera injustificado. La normativa de contrataciones del Estado no ha establecido un procedimiento específico para acreditar como justificado un retraso. No es posible aplicar el procedimiento referido a la ampliación de plazo en ejecución de obras al supuesto de aplicación de penalidad por mora ante retraso justificado. CONSULTA Y ANÁLISIS: 2.1. “Al amparo de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, ¿cuál es el procedimiento que se va a aplicar a fin de que se acredite justificado el retraso del contratista en la ejecución de sus prestaciones, supuesto establecido en el artículo 133º del Reglamento [cfr. art. 162 del Nuevo Reglamento] o se podría aplicar el supuesto establecido para las ampliaciones de plazo (artículo 170º del Reglamento [cfr. art. 198 del



Nuevo Reglamento] en el caso de obras)? [...] 2.2. “*Si no se puede aplicar el procedimiento establecido para las ampliaciones de plazo (artículo 170º del Reglamento en el caso de obras) ;Cuándo y cómo el Contratista tendría que acreditar justificado el retraso a fin que la entidad no le aplique la penalidad por mora?*” [...] CONCLUSIONES: 3.1. Conforme a lo expuesto en los numerales anteriores, un retraso justificado puede generar la solicitud de ampliación de plazo contractual y la no aplicación de penalidades por mora. En relación con la ampliación de plazo, ella debe ajustarse al procedimiento previsto en el Reglamento, por otro lado respecto a la solicitud de no aplicación de penalidades por mora, es necesario que el contratista acredite de manera objetiva que el retraso es consecuencia directa de un evento que no le resulta imputable, aspecto que es evaluado por la Entidad, (de acuerdo a sus normas de organización interna), debiendo precisarse que en este último caso la calificación del retraso como justificado -prevista en el último párrafo del artículo 133 del Reglamento- no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo. 3.2. Para efectos de la aplicación del artículo 133 del Reglamento un retraso será injustificado cuando: i) el contratista no hubiera solicitado la ampliación de plazo; ii) habiéndola solicitado ésta no fue aprobada por la Entidad; o, iii) no acreditó objetivamente que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. 3.3. Si bien la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido un procedimiento específico para acreditar como justificado un retraso, es necesario que cuando se ejecute la prestación de manera tardía el contratista acredite de manera objetiva que dicha demora es consecuencia directa de un evento que no le es imputable, para lo cual adjuntará el material de sustento que justifique dicha situación y que será evaluado por la Entidad. 3.4. El artículo 170 del Reglamento -referido a la ampliación de plazo en ejecución de obras- no resulta aplicable a un supuesto distinto como la aplicación de penalidades por mora ante retraso justificado, previsto en el último párrafo del artículo 133 del Reglamento. (Opinión N.º 148-2018/DTN, de 13-09-2018, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3.2, 3.3 y 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RpGawM>).

§ 1994. **Si la denegatoria de la solicitud de ampliación de plazo es sometida a arbitraje, no se suspende el pago correspondiente a los servicios prestados por el supervisor de obra.** CONSULTA: 2.2. “[...] [En] caso el contratista ejecutor hubiera sometido a arbitraje la denegatoria de su solicitud de ampliación de plazo, en cuyo laudo se determinará si el retraso le es o no imputable ;resulta igualmente aplicable lo dispuesto en el artículo 192 del Reglamento [cfr. art. 189 del Nuevo Reglamento]? Es decir, ¿se extenderían los servicios de supervisión? ;Quién asumiría el pago de dichos servicios durante la ejecución de la obra? ;La Entidad podría suspender el pago de los servicios de supervisión hasta la emisión del laudo que resuelve la controversia, sin que ello pueda generar la resolución del contrato de supervisión por incumplimiento de pago?” CONCLUSIONES: [...] 3.2. Si el laudo arbitral hubiese confirmado la decisión de la Entidad respecto a que no correspondía otorgar ampliación de plazo para la ejecución de la obra, en caso que hubiese existido retraso en la ejecución de las prestaciones, tal retraso era injustificado; por tanto, debía aplicarse lo dispuesto por el artículo 192 del anterior Reglamento [cfr. art. 189 del Nuevo Reglamento] y, en consecuencia, los mayores costos generados derivados de la extensión de los servicios de supervisión debían ser asumidos por el contratista, lo cual se hacía efectivo deduciendo ese monto de la liquidación del contrato de obra, siendo que durante la ejecución de la misma, tal costo era asumido por la Entidad. 3.3. Cuando hubiese existido una controversia entre el contratista encargado de la ejecución de la obra y la Entidad, esta no podía suspender el pago correspondiente a los servicios prestados por el supervisor de obra si dicho supervisor había ejecutado las prestaciones a su cargo de acuerdo a los términos y condiciones del contrato y la Entidad había emitido la conformidad respectiva. (Opinión N.º 123-2018/DTN, de 17-08-2018, ff. 2.2, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r6Ia2t>).

§ 1995. **Consecuencias de la ampliación de plazo de un contrato de obra y supuestos de pago de mayores gastos generales.** 3.1. Si bien la aprobación de una ampliación del plazo en un contrato de obra generaba como efecto económico el pago de mayores gastos generales variables al contratista; la demora en la recepción de obra por causas no imputables a este, también generaba en el contratista el derecho a que se le reconocieran, de manera directa –sin que existan procedimientos de solicitud o aprobación previos–, los gastos generales incurridos durante la demora, siempre que se encontraran de-

bidamente acreditados. **3.2.** No correspondía el pago de mayores gastos generales al contratista sin que la Entidad hubiera aprobado previamente la ampliación del plazo de ejecución de un contrato de obra, salvo que los gastos generales tuvieran su origen en la demora en la recepción de la obra por causas no imputables al contratista; supuesto en el cual, se generaba el derecho del contratista a que se le reconocieran, de manera directa, los gastos generales incurridos durante la demora. **3.3.** Cuando se aprobaba una ampliación de plazo como consecuencia de la aprobación de una prestación adicional de obra, sólo correspondía que por dicho período se reconocieran los gastos generales incluidos en el presupuesto de la prestación adicional de obra, pues constituían los gastos generales requeridos para su ejecución. **3.4.** Considerando que las solicitudes de ampliación del plazo se realizan durante el plazo de ejecución de obra y no una vez culminada esta, no es posible iniciar un procedimiento para la ampliación del plazo de ejecución de la obra durante su recepción, siendo necesario que el lapso de la demora en la recepción de la obra se adicione al plazo de ejecución de la obra de manera automática. **3.5.** Considerando que no es posible iniciar un procedimiento para la ampliación del plazo de ejecución de la obra por demoras en su recepción por causas no imputables al contratista, la Entidad no está obligada a pronunciarse sobre la ampliación del plazo, más aun cuando el lapso de la demora se adiciona al plazo de ejecución de manera automática. **3.6.** Cuando el plazo de ejecución de la obra se extienda por la ampliación de plazo originada por la demora en la recepción de la obra por causas no imputables al contratista, solo corresponde que se reconozcan al contratista los gastos generales variables debidamente acreditados incurridos durante la demora. **3.7.** Los mayores gastos generales variables que deben reconocerse al contratista por la demora en la recepción de la obra son únicamente los debidamente acreditados, los cuales corresponden a aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según se trate de un contrato de obra a precios unitarios o a suma alzada, respectivamente. **3.8.** Los gastos generales se acreditan con la presentación de documentos que demuestren, fehacientemente, que el contratista incurrió en estos, ya sea con comprobantes de pago, planillas, o cualquier otro documento que resulte pertinente, teniendo en consideración el tipo de gasto general variable del que se trate. (Opinión N.º 026-2014/DTN, de 07-02-2014, ff. 3.1 al 3.8. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2GtKNsC>).

§ 1996. En la ejecución de una obra bajo el sistema de precios unitarios, en caso de la ejecución de mayores metrados a la cantidad referencial contenida en el expediente técnico, no originaba la obligación de actualizar el calendario valorizado, salvo que tal ejecución hubiese modificado el plazo de ejecución. Véase la jurisprudencia del artículo 35º del Nuevo Reglamento [§ 1085]. (Opinión N.º 143-2018/DTN, de 11-09-2018, ff. 2.3 y 2.3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PbkrYy>).

§ 1997. Puede usarse cualquier tipo de documento para sustentar la solicitud de ampliación del plazo de ejecución contractual, siempre que a través de estos pudiera acreditar fehacientemente los hechos. Véase la jurisprudencia del artículo 157º del Nuevo Reglamento [§ 1730]. (Opinión N.º 170-2016/DTN, de 17-10-2016, f. 2.1.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2S6f6XP>).

§ 1998. Tanto el supervisor -o inspector- y la Entidad deben emitir opinión y pronunciamiento, respecto a los hechos y el sustento contenidos en la solicitud de ampliación de plazo presentados por el contratista dentro del plazo previsto en la normativa. Véase la jurisprudencia del artículo 34º de la Ley [§ 598]. (Opinión N.º 074-2018/DTN, de 30-05-2018, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ByI35N>).

Artículo 199: Efectos de la modificación del plazo contractual

199.1. Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra dan lugar al pago de mayores costos directos y mayores gastos generales variables, ambos directamente vinculados con dichas ampliaciones.

199.2. Los costos directos se encuentran debidamente acreditados y forman parte de aquellos conceptos que integren la estructura de costos de la oferta económica del contratista.

199.3. Los mayores gastos generales variables se determinan en función al número de días correspondientes a la ampliación multiplicado por el gasto general variable diario, salvo en los casos de las ampliaciones de plazo que se aprueben para la ejecución de prestaciones adicionales de obra y que tienen calculados en su presupuesto sus propios gastos generales.

199.4. Solo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, da lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista.

199.5. Como parte de los sustentos se requiere detallar los riesgos que dieron lugar a la ampliación de plazo.

199.6. En el supuesto que la reducción de prestaciones genere la reducción del plazo de ejecución contractual, los menores gastos generales variables que correspondan a dicha reducción de plazo se deducen de la liquidación final del contrato.

199.7. En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad amplía, sin solicitud previa, el plazo de los otros contratos que hubiera celebrado y que se encuentren vinculados directamente al contrato principal.

OPINIONES DEL OSCE

§ 1999. **Diferencia conceptual entre los términos “gastos generales” y “mayores gastos generales variables”.** 2. CONSULTAS Y ANÁLISIS: 2.1. *¿Cuál es la diferencia conceptual en materia de contrataciones del Estado entre los términos “gastos generales”, “mayores gastos generales” y “gastos adicionales”?* 3. CONCLUSIONES: 3.1. Además de la relación de género a especie existente entre ambos conceptos, la principal diferencia entre los “gastos generales” y los “mayores gastos generales variables” se aprecia en su distinto origen. Así, mientras los primeros son los costos indirectos del contrato original, los segundos son aquellos costos indirectos, distintos a los inicialmente pactados, que se originan por la aprobación de una ampliación del plazo de ejecución de obra. 3.2. La normativa de contrataciones del Estado no regula el concepto “gastos adicionales”, motivo por el cual este Organismo Supervisor no puede pronunciarse sobre el particular. (Opinión N.º 175-2015/DTN, de 10-11-2015, ff. 2.1, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CJ9skO>).

§ 2000. **Cálculo del gasto general diario. La aprobación de una ampliación de plazo no varía el gasto general diario.** 2.2. [...] [Para] calcular el gasto general diario se divide los gastos generales variables ofertados o los del presupuesto de obra, según corresponda, entre el número de días correspondiente al plazo del contrato original; es decir, el plazo de ejecución de obra contemplado en el contrato. Esto responde a que el gasto general diario es un concepto que se calcula al inicio de la obra y se mantiene constante a lo largo de su ejecución, por más que se aprueben ampliaciones de plazo en la ejecución de la obra. En consecuencia, cuando se aprueba una ampliación de plazo por atraso en la ejecución de una obra, el cálculo de los gastos generales variables se realiza multiplicando el número de días por el que se amplía el plazo por el gasto general diario calculado inicialmente, el mismo que se utilizará para calcular los gastos generales variables de cualquier otra ampliación de plazo por atraso en la ejecución de la obra. (Opinión N.º 094-2012/DTN, de 10-09-2012, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TENB5q>).

§ 2001. **Frente a la aprobación de una ampliación del plazo del contrato de obra, le corresponde a la Entidad ampliar el plazo de la supervisión, debido a que toda ejecución de obra debe ser supervisada (art 199.7).** CONCLUSIONES: 3.1. [C]uando se apruebe la ampliación del plazo de ejecución de una obra, corresponde a la Entidad ampliar el plazo de todos los contratos vinculados directamente a dicho contrato de obra, sin condicionar tal ampliación a determinado procedimiento a cargo del contratista. 3.2. Considerando que toda ejecución de un contrato de obra debe ser supervisada, el

contrato de supervisión es un contrato directamente vinculado al contrato de obra; por tanto, cuando se apruebe una ampliación del plazo del contrato de obra, corresponde a la Entidad ampliar el plazo de la supervisión sin condicionar tal ampliación a determinado procedimiento a cargo del contratista. (Opinión N.º 035-2010/DTN, de 30-04-2010, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TV3PqL>).

§ 2002. El pago de los mayores gastos generales que le corresponden al contratista por la aprobación de la ampliación del plazo, no afectan al pago de los gastos generales ofertados por el contratista para la ejecución de dicha obra; envista que dichos pagos son independientes. CONSULTA: 2.1. *“En la ejecución contractual de una obra a precios unitarios, habiendo quedado aprobada una ampliación de plazo por atraso de la obra no atribuible al contratista, los mayores gastos generales que le corresponden al contratista, deben verse afectados en algún porcentaje por el pago de los gastos generales de las valorizaciones del Contrato Principal.”* 2.1.3. [...] [E]l pago de mayores gastos generales derivados de la ampliación del plazo de ejecución de un contrato de obra se realiza, independientemente del sistema de contratación aplicable, a través de una valorización de mayores gastos generales, observando un procedimiento distinto al previsto en el artículo 197 del Reglamento [cfr. art. 194.2 del Nuevo Reglamento] para el pago de las valorizaciones de avance de obra. Adicionalmente a las diferencias entre los procedimientos de pago señalados, debe indicarse que los mayores gastos generales derivados de ampliaciones de plazo por atraso en la ejecución de la obra y los gastos generales de las valorizaciones de avance de obra tienen por finalidad cubrir los costos indirectos correspondientes a periodos de tiempo distintos. Así, el primero reconoce los mayores gastos generales originados por el incremento del plazo contractual; en cambio, el segundo reconoce los gastos generales ofertados por el contratista, calculados en función al plazo original de la obra. 2.1.4. En virtud de lo expuesto, debe señalarse que el pago de los mayores gastos generales que le corresponden al contratista por la aprobación de la ampliación del plazo de ejecución de un contrato de obra celebrado a precios unitarios, es independiente del pago de los gastos generales ofertados por el contratista para la ejecución de dicha obra; por lo que el pago de uno no afecta el pago del otro. (Opinión N.º 074-2013/DTN, de 16-09-2013, ff. 2.1, 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SWEKuU>).

§ 2003. El contrato complementario debe preservar las mismas condiciones del contrato principal, de tal forma que se deben aplicar las mismas penalidades. 2. CONSULTA: *“Si en el marco de un contrato principal se estableció un régimen de penalidades, cuya aplicación estaba sujeta a un plazo suspensivo (8 meses después de iniciada la fase operativa), ¿en el contrato complementario también debería sujetarse la aplicación de penalidades a dicho plazo suspensivo, a pesar que en éste último materialmente se continuaría con la prestación del mismo servicio que ha venido brindando el contratista?”*. [...] 3. CONCLUSIÓN. El contrato complementario debe preservar las condiciones que dieron lugar a la contratación, debiendo establecerse las mismas penalidades del contrato principal, sin que se pueda efectuar supresiones, modificaciones o adiciones. Sin embargo, ello, no acarrea la obligación de fijar un plazo suspensivo similar, toda vez que su determinación resultaba esencial en el contrato principal, cuando la prestación del servicio se encontraba en la fase operativa, mas no para la ejecución del contrato complementario, máxime cuando el contratista ya cuenta con la experiencia necesaria para la prestación del servicio. (Opinión N.º 007-2010/DTN, de 29-01-2010, ff. 2 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rQclLK>).

§ 2004. La reducción del plazo de ejecución de obra como un posible efecto derivado de la reducción de prestaciones del contrato de obra (199.6). 2.1.2. [...] [C]uando una Entidad decida reducir las prestaciones de un contrato de obra y dicha reducción afecte el plazo de ejecución de obra (debido a que no se ejecutarán partidas que originalmente formaban parte de la ruta crítica), será posible reducir el plazo de ejecución de obra y con ello los gastos generales variables que estén vinculados con la reducción del plazo. En esa medida, la reducción del plazo no sería un supuesto independiente de modificación contractual sino un posible efecto derivado de la reducción de prestaciones del contrato de obra. 2.1.3. En virtud de lo expuesto, de una interpretación restrictiva del numeral 15 del Anexo Único del Reglamento [cfr. Anexo N.º 1 del Nuevo Reglamento, sobre Contrato actualizado o vigente]

y en concordancia con el tercer párrafo del artículo 202 del Reglamento [cfr. art. 199.3 del Nuevo Reglamento], debe entenderse que únicamente es posible reducir el plazo de ejecución de obra en aquellos supuestos que están vinculados con una reducción de prestaciones, más aun si no existen otras causales que expresamente lo habiliten. (Opinión N.º 176-2015/DTN, de 10-11-2015, ff. 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Gdi1s7>).

§ 2005. Supuesto en los que pese a que los adicionales de obra cuentan con presupuestos específicos, corresponde el pago de mayores gastos generales. 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: “¿[...] [T]ratándose de un contrato de obra a precios unitarios, en una ampliación de plazo que se deriva de la ejecución de un presupuesto adicional de obra que cuenta con presupuesto específico, y donde ya se han incluido los mayores gastos generales que corresponden al presupuesto adicional de obra, el Contratista tendría derecho además al pago de mayores gastos generales por la ampliación de plazo que pudiese corresponder por dicha causal, distintos de los incluidos en el mencionado presupuesto adicional de obra? De ser así, ¿en qué casos podría pagarse otros mayores gastos generales?”. **2.2.** [El] artículo 200º del Reglamento [cfr. art. 197 del Nuevo Reglamento] establece un listado de aquellos aspectos que, en la medida que modifiquen la ruta crítica de la programación de la ejecución de la obra, constituyen causales de ampliación de plazo: [...] iv) cuando se aprueba la prestación adicional de obra. Al respecto, resulta necesario señalar que en aplicación de lo dispuesto por el artículo 202º del Reglamento [cfr. art. 199.1 del Nuevo Reglamento] la ampliación de plazo en los contratos de obra tiene como consecuencia que el contratista reciba un pago por mayores gastos generales. No obstante, no todas las ampliaciones de plazo darán lugar al pago de mayores gastos generales, puesto que el precitado artículo 202º del Reglamento señala que en caso de adicionales de obra que cuenten con presupuestos específicos, no corresponde efectuar dicho pago [cfr. art. 199.3 del Nuevo Reglamento]. **2.3.** Ahora bien, cabe señalar que lo regulado en el artículo 202º del Reglamento resulta coherente, debido a que en los contratos de obra a precios unitarios, los presupuestos de adicionales de obra incluyen los gastos generales fijos y variables, con lo cual, en caso que la aprobación de un adicional genere una ampliación de plazo, los mayores gastos generales en que incurriría el contratista ya se encuentran cubiertos. Bajo tales consideraciones, en la medida que los gastos generales se encuentran contemplados en los presupuestos adicionales de obra, pagar adicionalmente por mayores gastos generales implicaría una duplicidad en el pago. **2.4.** Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos precedentes, existe un supuesto en los que pese a que los adicionales de obra cuentan con presupuestos específicos, corresponde el pago de mayores gastos generales, y ello se da concretamente cuando, conforme a lo dispuesto en el artículo 207º del Reglamento [cfr. art. 205.6 del Nuevo Reglamento], la Entidad se demore en emitir la resolución que autoriza la ejecución de prestaciones adicionales de obra. Cabe precisar que, en este caso, la ampliación de plazo se origina, no como consecuencia de la aprobación de adicionales de obra, sino por la demora de la Entidad en la aprobación de dicho adicional; en esa medida, el pago que de los mayores gastos generales se encuentra referido a la demora en la respuesta de la Entidad, y no al costo de la ejecución de la prestación adicional aprobada. (Opinión N.º 139-2009/DTN, de 07-12-2009, ff. 2, 2.2, 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BCSXGw>).

§ 2006. Es posible el pago de los mayores gastos generales variables debidamente acreditados derivados de la ampliación de plazo producida por una paralización total de obra implica reconocer los gastos en los que el contratista hubiera incurrido como consecuencia de dicha paralización, es decir, aquellos gastos que efectivamente hubiera realizado durante el periodo en que los trabajos de ejecución de obra se encontraban detenidos. Véase la jurisprudencia del artículo 34º de la Ley [§ 588]. (Opinión N.º 034-2018/DTN, de 15-03-2018, ff. 3, 3.1, 3.2, 3.3 y 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KFXKuT>).

Artículo 200: Cálculo del gasto general variable diario

En los contratos de obra, el gasto general variable diario se calcula dividiendo los gastos generales variables ofertados entre el número de días del plazo contractual original, ajustado por el coeficiente “lp/lo”,

en donde "Ip" es el Índice General de Precios al Consumidor (Código 39) aprobado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI correspondiente al mes calendario en que ocurre la causal de ampliación del plazo contractual, e "Io" es el mismo índice de precios correspondiente al mes del valor referencial.

Artículo 201: Pago de mayores costos directos y mayores gastos generales variables

201.1. Una vez que se haya aprobado la ampliación de plazo se formula una valorización de los mayores costos directos y mayores gastos generales variables para su pago, la cual es presentada por el residente al inspector o supervisor; dicho profesional, en un plazo máximo de quince (15) días contados a partir del día siguiente de recibida la mencionada valorización, la eleva a la Entidad con las correcciones a que hubiere lugar para su revisión y aprobación. En caso la Entidad apruebe la referida valorización, es pagada en un plazo máximo de treinta (30) días contados a partir del día siguiente de recibida la valorización por parte del inspector o supervisor.

201.2. Si surgen discrepancias respecto de la formulación de una valorización de mayores costos directos y mayores gastos generales variables, se someten a la Junta de Resolución de Disputa, cuando corresponda, o se resuelven en la liquidación del contrato, sin perjuicio del pago de la parte no controvertida.

201.3. A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de esta valorización, el contratista tiene derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los artículos 1244, 1245 y 1246 del Código Civil. Para el pago de intereses se formula una valorización de intereses, la cual se efectúa en las valorizaciones siguientes.

OPINIONES DEL OSCE

§ 2007. El contratista puede renunciar al pago de los mayores gastos generales variables libre y voluntariamente con posterioridad a la aprobación de la ampliación de plazo de ejecución. CONSULTA: 2.2. "¿Es un derecho irrenunciable de los contratistas el pago de los mayores gastos generales variables?" [...] [Toda] vez que el derecho a cobrar los mayores gastos generales originado por la aprobación de una ampliación de plazo es un derecho de crédito del contratista y, en consecuencia, de su libre disposición, este podría renunciar al mismo, una vez aprobada la ampliación del plazo; máxime si la normativa de contrataciones del Estado no ha prohibido tal renuncia, ni se vulnera alguna norma imperativa o de orden público. En esa medida, el contratista, libre y voluntariamente, sin que exista coerción o algún vicio al manifestar su voluntad, puede renunciar al pago de los mayores gastos generales variables. De conformidad con lo expuesto, aun cuando la Entidad está obligada a pagar oportunamente al contratista los mayores gastos generales una vez aprobada una ampliación del plazo de un contrato de obra, el contratista puede renunciar a este derecho libre y voluntariamente con posterioridad a la aprobación de la ampliación de plazo, en tanto constituye un derecho patrimonial de libre disposición. (Opinión N.º 012-2014/DTN, de 22-01-2014, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CmVTsr>).

Artículo 202: Actualización del Programa de Ejecución de Obra

202.1. Cuando por razones no imputables al contratista el Programa de Ejecución de Obra vigente no refleje adecuadamente el avance real del progreso de la obra, a pedido del supervisor o inspector, el contratista en un plazo máximo de siete (7) días hace una actualización del Programa de Ejecución de Obra y de los calendarios de avance de obra valorizado, de adquisición de materiales e insumos y de utilización de equipos de manera que estos reflejen adecuadamente la situación del avance de las obras y lo necesario para su culminación en el plazo contractual vigente, siempre que no se haya afectado la ruta crítica.

202.2. El Programa de Ejecución de Obra actualizado y sus calendarios muestran claramente las diferencias con el Programa de Ejecución de Obra previo, así como la propuesta sustentada del con-



tratista que permita superar las posibles desviaciones que se hubieran presentado, con la finalidad de asegurar el cumplimiento del plazo contractual. 202.3. El supervisor o inspector luego de revisarlo en un plazo que no exceda de siete (7) días manifiesta su aprobación u observaciones. En caso haya observaciones, las mismas son levantadas por el contratista en un plazo máximo de siete (7) días, luego de los cuales el supervisor o inspector emite el Programa de Ejecución de Obra actualizado y sus calendarios que se constituyen en el Programa de Ejecución de Obra y calendarios vigentes. En caso el supervisor o inspector no se manifieste en los plazos señalados, se da por aprobado el Programa de Ejecución de Obra Actualizado y los calendarios propuestos por el contratista que pasan a ser los documentos vigentes.

202.4. Ante la falta de presentación del Programa de Ejecución de Obra actualizado y sus calendarios por el contratista en el plazo señalado en el numeral 202.1, el supervisor o inspector lo elabora y se vuelve obligatorio para todos sus efectos.

DEFINICIONES

PROGRAMA DE EJECUCIÓN DE OBRA: Es la secuencia lógica de actividades constructivas que se realizan en un determinado plazo de ejecución; la cual comprende solo las partidas del presupuesto del expediente técnico, así como las vinculaciones que pudieran presentarse. El programa de ejecución de obra se elabora aplicando el método CPM y es la base para la elaboración del calendario de avance de obra valorizado.

Artículo 203: Demoras injustificadas en la ejecución de la Obra

203.1. Durante la ejecución de la obra, el contratista está obligado a cumplir los avances parciales establecidos en el calendario de avance de obra vigente. En caso de retraso injustificado, cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada a una fecha determinada sea menor al ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada a dicha fecha, el inspector o supervisor ordena al contratista que presente, dentro de los siete (7) días siguientes, un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos, de modo que se garantice el cumplimiento de la obra dentro del plazo previsto, anotando tal hecho en el cuaderno de obra.

203.2. El calendario acelerado es revisado por el supervisor o inspector de obra, quién a su vez en un plazo de tres (3) días otorga conformidad y lo eleva a la Entidad para su aprobación en un plazo de siete (7) días, contados a partir del día siguiente de la recepción del informe del inspector o supervisor. De no pronunciarse la Entidad en el plazo señalado, se tiene por aprobado el calendario elevado por el inspector o supervisor.

203.3. Dicho calendario se toma en cuenta solo con fines del control de los avances físicos reprogramados de la obra y no para el análisis de afectación de la ruta crítica con fines de trámite de ampliaciones de plazo, para cuyo caso se considera el último calendario actualizado vigente.

203.4. La falta de presentación de este calendario dentro del plazo señalado en el numeral precedente puede ser causal para que opere la intervención económica de la obra o la resolución del contrato. El nuevo calendario no exime al contratista de la responsabilidad por demoras injustificadas, ni es aplicable para el cálculo y control de reajustes ni para sustentar las solicitudes de ampliaciones de plazo.

203.5. Cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada es menor al ochenta por ciento (80%) del monto acumulado programado del nuevo calendario, el inspector o el supervisor anota el hecho en el cuaderno de obra e informa a la Entidad. Dicho retraso puede ser considerado como causal de resolución del contrato o de intervención económica de la obra, no siendo necesario apercibimiento alguno al contratista de obra. ⁽¹⁾

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

(1) Rectificado por fe de erratas (12-01-2019)

OPINIONES DEL OSCE

§ 2008. En el cómputo del avance de obra, la valoración de la obra no pueda considerar aquellas actividades suprimidas al aprobarse una reducción. CONSULTA: 2.2. “¿El cómputo del avance de obra comprende la evaluación de las partidas contractuales teniendo en cuenta lo realmente ejecutado en comparación a aquello que vaya realmente a ser ejecutado o que resulta exigible contractualmente?” 2.2.1. Al respecto, es importante señalar que el primer párrafo del artículo 205 del anterior Reglamento [cfr. art. 203 del Nuevo Reglamento] establecía que “Durante la ejecución de la obra, el contratista está obligado a cumplir los avances parciales establecidos en el calendario de avance de obra vigente. En caso de retraso injustificado, cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada a una fecha determinada sea menor al ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada a dicha fecha, el inspector o supervisor ordenará al contratista que presente, dentro de los siete (7) días siguientes, un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos, de modo que se garantice el cumplimiento de la obra dentro del plazo previsto, anotando tal hecho en el cuaderno de obra.” Como se aprecia, cuando se verificaba la existencia de un retraso en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista -según los parámetros fijados por la anterior normativa de contrataciones del Estado- correspondía adoptar una serie de medidas destinadas a garantizar la culminación de la obra dentro del plazo previsto, tal como era el caso de la presentación de un calendario de avance de obra acelerado. En tal sentido, a efectos de conocer el estado real del avance de obra y adoptar válidamente los mecanismos previstos por el artículo 205 del anterior Reglamento, era necesario contrastar la valorización acumulada ejecutada con el conjunto de trabajos que debían ser realizados por el contratista en cumplimiento de sus obligaciones contractuales; en esa línea, cuando se reducían prestaciones en un contrato de obra, la valorización acumulada programada no podía considerar aquellas actividades que fueron suprimidas al aprobarse dicha reducción y que -por consiguiente- dejaron de encontrarse a cargo del contratista, pues de ser así, la evaluación del cumplimiento de las labores a cargo del contratista no se hubiera podido efectuar en función de los términos contractuales vigentes. (Opinión N.º 126-2018/DTN, de 10-08-2018, ff. 2.2 y 2.2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r802tR>).

§ 2009. En caso el calendario de avance de obra deba ser actualizado por haberse atrasado el inicio de la obra, sólo correspondía diferir la fecha de inicio, pero sin alterar el plazo total de ejecución de la obra y los plazos previstos de las actividades parciales. CONSULTA: 2.2. “En caso que el Calendario entregado para la suscripción del Contrato deba actualizarse a la fecha de inicio de obra, ¿solo debe desplazarse la fecha de inicio manteniendo la secuencia lógica constructiva, los enlaces y plazos de cada partida establecidos en el mencionado Calendario, o la Entidad está facultada a solicitar su modificación al Contratista, o puede modificarlo unilateralmente? De ser así, ¿qué responsabilidad tendría el Contratista frente a un Calendario que no ofertó? En todo caso, ¿qué aspecto del Calendario podría ser observado y qué aspectos estaría obligado a levantar el Contratista?” 2.2.1. Cuando se difería el inicio de obra y, en consecuencia, la fecha efectiva del inicio de los trabajos no coincidía con la fecha que para tal efecto se consignó en el calendario de avance de obra valorizado, la Entidad se encontraba facultada a solicitar -al contratista- la adecuación correspondiente en el calendario, difiriendo la fecha de inicio pero sin alterar el plazo total de ejecución de obra, los plazos previstos para realizar las diversas actividades contempladas ni la ruta crítica del Programa de Ejecución de Obra. 2.2.2. En la línea de lo expuesto, el primer párrafo del artículo 205 del anterior Reglamento [cfr. art. 203 del Nuevo Reglamento] establecía que una vez iniciada la ejecución de la obra, el contratista estaba obligado a cumplir los avances parciales establecidos en el calendario de avance de obra. (Opinión N.º 203-2016/DTN, de 23-12-2016, ff. 2.2, 2.2.1 y 2.2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ag2IKM>).

Artículo 204: Intervención Económica de la Obra

204.1. La Entidad puede, de oficio o a solicitud de parte, intervenir económicamente la obra en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permi-

tan la terminación de los trabajos. La intervención económica de la obra es una medida que se adopta por consideraciones de orden técnico y económico con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar a resolver el contrato. La intervención económica no deja al contratista al margen de su participación contractual, y sus obligaciones correspondientes, perdiendo el derecho al reconocimiento de mayores gastos generales, indemnización o cualquier otro reclamo, cuando la intervención sea consecuencia del incumplimiento del contratista.

204.2. Si el contratista rechaza la intervención económica, el contrato es resuelto por incumplimiento.

204.3. Para la aplicación de lo establecido en el presente artículo se tiene en cuenta lo dispuesto en la Directiva y demás disposiciones que dicte el OSCE sobre la materia. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 001-2003-CONSUCODE/PRE, "Intervención económica de la obra" (EP, 15-01-2003) [D-024].

OPINIONES DEL OSCE

§ 2010. La iniciativa de intervenir económicamente una obra es una decisión discrecional de la entidad, pero esta intervención sólo se efectivizaba con el consentimiento del contratista. CONSULTA: "La posibilidad de realizar la intervención económica del proyecto, según la descripción narrativa del artículo 206º del Reglamento [cfr. art. 204 del Nuevo Reglamento] (...) ¿constituye una obligación o una facultad discrecional de la Entidad que adopta después de evaluar las situaciones dentro de las competencias conferidas por la Ley?" [...] 2.3. [La] posibilidad que tenía una Entidad de intervenir económicamente una obra no constituía una obligación (en el sentido estricto ni lato del término), pues esta podía elegir alternativamente entre resolver el contrato o intervenir económicamente la obra, en función a las circunstancias particulares del caso y según lo que considerara mejor para la satisfacción del interés público involucrado. Asimismo, debe señalarse que la posibilidad que tenía la Entidad de intervenir económicamente una obra se asemejaba más al ejercicio de una facultad discrecional, pues, dentro de los supuestos habilitantes, la Entidad podía elegir entre las alternativas existentes según lo que considerara mejor para el interés público involucrado. No obstante, es necesario tener en consideración que para que la decisión de la Entidad de intervenir económicamente la obra fuera eficaz, el contratista debía estar de acuerdo. En esa medida, si bien la posibilidad que tenía la Entidad de intervenir económicamente una obra se asemejaba más al ejercicio de una facultad discrecional, debe tenerse en consideración que se requería del consentimiento del contratista para que dicha decisión fuera eficaz. (Opinión N.º 044-2016/DTN, de 21-03-2016, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BdaYL6>).

§ 2011. La intervención económica es aquella medida que permite a las Entidades participar en el manejo económico de una obra a través de la apertura de una cuenta corriente mancomunada con el contratista. Procedimiento de la misma y capacidades del interventor designado. 2.1. En primer lugar, debe señalarse que el último párrafo del artículo 264 del Reglamento señalaba que para la aplicación de la intervención económica de la obra "(...) deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en la Directiva y demás disposiciones que dicte el CONSUCODE sobre la materia." (El resaltado es agregado). De esta manera para analizar los alcances de la intervención económica de una obra deben consultarse las disposiciones de la Directiva N.º 001-2003-CONSUCODE/PRE (D-024), la misma que se encuentra vigente a la fecha. 2.2. Sobre el particular, debe indicarse que el numeral 1) del apartado VI) de la referida Directiva establece que la intervención económica de una obra implica la participación directa de la Entidad en el manejo económico de la obra, sin dejar al contratista al margen de su participación contractual. Para estos efectos, el numeral 4) del mismo apartado establece que "Una vez ordenada la intervención económica, la Entidad contratante dispondrá la apertura de una cuenta corriente mancomunada con el contratista (...)." (El resaltado es agregado). En atención a ello, puede inferirse que la intervención económica de una obra es una medida que le permite a las Entidades participar directamente en el manejo económico de una obra a través de la apertura de una cuenta corriente mancomunada con el contratista, con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar al extremo de resolver el

contrato. 2.3. Ahora bien, debe precisarse que los fondos de la referida cuenta corriente mancomunada están constituidos por: (a) Los pagos adeudados por la Entidad al contratista; (b) Aquellos que provengan de las valorizaciones de avance de obra; y (c) Los aportes en efectivo del contratista que permitan hacer viable la intervención económica. De esta manera, los fondos de la cuenta corriente mancomunada originada por la intervención económica de una obra están constituidos, entre otros conceptos, por los montos que provienen de las valorizaciones de avance de obra previamente aprobadas [...]. Asimismo, es importante tener en consideración que del fondo de intervención constituido en la cuenta corriente mancomunada, la Entidad pagará los siguientes conceptos: mano de obra, proveedores de materiales, subcontratistas, locadores de servicios, transportistas, arrendadores de equipos, suministradores e impuestos, gastos generales variables, siempre que estén directamente relacionados con la ejecución de la obra, de conformidad con el penúltimo párrafo del numeral 4) del apartado VI) de la mencionada Directiva. [...] 2.4. Finalmente, es importante resaltar que el “interventor” es aquel funcionario de la Entidad que debe suscribir, en forma mancomunada con el contratista o su residente, los cheques de pago de la cuenta corriente, de conformidad con lo señalado en el primer párrafo del numeral 5) del apartado VI) de la citada Directiva. Así, para garantizar la participación directa de la Entidad en el manejo económico de la obra, la referida Directiva establece que el interventor debe suscribir –conjuntamente con el contratista o su residente– los cheques de pago durante la intervención económica de la obra, sin establecer la participación del interventor en otro procedimiento, pues el contratista mantiene el manejo técnico de la obra. En consecuencia, si bien suscribía, conjuntamente con el contratista o su residente, los cheques de pago durante la intervención económica de una obra, el interventor designado por la Entidad no participaba en la elaboración, evaluación o aprobación de las valorizaciones de obra [...]. (Opinión N.º 078-2015/DTN, de 14-05-2015, ff. 2.1 al 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RUI78E>).

Artículo 205: Prestaciones adicionales de obras menores o iguales al quince por ciento (15%)

205.1. Solo procede la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal, según las reglas previstas en la normatividad del Sistema Nacional de Presupuesto Público y con la resolución del Titular de la Entidad o del servidor del siguiente nivel de decisión a quien se hubiera delegado esta atribución y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, no excedan el quince por ciento (15%) del monto del contrato original.

205.2. La necesidad de ejecutar una prestación adicional de obra es anotada en el cuaderno de obra, sea por el contratista, a través de su residente, o por el inspector o supervisor, según corresponda. En un plazo máximo de cinco (5) días contados a partir del día siguiente de realizada la anotación, el inspector o supervisor, según corresponda, ratifica a la Entidad la anotación realizada, adjuntando un informe técnico que sustente su posición respecto a la necesidad de ejecutar la prestación adicional. Además, se requiere el detalle o sustento de la deficiencia del expediente técnico de obra o del riesgo que haya generado la necesidad de ejecutar la prestación adicional.

205.3. En el caso de obras convocadas por paquete que, por su naturaleza, no cuenten con inspector o supervisor a tiempo completo, el plazo al que se refiere el numeral anterior se computa a partir del primer día posterior a la fecha de la anotación, en que, según la programación, corresponda al inspector o supervisor estar en la obra.

205.4. El contratista presenta el expediente técnico del adicional de obra, dentro de los quince (15) días siguientes a la anotación en el cuaderno de obra, siempre que el inspector o supervisor, según corresponda, haya ratificado la necesidad de ejecutar la prestación adicional. De ser el caso, el inspector o supervisor remite a la Entidad la conformidad sobre el expediente técnico de obra formulado por el contratista en el plazo de diez (10) días de presentado este último.



205.5 De existir partidas cuyos precios unitarios no están previstos en el presupuesto de obra, se adjunta al expediente técnico de obra el documento del precio unitario pactado con el contratista ejecutor de la obra. El acuerdo de precios se realiza entre el residente y el supervisor o el inspector, el cual es remitido a la Entidad para su aprobación como parte del presupuesto de la prestación adicional de obra.

205.6. En el caso que el inspector o supervisor emita la conformidad sobre el expediente técnico presentado por el contratista, la Entidad en un plazo de doce (12) días hábiles emite y notifica al contratista la resolución mediante la que se pronuncia sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional de obra. La demora de la Entidad en emitir y notificar esta resolución, puede ser causal de ampliación de plazo.

205.7. A efectos de aprobar la ejecución del adicional de obra la Entidad cuenta con el informe de viabilidad presupuestal y la opinión favorable sobre la solución técnica propuesta en el expediente técnico presentado por el contratista. Para emitir una opinión técnica sobre la solución técnica propuesta, la Entidad solicita el pronunciamiento del proyectista, de no contarse con dicho pronunciamiento o siendo negativo este, el órgano de la entidad responsable de la aprobación de los estudios emite la opinión correspondiente.

205.8. Excepcionalmente, en el caso de prestaciones adicionales de obra de carácter de emergencia, cuya falta de ejecución pueda afectar el ambiente o poner en peligro a la población, a los trabajadores o a la integridad de la misma obra, la autorización previa de la Entidad se realiza mediante comunicación escrita al inspector o supervisor a fin de que pueda autorizar la ejecución de tales prestaciones adicionales, sin perjuicio de la verificación que efectúa la Entidad, previamente a la emisión de la resolución correspondiente, sin la cual no puede efectuarse pago alguno.

205.9. En los contratos de obra, los presupuestos adicionales de obra se formulan con los precios del contrato y/o precios pactados y los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional para lo cual se realiza el análisis correspondiente teniendo como base o referencia el análisis de los gastos generales del presupuesto original contratado. Asimismo, se incluye la utilidad del presupuesto ofertado y el Impuesto General a las Ventas correspondiente.

205.10. Cuando en los contratos suscritos bajo el sistema de precios unitarios se requiera ejecutar mayores metrados, estos son autorizados por el supervisor o inspector de obra a través de su anotación en el cuaderno de obra, y comunicados a la Entidad, de forma previa a su ejecución.

205.11. El contratista mediante anotación en cuaderno de obra solicita la ejecución de mayores metrados. El supervisor autoriza su ejecución siempre que no se supere el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, considerando el monto acumulado de los mayores metrados y las prestaciones adicionales de obras, restándole los presupuestos deductivos. El monto a pagarse por la ejecución de estos mayores metrados se computa para el cálculo del límite para la aprobación de adicionales, previsto en el numeral 34.5 del artículo 34 de la Ley.

205.12. No se requiere la aprobación previa de la Entidad para la ejecución de mayores metrados, pero sí para su pago. El encargado de autorizar el pago es el Titular de la Entidad o a quien se le delegue dicha función.

205.13. De no existir precios unitarios de una determinada partida requerida en la prestación adicional, se pactan nuevos precios unitarios, considerando los precios de los insumos, tarifas o jornales del presupuesto de obra y, de no existir, se sustenta en precios del mercado debidamente sustentados. A falta de acuerdo con el contratista, y con la finalidad de no retrasar la aprobación y ejecución de la prestación adicional, el supervisor o inspector se encuentra facultado para fijar provisionalmente un precio, el cual se aplica sin perjuicio del derecho del contratista para someterlo al procedimiento de solución de controversias que corresponda dentro de los siguientes treinta (30) días hábiles contados desde la aprobación del presupuesto de la prestación adicional. El plazo señalado en el presente numeral es de caducidad.

205.14. El pago de los presupuestos adicionales aprobados se realiza mediante valorizaciones adicionales.

205.15. Cuando se apruebe la prestación adicional de obra, el contratista está obligado a ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento, debiendo entregar la actualización del valor de la garantía co-

respondiente en el plazo máximo de ocho (8) días hábiles de ordenada la prestación adicional. Igualmente, cuando se apruebe la reducción de prestaciones, el contratista puede reducir el monto de dicha garantía.

205.16. En los casos en los que el contratista, para la elaboración del expediente técnico del adicional de obra, requiera realizar ensayos especializados de alta complejidad y/o la participación de algún especialista que no esté contemplado en la relación de su personal clave, corresponde incluir su costo en los gastos generales propios del adicional. ⁽¹⁾

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

(1) Rectificado por fe de erratas (12-01-2019)

DEFINICIONES

GASTOS GENERALES FIJOS: Son aquellos que no están relacionados con el tiempo de ejecución de la prestación a cargo del contratista.

GASTOS GENERALES VARIABLES: Son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y por lo tanto pueden incurrirse a lo largo de todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista.

MAYOR METRADO: Es el incremento del metrado de una partida prevista en el presupuesto de obra, indispensable para alcanzar la finalidad del proyecto, resultante del replanteo y cuantificación real respecto de lo considerado en el expediente técnico de obra y que no proviene de una modificación del diseño de ingeniería.

PRESTACIÓN ADICIONAL DE OBRA: Aquella no considerada en el expediente técnico de obra, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional.

OPINIONES DEL OSCE

§ 2012. La ejecución de prestaciones no previstas en un contrato de obra sin observar la normativa de contrataciones del Estado no constituyen “prestaciones adicionales de obras”, no originan valorizaciones adicionales y no se encuentran contenidas en la liquidación del contrato.

CONSULTA: 2.1. “A la luz de lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado N.º 30225 (en adelante la Ley) y su Reglamento, aprobado mediante el D.S. N.º 350-2015-EF, así como lo ilustrado en las Opiniones N.º 077-2016/DTN y 007-2017/DTN, ¿Resultaría válido legalmente que la Entidad, en una decisión de gestión de exclusiva responsabilidad, opte por reconocer directamente las prestaciones adicionales de obra ejecutadas sin previa autorización, ello en lugar de esperar que la otra parte (empobrecido) recurra al Poder Judicial, pues considerando esencialmente razones de costo-beneficio, resultaría más favorable evitar el tiempo que demoraría el proceso judicial, así como el posible pago de intereses e indemnizaciones que denotarían un mayor perjuicio económico para el Estado? **2.2.** “¿Las prestaciones adicionales de obra ejecutadas sin autorización previa, deben ser consideradas dentro de la Liquidación del Contrato de Obra o sólo correspondería ser incluidas en la Liquidación Financiera de la Obra?”. [...] **3. CONCLUSIONES. 3.1.** Corresponde a cada Entidad decidir si reconocerá las prestaciones ejecutadas por el proveedor en forma directa, o si esperará a que este interponga la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente, siendo recomendable que para adoptar cualquier decisión sobre el particular la Entidad coordine, cuando menos, con su área legal y su área de presupuesto. **3.2.** Si se ejecutaron prestaciones no previstas en un determinado contrato de obra sin aplicar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado pertinentes para la aprobación y ejecución de prestaciones adicionales de obras, estas no constituyen “prestaciones adicionales de obras” y, por tanto, no generan la aprobación de presupuestos adicionales, ni son pagadas mediante valorizaciones adicionales; en consecuencia, dichas prestaciones ejecutadas de manera irregular, al no originar valorizaciones adicionales, no se encuentran contenidas en la liquidación del contrato. (Opinión N.º 100-2017/DTN, de 07-04-2017, ff. 2.1, 2.2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BPFCfg>).

§ 2013. Para la ejecución de prestaciones adicionales resulta indispensable que se cuente previamente con la autorización del Titular de la Entidad o de aquel servidor a quien se le hubiera delegado tal función. **CONSULTA:** “Si de conformidad con el artículo 45º de la Ley de Contrataciones del Estado N.º 30225, modificado por el Decreto Legislativo N.º 1341, es posible que las Entidades puedan

cancelar un adicional de obra no autorizada por el Titular de la Entidad al contratista de manera directa, incluso si se ha obtenido Certificación Presupuestal, o se deberá esperar necesariamente que el contratista acuda al Poder Judicial, tal como lo establece la nueva normativa de contrataciones, vigente desde el 03 de abril de 2017”. [...] 2.3. En esa medida, una Entidad puede ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales de obra, hasta el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, cuando estas no se encuentran previstas en el expediente técnico ni en el contrato original y siempre que su ejecución sea “indispensable y/o necesaria” para alcanzar la finalidad de este contrato. Así, el numeral 175.1 del artículo 175 del Reglamento [cfr. art. 205 del Nuevo Reglamento] establece los requisitos para las prestaciones adicionales de obra, señalando que: “Solo procede la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal, según las reglas previstas en la normatividad del Sistema Nacional de Presupuesto Público y con la resolución del Titular de la Entidad o del servidor del siguiente nivel de decisión a quien se hubiera delegado esta atribución y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, no excedan el quince por ciento (15%) del monto del contrato original” (El subrayado y resaltado son agregados). De esta manera, se advierte que la ejecución de prestaciones adicionales de obra implica, necesariamente, la ejecución de presupuestos adicionales que se encuentran fuera del alcance del contrato original, e involucran la erogación de mayores recursos públicos, motivo por el cual resulta indispensable que para su ejecución se cuente previamente con la autorización del Titular de la Entidad o del servidor del siguiente nivel de decisión a quien se hubiera delegado esta atribución. [...] (Opinión N.º 112-2018/DTN, de 17-07-2018, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RoqcUr>).

§ 2014. Alcances del concepto de “deductivos vinculados”. CONSULTA: “(...) la Precisión y Aclaración del artículo 207º del Reglamento de Contrataciones del Estado [cfr. art. 205 del Nuevo Reglamento], en lo referente a cuando son deductivos vinculados (...)” [...] 2.2. Por su parte, el primer párrafo del artículo 207 del Reglamento, precisa que “Sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario y la resolución del Titular de la Entidad y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original”. (El resaltado es agregado). Como se aprecia, uno de los requisitos para la ejecución directa de prestaciones adicionales de obra es que sus montos, restándole los “presupuestos deductivos vinculados”, no superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original. En este punto, es importante indicar que los términos “reducción” y “deductivo” implican conceptos distintos. Así, la reducción es la ejecución de menores prestaciones de obra, mientras que el deductivo es la valoración económica de las menores prestaciones de obra, constituyendo deducciones en el presupuesto o costo de la obra. 2.3. Preciado lo anterior, el segundo párrafo del artículo 41 de la Ley [cfr. art. 34 de la Ley vigente] define los “presupuestos deductivos vinculados” como “(...) aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. (...)”. (El subrayado es agregado). De esta manera, el “presupuesto deductivo vinculado” es la valoración económica o costo de las prestaciones de obra que, habiendo estado consideradas inicialmente en el contrato original, ya no se ejecutarán, al haber sido sustituidas por las prestaciones adicionales de obra a las que se vinculan directamente. En consecuencia, para calcular si una prestación adicional de obra supera el límite del quince por ciento (15%) del monto del contrato, al costo de las prestaciones adicionales deberá restársele los respectivos presupuestos deductivos vinculados; es decir, aquellas prestaciones que serán sustituidas, en los términos descritos anteriormente. (Opinión N.º 076-2012/DTN, de 10-07-2012, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Q7p2LN>).

§ 2015. Aun en el supuesto de que el monto por la prestación adicional de obra sea igual al presupuesto de los deductivos vinculados, será requisito indispensable contar con la aprobación del Titular de la Entidad, pudiéndose prescindir de la obtención de un certificado de crédito presupuestario. CONSULTA: 2.1. “¿Es necesario acuerdo de Directorio para la aprobación de una prestación adicional con incidencia global de (0.00%), es decir el monto del deductivo es igual al monto del adicional?”. [...] 2.1.3. Ahora bien, la consulta efectuada establece el supuesto en el cual luego de haber restado el

presupuesto de los deductivos vinculados al adicional, da como resultado una incidencia de cero por ciento (0%) sobre el monto del contrato original, esto quiere decir que el monto del adicional resulta ser igual al monto de presupuesto de los deductivos vinculados. Al respecto, como se ha señalado en el numeral anterior, uno de los requisitos para la aprobación de prestaciones adicionales de obra por parte del Titular de la Entidad, es que sus montos, restándole los *“presupuestos deductivos vinculados”*, no superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original. En este punto, es importante indicar que atendiendo a lo señalado en opiniones anteriores, el término *“deductivo”* representa la valoración económica de las menores prestaciones de obra, constituyendo deducciones en el presupuesto o costo de la obra. De esta forma, los *“presupuestos deductivos vinculados”* representan una valoración económica o costo de las prestaciones de obra que, habiendo estado consideradas inicialmente en el contrato original, ya no se ejecutarán, al haber sido sustituidas por las prestaciones adicionales de obra a las que se vinculan directamente. En el supuesto materia de consulta, al darse el caso que el monto del adicional sea igual al monto del presupuesto de los deductivos vinculados, se observa que la ejecución de la prestación adicional no ocasiona un gasto adicional respecto del monto contractual a la Entidad, con lo cual la necesidad de contar con una certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal para su aprobación ya no tendría incidencia dentro del trámite de aprobación, toda vez que el pago por la ejecución de dicha prestación adicional ya estaría cubierto dentro del monto contractual. No obstante, como toda modificación contractual, se requiere de la aprobación del Titular de la Entidad, este es un requisito previsto en la normativa que resulta necesario cumplir; asimismo, es necesario tener presente, lo dispuesto por la Directiva N.º 001-2007-CG/OEA, sobre “Autorización previa a la Ejecución y Pago de Presupuestos Adicionales de Obra”, aprobada por Resolución de Contraloría N.º 369-2007-CG de fecha 01.11.2007, que precisando las normas antes reseñadas, dispone que: “V. DISPOSICIONES GENERALES. 3. Competencia para aprobación de presupuestos adicionales. La aprobación de los presupuestos adicionales de obra debe efectuarse mediante resolución del Titular de la Entidad o instancia competente según la normativa que corresponda. Tal decisión origina el reconocimiento de la necesidad de efectuar prestaciones adicionales de obra por un valor determinado, debiendo ser previa a la ejecución de las mismas, sin perjuicio de la liquidación final (...)” Asimismo, la citada Directiva de Contraloría, define al presupuesto adicional de obra, a efectos del control gubernamental, como *“(…) la ejecución de trabajos complementarios y/o mayores metrados no considerados en las bases de la licitación o en el contrato respectivo, y que resultan indispensables para alcanzar la finalidad del contrato original.”* Con relación al pago de presupuestos adicionales, la Directiva prescribe que sólo procede dicho pago cuando se destine a financiar los mayores costos que demande alcanzar la finalidad del contrato, que incluye la ejecución de mayores metrados; y siempre que estos costos se deriven de hechos que sean de naturaleza imprevisible, ocasionados por caso fortuito o fuerza mayor; o que hayan sido determinados por actos administrativos destinados a subsanar defectos en el expediente técnico. De las normas citadas se desprende que sólo será procedente la ejecución de obras adicionales cuando éstas sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato, que los hechos que motivan la obra adicional sean imprevisibles y que se cuente con la asignación presupuestal respectiva. [...] Así, pues, la disposición de la ejecución de prestaciones adicionales, es una potestad de la Administración Pública. En ese orden, la potestad del Estado para tal autorización implica la conjugación de dos (2) manifestaciones de voluntad: (i) la de la Entidad que contrató la ejecución de la obra y, (ii) la Contraloría General que determina de manera definitiva la procedencia de la autorización aprobada por la Entidad. En dicha medida, aún de darse el caso que el monto por la prestación adicional de obra sea igual al presupuesto de los deductivos vinculados, generándose una incidencia de cero por ciento (0%) respecto del monto del contrato, si bien no se requerirá de la obtención de un certificado de crédito presupuestario o previsión presupuestal, siempre es requisito indispensable previo a su ejecución, contar con la aprobación del Titular de la Entidad, facultad que en el caso de la ejecución de prestaciones adicionales de obra es indelegable. (Opinión N.º 208-2016/DIN, de 29-12-2016, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CAC5lk>).

§ 2016. La omisión de un componente o material en la oferta ganadora del contratista no constituía, por sí misma, una causal que facultaba a la Entidad a aprobar prestaciones adicionales

de obra, en el marco de lo dispuesto por la anterior normativa de contrataciones del Estado. CONSULTA: 2.1. “En la ejecución de un contrato de Obra pública bajo el sistema de precios unitarios, ¿qué ocurre si un Precio Unitario ofertado por el postor adjudicado omite dentro de su análisis de precios unitarios algún componente que hace que dicho Precio Unitario ofertado sea inferior al costo del mercado? ¿Correspondería un adicional de obra para incorporar el componente omitido en el Análisis de Precios Unitarios?” [...] 2.1.6. [...] [Se] advierte que la omisión de un ‘componente o material’ en la oferta ganadora del contratista no constituía, por sí misma, una causal que facultaba a la Entidad a aprobar “prestaciones adicionales de obra”, en el marco de lo dispuesto por la anterior normativa de contrataciones del Estado; ello tomando en consideración que en los contratos de obra ejecutados bajo el sistema “de precios unitarios”, correspondía a la Entidad efectuar el pago al contratista conforme a los metrados efectivamente ejecutados y de acuerdo a los precios unitarios ofertados por éste, en atención a las partidas y condiciones establecidas en el Expediente Técnico de la Obra. Sin perjuicio de lo expuesto, debe indicarse que de configurarse algún supuesto que habilitaba a la Entidad a ordenar la ejecución de “prestaciones adicionales de obra” -según las definiciones contempladas en el Anexo de Definiciones del anterior Reglamento-, ésta podía disponer, de manera excepcional y previa sustentación del área usuaria, la ejecución de dichos adicionales, siempre que ello fuera indispensable para alcanzar la finalidad de la contratación, aspecto que debía ser evaluado por la propia Entidad, a efectos de adoptar una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, en salvaguarda del interés público. 2.2. “En relación con lo anterior, ¿qué ocurre si fuese a la inversa, es decir, si algún componente este considerado en exceso dentro del Análisis de un Precio Unitario? ¿Se debería aplicar un deductivo para retirar dicho excedente?” [...] 2.2.1. [Corresponde] indicar que en concordancia con lo expuesto al absolver la primera consulta, el exceso de un ‘componente o material’ en la oferta ganadora del contratista no constituía, por sí mismo, una causal que facultaba a la Entidad a reducir prestaciones de obra, en el marco de lo dispuesto por la anterior normativa de contrataciones del Estado; ello tomando en consideración que en los contratos de obra ejecutados bajo el sistema “de precios unitarios”, correspondía a la Entidad efectuar el pago al contratista conforme a los metrados efectivamente ejecutados y de acuerdo a los precios unitarios ofertados por éste, en atención a las partidas y condiciones establecidas en el Expediente Técnico de la Obra. No obstante, de configurarse algún supuesto que habilitaba a la Entidad a ordenar la reducción de la obra -según lo regulado en la anterior normativa de contrataciones del Estado- ésta podía disponer su reducción, de manera excepcional y previa sustentación del área usuaria, siempre que ello fuera indispensable para alcanzar la finalidad de la contratación; aspecto que debía ser evaluado por la propia Entidad, a efectos de adoptar una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, en salvaguarda del interés público. ¿O en ambos casos prevalecen únicamente los Precios Unitarios Ofertados por el Postor Adjudicado? [La] anterior normativa de contrataciones del Estado establecía que en los contratos de obra ejecutados bajo el sistema “de precios unitarios”, correspondía a la Entidad efectuar el pago al contratista conforme a los metrados efectivamente ejecutados y de acuerdo a los precios unitarios ofertados por éste, en atención a las partidas y condiciones establecidas en el Expediente Técnico de la Obra. (Opinión N.º 029-2018/DTN, de 06-03-2018, ff. 2.1, 2.1.6, 2.2 y 2.2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r7Af4Q>).

§ 2017. Si el expediente técnico es realizado por la Entidad o un consultor externo, el plazo para que el inspector o supervisor se pronuncie sobre la viabilidad de la prestación adicional, se computa desde el momento en que le es remitido el expediente técnico. CONSULTA: “¿Cómo debe entenderse el término expediente técnico concluido, considerando que la normativa derogada ni la vigente precisan qué debemos entender por dicho concepto, el mismo que podría interpretarse como: terminado a conformidad del contratista, o terminado a conformidad de la Entidad, a efectos de contabilizar el plazo con que cuentan el inspector o supervisor, y la propia Entidad, para emitir pronunciamiento sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional de obra?” [...] 2.2. [...] Asimismo, en caso la Entidad determine que es necesario elaborar el expediente técnico de la prestación adicional de obra, el octavo párrafo del citado artículo establece que “La Entidad debe definir si la elaboración del expediente técnico de la prestación adicional de obra está a su cargo, a cargo de un consultor externo o a cargo del inspector o supervisor. (...)” (El subrayado es agregado). Adicionalmente, el noveno párrafo del artículo citado precisa que “Concluida la elaboración del expediente técnico el inspector o supervisor lo eleva a la Entidad. En

caso el expediente técnico la labore la Entidad o un consultor externo, el inspector o supervisor cuenta con un plazo de cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción del expediente técnico, para remitir a la Entidad el informe en el que se pronuncie sobre la viabilidad de la solución técnica planteada en el expediente técnico. (...)” (El resaltado es agregado). Por último, el décimo párrafo del artículo 175 del Reglamento [cfr. art. 205.6 del Nuevo Reglamento] señala que “Recibida la comunicación del inspector o supervisor, la Entidad cuenta con doce (12) días hábiles para emitir y notificar al contratista la resolución mediante la que se pronuncia sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional de obra. (...)” (El subrayado es agregado). **2.3.** De esta manera, la necesidad de ejecutar una prestación adicional de obra debe ser anotada en el cuaderno de obra por el inspector o supervisor o por el contratista (a través de su residente de obra) para poner en conocimiento de la otra parte las circunstancias que la originan y, de ser el caso, para que la Entidad determine la necesidad de elaborar el expediente técnico de la prestación adicional de obra. Sobre el particular, es necesario precisar que si la Entidad decide que el expediente técnico será elaborado por un consultor externo o por ella misma, dicho expediente, una vez concluido o terminado –se entiende que previa conformidad y/o aprobación por el área competente de la Entidad, según corresponda–, deberá remitirse al inspector o supervisor para que este, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles de recibido, emita un informe donde se pronuncie sobre la viabilidad de la solución técnica planteada. Recibido el informe por la Entidad, esta tiene doce (12) días hábiles para emitir y notificar al contratista la resolución mediante la que se pronuncia sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional de obra. [...]. (Opinión N.º 111-2016/DTN, de 20-07-2016, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2A7JmHw>).

§ 2018. Los “deductivos vinculados” son los costos de las prestaciones de obra que ya no se ejecutarán por haber sido reemplazadas por las prestaciones adicionales a las que se vinculan directamente. CONSULTA: “(...) la Precisión y Aclaración del artículo 207º del Reglamento de Contrataciones del Estado [cfr. art. 205 del Nuevo Reglamento], en lo referente a cuando son deductivos vinculados (...)” [...] **2.2.** Por su parte, el primer párrafo del artículo 207 del Reglamento, precisa que “Sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario y la resolución del Titular de la Entidad y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original”. (El resaltado es agregado). Como se aprecia, uno de los requisitos para la ejecución directa de prestaciones adicionales de obra es que sus montos, restándole los “presupuestos deductivos vinculados”, no superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original. En este punto, es importante indicar que los términos “reducción” y “deductivo” implican conceptos distintos. Así, la reducción es la ejecución de menores prestaciones de obra, mientras que el deductivo es la valoración económica de las menores prestaciones de obra, constituyendo deducciones en el presupuesto o costo de la obra. **2.3.** [Los] “presupuestos deductivos vinculados” como “(...) aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. (...)” (El subrayado es agregado). De esta manera, el “presupuesto deductivo vinculado” es la valoración económica o costo de las prestaciones de obra que, habiendo estado consideradas inicialmente en el contrato original, ya no se ejecutarán, al haber sido sustituidas por las prestaciones adicionales de obra a las que se vinculan directamente. En consecuencia, para calcular si una prestación adicional de obra supera el límite del quince por ciento (15%) del monto del contrato, al costo de las prestaciones adicionales deberá restársele los respectivos presupuestos deductivos vinculados; es decir, aquellas prestaciones que serán sustituidas, en los términos descritos anteriormente. (Opinión N.º 076-2012/DTN, de 10-07-2012, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Q7p2LN>).

§ 2019. Cuando en una obra contratada bajo el sistema a precios unitarios se realizaba mayores metrados, corresponde que la Entidad efectuara el pago a través de la valorización respectiva. Los mayores metrados que deban ejecutarse en una obra contratada bajo el sistema a “precios unitarios” no constituyen prestaciones adicionales de obra. CONSULTA: **2.** “Cuáles son los efectos técnicos y legales sobre mayores metrados encontrados durante la ejecución de obra, contratada a precios unitarios, considerados en el expediente técnico de contratación, si estos generan adicionales o simplemente, se paga mediante



valorizaciones mensuales”. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. En el caso de mayores metrados, la ejecución de la partida sí está contemplada en el expediente técnico, aunque en una cantidad menor a la que efectivamente se requiere, a diferencia de la prestación adicional de obra que no se encuentra considerada en el expediente técnico. De esta manera, los mayores metrados que deban ejecutarse en una obra contratada bajo el sistema “a precios unitarios” no constituyen prestaciones adicionales de obra, en la medida que la partida se encuentre prevista en el expediente técnico y que no impliquen una modificación de este último. 3.2. Cuando en una obra contratada bajo el sistema “a precios unitarios” se realizaban mayores metrados correspondía que la Entidad efectuara el pago a través de la valorización respectiva, según los metrados efectivamente ejecutados y de acuerdo a los precios unitarios ofertados; para lo cual, resultaba necesario que el pago fuera autorizado por el Titular de la Entidad o la persona a quien se le hubiera delegado dicha función. (Opinión N.º 125-2017/DTN, de 02-06-2017, ff. 2, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Wj8V22>).

§ 2020. La necesidad de ejecutar mayores metrados debe ser revisado por el inspector o supervisor. El pago por mayor metrado se paga a través de la Entidad. 3. CONCLUSIONES. 3.1. La ejecución de mayores metrados en contratos de obra a precios unitarios, requiere de la verificación previa del inspector o supervisor, quien deberá evaluar si efectivamente se cumplen las condiciones y requisitos necesarios para su configuración y que no se hayan excedido los toques previstos en los artículos 175 y 176 del Reglamento [cfr. arts. 205 y 206 del Nuevo Reglamento]. 3.2. Cuando en una obra contratada bajo el sistema a precios unitarios se ejecuten mayores metrados, corresponde que la Entidad efectúe el pago a través de la valorización respectiva, según los metrados efectivamente ejecutados y de acuerdo a los precios unitarios ofertados; para lo cual resulta necesario que el pago sea autorizado por el Titular de la Entidad o por la persona a quien se le haya delegado dicha función. (Opinión N.º 167-2018/DTN, de 05-10-2018, ff. 3.1 al 3.2. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FHWdVh>).

§ 2021. En el caso de mayores metrados en el sistema de precios unitarios, la ejecución de la partida sí está contemplada en el expediente técnico, a diferencia de la prestación adicional de obra que no se encuentra considerada en el expediente técnico. 2. CONSULTA Y ANÁLISIS: “¿Cuáles son los efectos técnicos y legales sobre mayores metrados encontrados durante la ejecución de obra, contratada a precios unitarios, considerados en el expediente técnico de contratación, si estos generan adicionales o simplemente, se paga mediante valorizaciones mensuales?”. [...] 2.3. [Debe] señalarse que el [...] “Anexo de definiciones” define al “mayor metrado” como “(...) el incremento del metrado previsto en el presupuesto de obra de una determinada partida y que no provenga de una modificación del expediente técnico. El mayor metrado en contrato de obras a precios unitarios no constituye una modificación del expediente técnico”. Como se aprecia, en las obras contratadas bajo el sistema “a precios unitarios”, el mayor metrado implica la ejecución de determinada partida en una proporción superior a la inicialmente prevista en el presupuesto de obra, sin que ello implique la modificación del expediente técnico. De otro lado, la “prestación adicional de obra” es aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional. En tal sentido, en el caso de mayores metrados, la ejecución de la partida sí está contemplada en el expediente técnico, aunque en una cantidad menor a la que efectivamente se requiere, a diferencia de la prestación adicional de obra que no se encuentra considerada en el expediente técnico. De esta manera, los mayores metrados que deban ejecutarse en una obra contratada bajo el sistema “a precios unitarios” no constituyen prestaciones adicionales de obra, en la medida que la partida se encuentre prevista en el expediente técnico y que no impliquen una modificación de este último. 2.4. [...] Así, cuando en una obra contratada bajo el sistema “a precios unitarios” se realizaban mayores metrados correspondía que la Entidad efectuara el pago a través de la valorización respectiva, según los metrados efectivamente ejecutados y de acuerdo a los precios unitarios ofertados; para lo cual, resultaba necesario que el pago fuera autorizado por el Titular de la Entidad o la persona a quien se le hubiera delegado dicha función. (Opinión N.º 125-2017/DTN, de 02-06-2017, ff. 2, 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Wj8V22>).

§ 2022. **No resulta procedente la aprobación de prestaciones adicionales de obra con posterioridad a la ejecución parcial o total de estas.** CONCLUSIONES: 3.1. De conformidad con lo dispuesto por la anterior normativa de contrataciones del Estado [Y también por lo dispuesto en la normativa vigente] no resultaba procedente la aprobación de prestaciones adicionales de obra con posterioridad a su ejecución parcial o total; toda vez que, el artículo 207 del anterior Reglamento [cfr. art. 205 del Nuevo Reglamento], establecía que, de forma previa a su ejecución y pago, debía verificarse la disponibilidad presupuestal y emitirse la correspondiente resolución del Titular de la Entidad. 3.2. La anterior normativa de contrataciones del Estado [Tampoco la normativa vigente] no permitía la aprobación de prestaciones adicionales de obra en “vías de regularización”; en consecuencia, la ejecución -parcial o total- del adicional de obra antes de su aprobación por parte del Titular de la Entidad habría constituido una trasgresión a las disposiciones de la citada normativa. (Opinión N.º 073-2017/DTN, de 08-03-2017, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2D8VF7k>).

§ 2023. **No es viable la aprobación de ejecución de prestaciones adicionales en “vía de regularización”.** 3. No es posible la aprobación de prestaciones adicionales de obra con posterioridad a su ejecución, toda vez que la normativa de contrataciones del Estado establece que la aprobación previa del Titular de la Entidad es una condición necesaria para la ejecución de las referidas prestaciones, así como la observancia del procedimiento y plazos previstos en el artículo 207 del Reglamento [cfr. art. 205 del Nuevo Reglamento] Lo contrario, la aprobación de la ejecución de prestaciones adicionales en “vía de regularización”, implicaría contravenir las disposiciones de dicha normativa. (Opinión N.º 119-2012/DTN, de 06-12-2012, f. 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Sh9yuG>).

§ 2024. **Cuando la Entidad encargue la elaboración del expediente técnico del adicional de obra al supervisor, se debe observar el límite del 25% del monto del contrato original para su aprobación.** CONSULTA: 2.4. *“En caso la Entidad encargue a la supervisión de la obra la elaboración del expediente técnico de una prestación adicional de obra conforme a lo dispuesto en el numeral 175.4 del artículo 175 del Reglamento, y considerando que dicho encargo debe realizarse en calidad de prestación adicional de la supervisión, la cual no tendría su origen en el propio contrato de supervisión, ¿En cuál de los tipos de prestaciones adicionales de supervisión de obra se enmarcaría este supuesto teniendo en cuenta la Opinión N.º 044-2018/DTN [§ 1731]? ¿Debe considerarse dicha prestación adicional de la supervisión sujeta a algún límite porcentual del monto contratado para su autorización?”* 2.4.1. [...] [E]l numeral 175.4 del artículo 175 del Reglamento [cfr. art. 205 del Nuevo Reglamento] señala que *“La Entidad debe definir si la elaboración del expediente técnico de la prestación adicional de obra está a su cargo, a cargo de un consultor externo o a cargo del inspector o supervisor, este último en calidad de prestación adicional, aprobada conforme al procedimiento previsto en el artículo 139. Para dicha definición, la Entidad debe tener en consideración la naturaleza, magnitud, complejidad, entre otros aspectos relevantes de la obra principal, así como la capacidad técnica y/o especialización del inspector o supervisor, cuando considere encargarle a este la elaboración del expediente técnico.”* (El subrayado y resaltado son agregados). En tal sentido, cuando la Entidad opte por encargar la elaboración del expediente técnico del adicional de obra al supervisor, en calidad de prestación adicional, corresponde emplear el procedimiento previsto en el artículo 139 del Reglamento [cfr. art. 157 del Nuevo Reglamento]; lo cual implica observar el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original al momento de aprobar dicha prestación adicional. Asimismo, considerando que la prestación adicional señalada en el numeral 175.4 del artículo 175 del Reglamento [cfr. art. 205 del Nuevo Reglamento] no tiene su origen en aspectos derivados del propio contrato de supervisión, en la aprobación de prestaciones adicionales de obra, ni en variaciones en el plazo o ritmo de trabajo de la obra (distintos a los adicionales de obra), puede concluirse que esta prestación adicional no se enmarca en ninguno de los tipos contemplados en el numeral 2.1.5 de la Opinión N.º 044-2018/DTN [§ 1731]. (Opinión N.º 155-2018/DTN, de 19-09-2018, ff. 2.4 y 2.4.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DRq5wW>).

§ 2025. **El contratista, al momento de aprobar una prestación adicional de obra y elaboración del expediente técnico de la misma, se limita a anotar la necesidad de ejecutarse de dicha prestación en el cuaderno de obra.** 3.1. Cuando el noveno párrafo del artículo 175 del Reglamento [cfr. art.



205 del Nuevo Reglamento] señala “Concluida la elaboración del expediente técnico (...)” hace referencia a que la Entidad, el consultor externo o el inspector o supervisor, según corresponda, ha culminado con la elaboración del expediente técnico de la prestación adicional de obra. **3.2.** La participación del contratista durante el procedimiento de aprobación de una prestación adicional de obra y durante la elaboración del expediente técnico de la referida prestación adicional se limita a anotar en el cuaderno de obra la necesidad de su ejecución, careciendo de competencia para calificar o evaluar el expediente técnico de la prestación adicional de obra o la procedencia de su ejecución. **3.3.** Si bien el procedimiento para la aprobación de una prestación adicional de obra bajo los alcances de la anterior normativa de contrataciones del Estado (Decreto Legislativo N.º 1017 y su Reglamento) es distinto al previsto en actual normativa de contrataciones del Estado (Ley N.º 30225 y su Reglamento), la referencia a “Concluida la elaboración del expediente técnico (...)” prevista en el octavo párrafo del artículo 207 del Reglamento anterior [cfr. art. 205 del Nuevo Reglamento], debía entenderse de la misma manera; es decir, se refería a que la Entidad, el consultor externo o el contratista de la obra principal, según corresponda, hubiera culminado con la elaboración del expediente técnico de la prestación adicional de obra. (Opinión N.º 111-2016/DTN, de 20-07-2016, ff. 3.1 al 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2A7JmHw>).

§ 2026. Bajo el sistema a suma alzada, solo se podrán ejecutar prestaciones adicionales o la reducción de estas, cuando sea necesario debido a la modificación de los planos o especificaciones técnicas. 2.2. [...] [Las] obras que se ejecutan bajo el sistema a suma alzada implican, como regla general, la invariabilidad del precio ofertado por el postor en su propuesta, por lo que, en estos contratos, la Entidad solo podrá aprobar la ejecución de prestaciones adicionales si los planos o especificaciones técnicas fueron modificados durante la ejecución contractual, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato. No sucede lo mismo con la mayor o menor ejecución de metrados. En estos supuestos la liquidación final de obra se realiza teniendo en cuenta únicamente los metrados contratados, de tal forma que el costo de la ejecución de mayores metrados es asumido por el contratista y, por tanto, la Entidad no debe efectuar pago adicional alguno. En cambio, el costo de la ejecución de menores metrados es asumido por la Entidad, dado que esta se encuentra obligada a pagar el íntegro del precio ofertado por el postor en su propuesta, atendiendo a la naturaleza del sistema a suma alzada. En tal sentido, en las obras ejecutadas bajo el sistema a suma alzada la Entidad solo podrá ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de prestaciones, cuando ello sea necesario debido a la modificación de los planos o especificaciones técnicas, y no debido a la mayor o menor ejecución de metrados, pues en estos supuestos el costo debe ser asumido por el contratista o la Entidad, según se trate de mayores o menores metrados, dado el sistema de contratación elegido. (Opinión N.º 021-2011/DTN, de 17-02-2011, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Flmskn>).

§ 2027. La potestad de aprobar prestaciones adicionales le corresponde a la Entidad, como garante del interés público; esto acorde a la normativa en contrataciones del Estado. 2.1.3. [E]s importante precisar que la potestad de aprobar prestaciones adicionales le ha sido conferida a la Entidad en reconocimiento de su calidad de garante del interés público en los contratos que celebra a efectos de abastecerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Así, esta potestad responde 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 régimen de contrataciones del Estado-, en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado. En ese sentido, siendo facultad de la Entidad aprobar prestaciones adicionales y reducciones de obra, tal potestad se encuentra circunscrita al procedimiento previsto en la normativa de contrataciones del Estado, el mismo que no contempla la posibilidad de que sea aprobado por silencio administrativo. (Opinión N.º 004-2016/DTN, de 20-01-2016, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2C1TZgE>).

§ 2028. Prestaciones adicionales de obra con carácter de emergencia. La aprobación previa de la Entidad (a través de su titular) puede darse por comunicación escrita dirigida al inspector

o supervisor de obra. 2.3. [...] [El] segundo párrafo del artículo 207 del Reglamento [cfr. art. 205.8 del Nuevo Reglamento] regula un supuesto especial de prestaciones adicionales de obra, conforme a lo siguiente: *“Excepcionalmente, en el caso de obras adicionales que por su carácter de emergencia, cuya no ejecución pueda afectar el ambiente o poner en peligro a la población, los trabajadores o a la integridad de la misma obra, la autorización previa de la Entidad podrá realizarse mediante comunicación escrita a fin de que el inspector o supervisor pueda autorizar la ejecución de tales obras adicionales, sin perjuicio de la verificación que realizará la Entidad previo a la emisión de la resolución correspondiente, sin la cual no podrá efectuarse pago alguno.”* (El subrayado es agregado). Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que, en el caso que se requiera la ejecución de obras adicionales con la finalidad de evitar que se afecte el medio ambiente o se ponga en peligro a la población, a los trabajadores o a la integridad misma de la obra, la autorización previa de la Entidad puede realizarse a través de una comunicación escrita dirigida al inspector o supervisor de la obra; luego de lo cual, debe emitirse la resolución respectiva autorizando la ejecución de las obras adicionales, siendo ésta requisito para efectuar el pago al contratista. 3. Es el Titular de la Entidad quien debe emitir la autorización previa para la ejecución de prestaciones adicionales de obra con carácter de emergencia y, posteriormente, la resolución respectiva. Ello, siempre que se verifique el carácter de emergencia de las prestaciones adicionales y que estas cumplan las condiciones establecidas en la normativa de contrataciones del Estado para su aprobación. (Opinión N.º 026-2012/DTN, de 17-02-2012, f. 2.3 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SxYVmt>).

§ 2029. Elaboración y aprobación del expediente técnico para la ejecución de prestaciones adicionales de obra. El contrato de supervisión de obra, a pesar de ser accesorio al de ejecución de obra, tiene finalidades diferentes. 2.2.2. [...] [La] elaboración del expediente técnico de las obras adicionales es una prestación *“indispensable y/o necesaria”* para la adecuada ejecución de la obra principal, pues sin este expediente técnico no podría iniciarse la ejecución de las obras adicionales y, por tanto, no podría conseguirse la adecuada ejecución de la obra principal. Por tanto, la prestación consistente en la elaboración del expediente técnico de las obras adicionales podría considerarse un tipo de prestación adicional de obra, aunque distinta a la clásica prestación adicional de obra, consistente en la ejecución misma de las obras adicionales. En esa medida, adicionalmente a las alternativas que la Entidad tiene para elaborar el expediente técnico de las obras adicionales [...] la Entidad también podría ordenar al contratista encargado de la ejecución de la obra principal, la elaboración del expediente técnico, en calidad de prestación adicional de obra. Al respecto, es importante señalar que, la posibilidad de ordenar la elaboración del expediente técnico de las obras adicionales en calidad de prestación adicional de obra, se encontraría supeditada a que, previo análisis, la Entidad determine: (i) que la elaboración del expediente técnico de las obras adicionales no reviste mayor dificultad, dada la complejidad y envergadura de la obra principal; y (ii) que el contratista tiene capacidad técnica suficiente para elaborar adecuadamente el expediente técnico de las obras adicionales. Si luego del análisis indicado la Entidad determina que es posible que el contratista encargado de la ejecución de la obra principal elabore el expediente técnico de las obras adicionales, tendría que ordenarle la ejecución de dos (2) tipos de prestaciones adicionales de obra: la elaboración del expediente técnico de las obras adicionales y la ejecución de las obras adicionales; siendo que el contratista no podría iniciar la ejecución de las obras adicionales en tanto la Entidad no le entregue el expediente técnico de estas obras, debidamente aprobado. Asimismo, la Entidad tendría que pagar al contratista por la ejecución de ambas prestaciones adicionales de obra, pudiendo atribuir responsabilidad por vicios ocultos al consultor de obra que se encargó de la elaboración del expediente técnico de la obra principal, de ser el caso. **2.2.3.** Adicionalmente, debe indicarse que lo que no podría hacer una Entidad es ordenar al supervisor de una obra la elaboración del expediente técnico de las obras adicionales necesarias para alcanzar la finalidad del contrato de ejecución de obra, en calidad de prestación adicional al contrato de supervisión de obra, pues con ello se vulneraría la exigencia de que las prestaciones adicionales sean ordenadas para alcanzar la finalidad del contrato original [...]. Al respecto, es necesario precisar que, si bien el contrato de supervisión de obra es accesorio al contrato de ejecución de obra, sus finalidades son distintas; el primero tiene por finalidad la supervisión de una obra a fin de garantizar su adecuada ejecución, mientras que el segundo tiene por finalidad la adecuada

ejecución de una obra de interés general. Por tanto, al ordenarse al supervisor de una obra la elaboración del expediente técnico de las obras adicionales necesarias para alcanzar la finalidad del contrato de ejecución de obra, [...]. **2.2.4.** En tal orden de ideas, debe indicarse que una Entidad puede elaborar el expediente técnico de las obras adicionales de forma directa, con sus propios recursos y personal, o de forma indirecta, ya sea a través de un consultor de obra contratado especialmente para tal fin observando las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, u ordenando al contratista encargado de la ejecución de la obra principal la elaboración del expediente técnico, cuando del análisis que realice la Entidad se desprenda que: (i) la elaboración del expediente técnico de las obras adicionales no reviste mayor dificultad, dada la complejidad y envergadura de la obra principal; y (ii) el contratista tiene capacidad técnica suficiente para elaborar adecuadamente el expediente técnico de las obras adicionales. En cambio, la Entidad no podría ordenar al supervisor de una obra la elaboración del expediente técnico de las obras adicionales necesarias para alcanzar la finalidad del contrato de ejecución de obra, [...] dado que el contrato de obra y el contrato de supervisión de obra tienen finalidades distintas. (Opinión N.º 083-2011/DTN, de 22-09-2011, ff. 2.2.2 al 2.2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SBXqDQ>)

§ 2030. Aprobación del expediente técnico y de la ejecución de prestaciones adicionales de obra. Corresponde a cada Entidad evaluar el orden de los requisitos para ejecutar una prestación adicional de obra. 2.2.1. [...] [Una] condición adicional para la ejecución de una prestación adicional de obra es que la Entidad le entregue al contratista el expediente técnico de la referida prestación adicional debidamente aprobado, pues es el documento que detalla los trabajos adicionales que deben realizarse, así como el presupuesto o monto que implicará su ejecución. Como puede apreciarse [...], si bien el artículo 207 del Reglamento [cfr. art. 205 del Nuevo Reglamento] establece las condiciones o requisitos que deben cumplirse para ejecutar una prestación adicional de obra (expediente técnico de la prestación adicional debidamente aprobado, certificación de crédito presupuestario y resolución aprobatoria de su Titular), no establece una secuencia u orden imperativo en el que las Entidades deban cumplir con dichas condiciones; razón por la cual, corresponde a cada Entidad evaluar el orden en que deberán cumplirse. **2.2.2.** En virtud de lo expuesto, sería válido que una Entidad apruebe, en primer lugar, el expediente técnico de la prestación adicional de obra; luego, obtenga la certificación de crédito presupuestario; y, posteriormente, se pronuncie sobre la aprobación de la ejecución de la prestación adicional de obra. Sin perjuicio de ello, es importante tener en consideración que con la aprobación del expediente técnico de la prestación adicional de obra se aprueba también su presupuesto, documento que detalla el monto o costo que implicará su ejecución. En esa medida, resultaría razonable que, antes de solicitar la certificación de crédito presupuestario (acto de administración mediante el cual se garantiza que se cuenta con presupuesto disponible), se apruebe el expediente técnico de la prestación adicional de obra, ya que en dicho documento se detalla el monto o presupuesto que será necesario para la ejecución de dicha prestación y sobre el cual se podrá solicitar de manera sustentada la referida certificación. **2.2.3.** De conformidad con lo expuesto, a efectos que el Titular de la Entidad emita la resolución que aprueba la ejecución de prestaciones adicionales de obra, la Entidad debe haber certificado -previamente- el crédito presupuestario en función del presupuesto del adicional de obra contenido en el expediente técnico. En consecuencia, se advierte que la aprobación del expediente técnico de la prestación adicional de obra no es suficiente para autorizar -por sí misma- la ejecución de prestaciones adicionales de obra, toda vez que, debe verificarse que la Entidad cuenta con el crédito presupuestario suficiente a efectos que el Titular de la Entidad pueda emitir la resolución que autorice la ejecución de prestaciones adicionales. (Opinión N.º 005-2016/DTN, de 20-01-2016, ff. 2.2.1 al 2.2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rwkJ2O>).

§ 2031. Las consultas y observaciones sobre la necesidad de ejecutar prestaciones adicionales por causas no previstas en el expediente técnico, no guardan -necesariamente- una relación de complementariedad respecto de aquellas consultas sobre ocurrencias en la obra. CONSULTA: 2.3. ¿Las consultas y observaciones a las que se refiere el numeral 175.8 del art. 175 del RLCE son complementarias a las indicadas en el art. 165 del mismo cuerpo normativo? **2.3.1.** [La] responsabilidad del contratista

de formular las “consultas” y “observaciones” que alude el numeral 175.8 del artículo 175 del Reglamento [cfr. art. 205 del Nuevo Reglamento], no se restringe -únicamente- a las que realiza durante la ejecución del contrato de obra para advertir la necesidad de ejecutar prestaciones adicionales por causas no previstas en el Expediente Técnico, sino que dicha responsabilidad comprende todas aquellas consultas y/u observaciones cuya absolución tenga por objeto completar la información que la Entidad pone a su disposición para la ejecución de la obra, a fin de cumplir la finalidad pública que subyace a la contratación. Ahora bien, el artículo 165 del Reglamento [cfr. art. 193 del Nuevo Reglamento] regula las consultas sobre ocurrencias en la obra, precisando que las mismas se anotan en el cuaderno de obra y se dirigen al inspector o supervisor, según corresponda. En ese contexto, dicho artículo establece los plazos y procedimientos aplicables para la absolución de las consultas que por su naturaleza no requieran opinión del proyectista (que diseñó el Expediente Técnico de Obra), y de aquellas que sí requieren la opinión de este último, respectivamente. Al respecto, cabe anotar que las consultas que prevé el artículo 165 del Reglamento están referidas -únicamente- a hechos relevantes que ocurren durante la ejecución de la obra, mientras que las “consultas y “observaciones” que alude el numeral 175.8 del artículo 175 del Reglamento comprenden -en general- todas aquellas que pueden realizarse tanto en el procedimiento de selección, como durante la ejecución de la obra. Como se desprende del párrafo anterior, el alcance de las “consultas” y “observaciones” que refiere el numeral 175.8 del artículo 175 del Reglamento comprende, entre otras, aquellas consultas sobre ocurrencias durante la ejecución de la obra que prevé el artículo 165 del Reglamento, cuya absolución -ciertamente- resulta necesaria a efectos de proporcionar al contratista la información que le permita dilucidar aspectos relativos a la ejecución de las prestaciones objeto del contrato. De esta manera, se puede advertir que las consultas sobre ocurrencias en la obra que se realizan conforme a lo establecido en el artículo 165 del Reglamento, están orientadas a que a través de su absolución se proporcione al contratista la información necesaria que le permita ejecutar la obra apropiadamente; lo cual se condice con la responsabilidad que tiene el contratista de formular las consultas y observaciones que resulten pertinentes para cumplir la finalidad del contrato, según lo previsto en el numeral 175.8 del artículo 175 del Reglamento. 2.3.2. Por lo expuesto, se infiere que las consultas y observaciones a las que hace alusión el numeral 175.8 del artículo 175 del Reglamento, no guardan -necesariamente- una relación de complementariedad respecto de aquellas consultas sobre ocurrencias en la obra que regula el artículo 165 del Reglamento, si no que -en efecto- comparten un mismo propósito: que a través de su absolución se le proporcione al contratista la información necesaria que le permita dilucidar aspectos relativos a la ejecución de la obra, a fin de cumplir la finalidad pública que subyace a la contratación. (Opinión N.º 076-2018/DTN, de 29-05-2018, ff. 2.3.1 y 2.3.2. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BztnmI>).

§ 2032. **La frase revisión diligente del expediente técnico implica una obligación del contratista de efectuar la confirmación cuidadosa y atenta de la información contenida en el expediente. Esta revisión diligente debe perdurar (art. 205 del Nuevo Reglamento).** CONSULTA: 2.4. *¿Cuáles son los alcances de la frase “revisión diligente del expediente técnico” citada en el numeral 175.8 del art. 175 del RLCE? [...] 2.4.1. [...] [Se] puede desprender que la “revisión diligente del Expediente Técnico” que prevé el numeral 175.8 del artículo 175 del Reglamento [cfr. art. 205 del Nuevo Reglamento], implica el deber del contratista de efectuar la verificación cuidadosa y atenta de la información contenida en el referido expediente; lo cual obedece al esfuerzo ordinario con el que pueda realizar dicha verificación, que -a su vez- dependerá de las condiciones particulares que se presenten en cada caso, tales como la complejidad y envergadura de la obra, así como el tiempo del que este disponga para revisar el conjunto de documentos que comprende el expediente técnico, entre otras. Así, aquello que no hubiera podido ser advertido a pesar de la actuación diligente de dicho contratista, podría originar la necesidad de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales de obra. 2.4.2. En virtud de lo expuesto, la “revisión diligente del Expediente Técnico” a la que hace alusión el numeral 175.8 del artículo 175 del Reglamento, implica el deber del contratista de efectuar la verificación cuidadosa y atenta de la información contenida en el referido expediente (lo cual obedece al esfuerzo ordinario con el que pueda realizar dicha verificación); por tanto, dicha conducta diligente debe mantenerse desde el momento en que el contratista tiene a su disposición el Expediente Técnico de Obra -esto es, desde el procedimiento de*

selección, a efectos de elaborar su oferta-, hasta culminar con la ejecución de la obra que constituye el objeto del contrato. Así, aquello que no hubiera podido ser advertido a pesar de la actuación diligente de dicho contratista, podría originar la necesidad de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales de obra. [...] CONSULTA: 2.5. *¿Cuál sería el alcance de la norma establecida en el numeral 175.8 del art. 175 del RLCE, según la cual “la ejecución de las actividades que comprende la prestación adicional de la obra procede respecto de aquello que no pudo ser advertido de la revisión diligente del expediente técnico”?* Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, la “revisión diligente del Expediente Técnico” a la que hace alusión el numeral 175.8 del artículo 175 del Reglamento, implica el deber del contratista de efectuar la verificación cuidadosa y atenta de la información contenida en el referido expediente (lo cual obedece al esfuerzo ordinario con el que pueda realizar dicha verificación); por tanto, dicha conducta diligente debe mantenerse desde el momento en que el contratista tiene a su disposición el Expediente Técnico de Obra -esto es, desde el procedimiento de selección, a efectos de elaborar su oferta-, hasta culminar con la ejecución de la obra que constituye el objeto del contrato. Así, aquello que no hubiera podido ser advertido a pesar de la actuación diligente de dicho contratista, podría originar la necesidad de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales de obra. (Opinión N.º 076-2018/DTN, de 29-05-2018, ff. 2.4.1, 2.4.2 y 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BztnmI>).

§ 2033. La revisión diligente del expediente técnico debe mantenerse desde el momento en que el contratista tiene a su disposición dicho expediente técnico de obra, es decir, desde el procedimiento de selección hasta culminar con la ejecución de la obra. CONSULTA: 2.6. *Según el artículo 175.8 del artículo 175 del Reglamento, en qué fase debe realizarse la “revisión diligente del expediente técnico”, ¿durante el proceso de selección o en la fase de ejecución contractual? Si fuera en la fase de ejecución contractual, en que momento, ¿al inicio de la obra cuando se hace entrega del expediente técnico o durante la ejecución del proyecto?* [...] [La] “revisión diligente del Expediente Técnico” a la que hace alusión el numeral 175.8 del artículo 175 del Reglamento, implica el deber del contratista de efectuar la verificación cuidadosa y atenta de la información contenida en el referido expediente (lo cual obedece al esfuerzo ordinario con el que pueda realizar dicha verificación); por tanto, dicha conducta diligente debe mantenerse desde el momento en que el contratista tiene a su disposición el Expediente Técnico de Obra -esto es, desde el procedimiento de selección, a efectos de elaborar su oferta-, hasta culminar con la ejecución de la obra que constituye el objeto del contrato. Así, aquello que no hubiera podido ser advertido a pesar de la actuación diligente de dicho contratista, podría originar la necesidad de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales de obra. (Opinión N.º 076-2018/DTN, de 29-05-2018, f. 2.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BztnmI>).

§ 2034. Para la adecuación del plazo del contrato de supervisión a las variaciones en el plazo o en el ritmo de trabajo de la obra, en situaciones distintas a las de adicionales de obra, no son aplicables las causales, procedimientos y consecuencias económicas establecidas para la ampliación del plazo contractual. Véase la jurisprudencia del artículo 158º del Nuevo Reglamento [§ 1739]. (Opinión N.º 221-2017/DTN, de 09-10-2017, ff. 3.1 al 3.5. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MnpuW1>).

§ 2035. Supuesto en los que pese a que los adicionales de obra cuentan con presupuestos específicos, corresponde el pago de mayores gastos generales. Véase la jurisprudencia del artículo 199º del Nuevo Reglamento [§ 2005]. (Opinión N.º 139-2009/DTN, de 07-12-2009, ff. 2, 2.2, 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BCSXGw>).

§ 2036. El encargo de un proceso de selección a otra Entidad pública se mantiene hasta que el otorgamiento de la Buena Pro quede consentido o administrativamente firme. Si durante la ejecución de un contrato de obra, cuyo procedimiento de selección fue objeto de encargo, surge la necesidad de aprobar prestaciones adicionales, estas deben ser aprobadas por el Titular de la Entidad encargante. Véase la jurisprudencia del artículo 109º del Nuevo Reglamento [§ 1553]. (Opinión N.º 109-2016/DTN, de 18-07-2016, ff. 2.2 al 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DhK064>).

§ 2037. Para la ejecución de prestaciones adicionales de obra se necesita la conformidad del Titular de la Entidad o del servidor a quien se le hubiese delegado dicha función. Véase la jurisprudencia del artículo 8° de la Ley [§ 309]. (Opinión N.º 031-2018/DTN, de 14-03-2018, ff. 2 al 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SgCRsE>).

Artículo 206: Prestaciones adicionales de obras mayores al quince por ciento (15%)

206.1. Las prestaciones adicionales de obras cuyos montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular de la Entidad, requieren previamente, para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República. La determinación del referido porcentaje incluye los montos acumulados de los mayores metrados, en contratos a precios unitarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia la autorización de la Contraloría General de la República se emite previa al pago.

206.2. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento, el cual se encuentra motivado en todos los casos. El referido plazo se computa a partir del día siguiente que la Entidad presenta la documentación sustentatoria correspondiente.

206.3. Transcurrido este plazo, sin que medie pronunciamiento de la Contraloría General de la República, la Entidad está autorizada para disponer la ejecución y/o pago de prestaciones adicionales de obra por los montos que hubiere solicitado, sin perjuicio del control posterior. De requerirse información complementaria, la Contraloría General de la República comunica a la Entidad este requerimiento, en una sola oportunidad, a más tardar al quinto día hábil contado desde el inicio del plazo a que se refiere el numeral precedente, más el término de la distancia.

La Entidad cuenta con cinco (5) días hábiles para cumplir con el requerimiento.

206.4. En estos casos el plazo se interrumpe y se reinicia al día siguiente de la fecha de presentación de la documentación complementaria por parte de la Entidad a la Contraloría General de la República.

206.5. El pago de los presupuestos adicionales aprobados se realiza mediante valorizaciones adicionales.

206.6. Cuando se apruebe la prestación adicional de obras, el contratista está obligado a ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento.

206.7. Las prestaciones adicionales de obra y los mayores metrados, en contratos a precios unitarios, en conjunto, no pueden superar el cincuenta por ciento (50%) del monto del contrato original. En caso que superen este límite, se procede a la resolución del contrato, no siendo aplicable el artículo 167 para continuar con la ejecución de la obra se convoca a un nuevo procedimiento por el saldo de obra por ejecutar, sin perjuicio de las responsabilidades que pudiera corresponder al proyectista.

OPINIONES DEL OSCE

§ 2038. El nuevo expediente técnico por el saldo de obra de un contrato resuelto, por haberse superado el monto máximo de adicional de obra, es un expediente técnico de obra distinto al expediente técnico de obra que forma parte del contrato resuelto. CONSULTA: 2.1. "El adicional de obra contiene partidas y precios existentes del primer proceso así como partidas nuevas, incrementando el costo en más del 50% ¿se considera este como un nuevo expediente técnico?" [...] 2.2. "Al haberse incorporado nuevas partidas en el expediente técnico del nuevo proceso de selección, se puede considerar que se trata de otro expediente técnico diferente al elaborado en el adicional por el Contratista de Obra del primer proceso, considerando además que el valor del expediente ha variado, habiéndose incrementado por consiguiente el valor referencial?" [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Cuando en un contrato de ejecución de obra a precios unitarios las prestaciones adicionales y los mayores metrados que no provengan de una variación del expediente técnico, superen el cincuenta por ciento (50%) del monto del contrato original, la Entidad



deberá proceder con la resolución del contrato y convocará un nuevo procedimiento de selección por el saldo de obra por ejecutar. 3.2. El saldo de obra de un contrato resuelto (por haberse superado el monto máximo de adicional de obra) debe incluir todos los trabajos necesarios para la correcta finalización de la ejecución de la obra; es decir, aquellos que se derivan de partidas no ejecutadas como aquellos necesarios para subsanar las partidas ejecutadas erróneamente, pudiendo incluirse mayores metrados o nuevas partidas para cumplir con tal finalidad. 3.3. El nuevo expediente técnico por el saldo de obra de un contrato resuelto (por haberse superado el monto máximo de adicional de obra) es un expediente técnico de obra distinto al expediente técnico de obra que forma parte del contrato resuelto. (Opinión N.º 051-2018/DTN, de 23-04-2018, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rfXwBG>).

§ 2039. No existe diferencia entre los términos prestación adicional de obra y ejecución de obras adicionales. Véase la jurisprudencia del artículo 157º del Nuevo Reglamento [§ 1728]. (Opinión N.º 167-2016/DTN, de 14-10-2016, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QKdHqc>).

Artículo 207: Resolución del Contrato de Obras

207.1. La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.

207.2. La parte que resuelve indica en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de tres (3) días hábiles. En esta fecha, las partes y el supervisor o inspector, según corresponda, se reúnen en presencia de notario o juez de paz, y se levanta un acta donde se detallan los avances de obra a nivel de metas verificables, así como realizar el inventario de materiales, insumos, equipamientos o mobiliarios respectivos en el almacén de obra, los cuales son responsabilidad del contratista luego de realizado el inventario. Si alguna de las partes no se presenta, la otra lleva adelante la constatación e inventario y levanta el acta, documento que tiene pleno efecto legal.

207.3. Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a su liquidación.

207.4. En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignan y se hacen efectivas las penalidades que correspondan.

207.5. En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, esta reconoce al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectúa la resolución del contrato.

207.6. En caso no se haya iniciado la ejecución de la obra, no resulta aplicable la disposición señalado en el numeral anterior, debiendo la Entidad reconocer los daños efectivamente irrogados.

207.7. Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución.

207.8. En caso surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes puede recurrir a los medios de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de treinta (30) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato queda consentida.

RESOLUCIONES DEL OSCE

§ 2040. No es posible que la Entidad comunique la resolución del contrato cuando ésta había otorgado previamente la conformidad de servicio al contratista. 7. En el presente caso, la Entidad

ha denunciado que el Contratista habría dado lugar a la resolución parcial del Contrato por la causal de incumplimiento que no puede ser revertido; por tanto, a efectos de poder determinar si incurrió en infracción administrativa, corresponde que este Colegiado compruebe, de forma previa, si la Entidad cumplió con el procedimiento establecido, en la normativa precitada, para dar lugar dicha resolución. [...] **12.** Conforme se aprecia, la Entidad, antes de resolver parcialmente el Contrato, había otorgado la conformidad del servicio en cuestión sin haber hecho ninguna observación (conforme se desprende de la Conformidad de Servicio N.º 807-2015-MINEDU/VMGP-DIGEIBIRA-DISER); asimismo la Entidad efectuó el pago respectivo. Al respecto, el artículo 177 del Reglamento [cfr. art. 168 del Nuevo Reglamento] establecía que luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista y efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo. De forma concordante, el artículo 149 del Reglamento [cfr. art. 144 del Nuevo Reglamento], en su primer párrafo, indicaba que *“El contrato tiene vigencia el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o, en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio”*; por su parte en su segundo párrafo, dispone *“tratándose de la adquisición de bienes y servicios, el contrato rige hasta que el funcionario competente de la conformidad de la recepción de la presentación a cargo del contratista y se efectúe el pago”*. (El subrayado es agregado). En esa línea, el primer párrafo del artículo 42 de la Ley [cfr. art. 171 del Nuevo Reglamento] dispone que, *“Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente”*. De lo antes esbozado, la normativa de contrataciones del Estado establece que **los contratos de servicios culminan una vez efectuado el pago correspondiente, para lo cual, la Entidad debe haber emitido previamente la conformidad de la prestación acordada o de la última prestación, cuando se haya pactado la ejecución de más de una**. Conforme a la normativa citada, se advierte que, a la fecha que la Entidad comunicó la resolución parcial del contrato (carta Notarial N.º 915-2015-MINEDU/SG-OGA de fecha 30.12.2015), el contrato ya no se encontraba vigente, puesto que se otorgó la conformidad del servicio y se procedió con el pago respectivo, aplicando el descuento por las aulas que, según la Entidad ha mencionado, no fueron provistas por el Contratista el día 22 de setiembre de 2015. **13.** En ese sentido, no correspondía que la Entidad resuelva un contrato ya fenecido, pues contaba con su conformidad y el pago respectivo (en el cual ya se había efectuado al Contratista el descuento por las 3 aulas que no proporcionó el día 22 de setiembre de 2015), por lo que aun cuando la Entidad haya dado aparente cumplimiento a la formalidad (carta notarial) para la resolución parcial del Contrato, este ya no se encontraba vigente a la fecha que se diligenció la carta notarial de resolución. En efecto, de acuerdo a los documentos obrantes en el expediente y los hechos descritos precedentemente, se observa que dicha resolución contractual habría operado sobre un contrato ya previamente ejecutado y culminado, lo cual constituye una evidente incongruencia, pues resulta obvio que la Entidad no podría resolver un contrato ya extinto; por lo que, en el caso particular, se concluye que no se ha configurado la infracción imputada al Contratista. [...] (Resolución N.º 1026-2017-TCE-S3, de 15-05-2017, ff. 7, 12 y 13. Tercera Sala. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RC9BN2>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 2041. **Definición y alcances del concepto saldo de obra. 2.1.3.** [...] [Ante] la resolución del contrato, es necesario adoptar ciertas acciones preventivas para favorecer la culminación de la obra. Así, el segundo párrafo del artículo 209 del Reglamento [cfr. art. 207 del Nuevo Reglamento] establece que la parte que resuelve el contrato debe indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. Cabe precisar que el acta de constatación física e inventario en el lugar de la obra constituye un documento que debe acompañar a todo contrato de obra que ha sido resuelto. Dicho documento permite, entre otras cuestiones, describir los trabajos ejecutados en la obra y aquellos pendientes de ejecución. De esta manera, el acta de constatación física e inventario en el lugar de la obra adquiere especial importancia para la ejecución del saldo de obra, pues su contenido permitirá que la Entidad determine los trabajos o actividades necesarias para su culminación; es decir, la Entidad podrá emplear dicha información para elaborar el expediente técnico del saldo de obra, el mismo que debe incluir la información ne-

cesaria que permita, además de culminar la obra, corregir los posibles errores advertidos en su ejecución. Por lo tanto, el saldo de obra solo debe incluir aquellos trabajos necesarios para la correcta culminación de un contrato de obra que ha sido resuelto; es decir, aquellos que se derivan de partidas pendientes de ejecución como aquellos necesarias para subsanar las partidas ejecutadas erróneamente. **2.1.4.** En virtud de lo expuesto, en el marco de un contrato de obra que ha sido resuelto, el saldo de obra es el conjunto de trabajos necesarios para la culminación de la obra. El mismo incluye únicamente aquellos trabajos derivados de las partidas pendientes de ejecución, así como aquellos que resulten necesarios para subsanar las partidas ejecutadas erróneamente, de ser el caso. (Opinión N.º 146-2015/DTN, de 15-09-2015, ff. 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2H1zXHL>).

§ 2042. Plazo de ejecución y resolución del contrato de supervisión de obra. CONSULTA: **2.1.** *“Se ajusta al ordenamiento de contratación pública, que la Entidad puede resolver el contrato de supervisión de obra alegando la causal de caso fortuito o fuerza, cuando la Entidad resolvió el contrato de ejecución de obra.”* [...] **2.2.** *“¿La Entidad puede Resolver un Contrato de ejecución de supervisión de obra, cuando el plazo vigente venció?”* [...] **2.3.** *“¿Es posible que se considere concluido el contrato de supervisión de obra, con la notificación de la resolución de contrato de la ejecución de la obra, en cuyo caso carecería de objeto resolver el contrato de supervisión o emita otro pronunciamiento al respecto?”* [...] CONCLUSIONES: **3.1.** Para que una de las partes resuelva el contrato por caso fortuito o fuerza mayor debe demostrar que el hecho -además de ser extraordinario, imprevisible e irresistible- determina la imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo, de manera definitiva; cuando dicha parte no pruebe lo antes mencionado, no podrá resolver el contrato amparándose en la figura del caso fortuito o fuerza mayor. **3.2.** En virtud de la vinculación que existe entre la ejecución de una obra y las labores de control que se ejercen sobre esta, la Entidad puede resolver el contrato de supervisión ante la resolución del contrato de obra, toda vez que ello implicaría la interrupción de los trabajos que justifican la participación del supervisor de obra. **3.3.** El contrato de supervisión de obra puede ser resuelto cuando se configure alguno de los supuestos contemplados por la normativa de contrataciones del Estado, dentro de los cuales se encuentran el caso fortuito y la fuerza mayor; asimismo, la Entidad puede resolver el contrato de supervisión ante la resolución del contrato de obra, en virtud de la vinculación que existe entre ambos contratos. **3.4.** El plazo de ejecución de la supervisión debe estar vinculado a la duración de la obra supervisada, ello en virtud de que los trabajos ejecutados por el contratista deben ser controlados de forma permanente; por consiguiente, la culminación del plazo inicialmente fijado no conlleva a la resolución del contrato de supervisión, toda vez que puede existir la necesidad de que -por diversos eventos- la obra deba ser ejecutada y controlada en un plazo mayor. **3.5** Cuando la Entidad adopte la decisión de resolver el contrato de supervisión ante la resolución del contrato de obra, es necesario que dicha decisión sea comunicada -de forma indubitable- al supervisor, no siendo suficiente la notificación del acto mediante el cual se resuelve el contrato de obra. (Opinión N.º 157-2018/DTN, de 21-09-2018, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4 y 3.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2P2lw4N>).

§ 2043. De acuerdo a las normas de organización interna o por disposición del Titular de la entidad, en el acto de constatación física e inventario pueden concurrir otros servidores o funcionarios públicos junto al inspector o supervisor de obra (art. 207.2). **3.** CONCLUSIÓN: Cuando se resuelva un contrato de obra, las partes deben reunirse con la finalidad de levantar un acta de constatación física e inventario, correspondiendo que el inspector o supervisor -como responsable de controlar los trabajos efectuados por el contratista- verifique los metrados realmente ejecutados así como cualquier otra información relacionada a las actividades que se han realizado en la obra hasta el momento de la resolución contractual. Sin perjuicio de lo señalado, cuando las normas de organización interna o el Titular de la Entidad así lo dispongan, otros servidores o funcionarios podrán participar junto con el inspector o supervisor en el cumplimiento de dicha labor. (Opinión N.º 018-2016/DTN, de 10-02-2016, f. 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MQJErU>).

§ 2044. Si bien la normativa de contrataciones del Estado permite la inclusión de conceptos resarcitorios en la liquidación de obra, dicha inclusión está permitida únicamente para aquellos supuestos contemplados expresamente (art. 207.4). CONSULTA: *“¿Se puede incluir en la Liquidación*

del Contrato consentido el monto que la Entidad considera por motivo de daños y perjuicios?” [...] 2.2. De otro lado, es importante señalar que el segundo párrafo del artículo 36 de la Ley establece que “Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados.” (El subrayado es agregado). En el caso específico de los contratos de obra, el cuarto párrafo del artículo 177 del Reglamento [cfr. art. 207 del Nuevo Reglamento] precisa que “En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignan y se hacen efectivas las penalidades que correspondan.” (El subrayado es agregado). Cabe precisar que, entre otras cuestiones, las penalidades tienen por finalidad resarcir a la Entidad por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contratista. Asimismo, en los casos en que la resolución del contrato sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, en atención a lo indicado en el quinto párrafo del artículo 177 del Reglamento. En este caso, la Entidad reconoce dicho porcentaje de la utilidad en atención al daño por lucro cesante ocasionado al contratista. [...] 2.3. Adicionalmente, es importante precisar que, si bien la normativa de contrataciones del Estado establece la posibilidad de incluir en la liquidación de obra (derivada de un contrato resuelto) algunos conceptos que tienen carácter resarcitorio, también se establece que, en caso de atrasos en la ejecución de la obra por causas imputables al contratista, en la liquidación de obra se debe incluir, a favor de la Entidad, el mayor costo por la extensión de los servicios de supervisión, concepto que también tendría carácter resarcitorio dado que la Entidad asumió dicho pago durante la ejecución de la obra, de conformidad con lo señalado en el artículo 161 del Reglamento [cfr. art. 189 del Nuevo Reglamento]. 2.4. En virtud de lo expuesto, si bien la normativa de contrataciones del Estado permite la inclusión de conceptos resarcitorios en la liquidación de obra, dicha inclusión está permitida únicamente para aquellos supuestos expresamente contemplados; en consecuencia, una Entidad no puede incluir en la liquidación de obra cualquier otro concepto resarcitorio que sea ajeno a los previstos expresamente por la normativa de contrataciones del Estado. Este criterio responde a que los conceptos resarcitorios que la normativa permite incluir en la liquidación son fácilmente determinables, en atención a que establecer su cuantía no requiere de un complejo trabajo probatorio. (Opinión N.º 089-2016/DTN, de 22-06-2016, ff. 2.2, 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MPCLGS>).

§ 2045. **Plazo de caducidad para someter a conciliación y/o arbitraje las controversias surgidas durante la ejecución del contrato.** Véase la jurisprudencia del artículo 223º del Nuevo Reglamento [§ 738]. (Opinión N.º 061-2012/DTN, de 24-04-2012, f. 3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EFB8dM>).

Artículo 208: Recepción de la Obra y plazos

208.1. En la fecha de la culminación de la obra, el residente anota tal hecho en el cuaderno de obras y solicita la recepción de la misma. El inspector o supervisor, en un plazo no mayor de cinco (5) días posteriores a la anotación señalada, corrobora el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos, especificaciones técnicas y calidad, de encontrarlo conforme anota en el cuaderno de obra y emite el certificado de conformidad técnica, que detalla las metas del proyecto y precisa que la obra cumple lo establecido en el expediente técnico de obra y las modificaciones aprobadas por la Entidad, remitiéndolo a esta dentro de dicho plazo. De no constatar la culminación de la obra anota en el cuaderno de obra dicha circunstancia y comunica a la Entidad, en el mismo plazo.

208.2. Dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la recepción del certificado de conformidad técnica, la Entidad designa un comité de recepción. El comité está integrado, cuando menos, por un representante de la Entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos.

208.3. El Colegio de Ingenieros, el Colegio de Arquitectos, el representante del Órgano de Control Institucional de la Entidad puede participar, en calidad de veedor, en la recepción de la obra, la ausencia del veedor no vicia el acto.

208.4. Para el inicio del acto de recepción de obra, el residente de obra entrega al comité de recepción el cuaderno de obra, el cual es devuelto a la finalización del acto al residente con la anotación pertinente del supervisor, de ser el caso.

208.5. Bajo responsabilidad del Titular de la Entidad, en un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes de realizada su designación, el comité de recepción junto al contratista y al inspector o supervisor verifican el funcionamiento u operatividad de la infraestructura culminada y las instalaciones y equipos en caso corresponda. De ser el caso dispone las pruebas operativas que sean necesarias.

208.6. Culminada la verificación, y de no existir observaciones, se procede a la recepción de la obra, y se considera concluida en la fecha anotada por el contratista en el cuaderno de obra. El Acta de Recepción es suscrita por los miembros del comité, el supervisor o inspector y el contratista.

208.7. De existir observaciones, estas se consignan en un Acta o Pliego de Observaciones y no se recibe la obra. El contratista dispone de un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente de la obra o cuarenta y cinco (45) días, el que resulte menor para subsanar las observaciones, plazo que se computa a partir de la fecha de suscripción del Acta o Pliego. Las prestaciones que se ejecuten en dicho periodo como consecuencia de observaciones no dan derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista, supervisor o inspector ni a la aplicación de penalidad alguna.

208.8. Realizadas las prestaciones para el levantamiento de las observaciones, el contratista solicita nuevamente la recepción de la obra mediante anotación en el cuaderno de obra, lo cual es verificado por el inspector o supervisor e informado a la Entidad, según corresponda, en el plazo de tres (3) días siguientes de la anotación. El comité de recepción junto con el contratista se constituye en la obra dentro de los siete (7) días siguientes de recibido el informe del inspector o supervisor. La comprobación que realiza se sujeta a verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el Pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones.

208.9. De haberse subsanado las observaciones a conformidad del comité de recepción, se suscribe el Acta de Recepción de Obra.

208.10. En caso el contratista o el comité de recepción no estuviese conforme con las observaciones o la subsanación, según corresponda, anota la discrepancia en el acta respectiva. El comité de recepción eleva al Titular de la Entidad todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días. La Entidad se pronuncia sobre dichas observaciones en igual plazo.

208.11. De persistir la discrepancia, esta puede ser sometida a Junta de Resolución de Disputas, conciliación y/o arbitraje, según corresponda, dentro de los treinta (30) días hábiles posteriores al pronunciamiento de la Entidad o al vencimiento del plazo en que este debió realizarse.

208.12. Si vencido el cincuenta por ciento (50%) del plazo establecido para la subsanación, el inspector o supervisor verifica que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por el contratista, informa de inmediato a la Entidad quien da por vencido dicho plazo y notifica ello al Contratista. A partir del día siguiente de la mencionada notificación la Entidad asume la subsanación de las observaciones con cargo a las valorizaciones pendientes de pago o de acuerdo al procedimiento que se establece en la Directiva que se apruebe conforme a lo que dispone el numeral 204.3 del artículo 204.

208.13. Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considera como demora para efectos de las penalidades que correspondan y puede dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente artículo pueden ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato según corresponda.

208.14. Como consecuencia de verificar el funcionamiento u operatividad de la infraestructura culminada y las instalaciones y equipos en caso corresponda, advierte que la obra no se encuentra culminada, dispone que el inspector o supervisor anote en el cuaderno de obra tal hecho, a efectos que el contratista culmine la obra, aplicándole penalidad por retraso, y respecto al supervisor se le aplica una penalidad no menor a 1% ni mayor a 5% al monto del contrato de supervisión. Realizadas las prestaciones para la culminación de la obra, el contratista solicita nuevamente la recepción de la obra, mediante anotación en el

cuaderno de obra, lo cual es verificado por el inspector o supervisor e informado a la Entidad, conforme al procedimiento señalado en este artículo; sin perjuicio de resolver el contrato.

208.15. Está permitida la recepción parcial de secciones terminadas de las obras, cuando ello se hubiera previsto expresamente en las bases, en el contrato o las partes expresamente lo convengan. La recepción parcial no exime al contratista del cumplimiento del plazo de ejecución; en caso contrario, se le aplican las penalidades correspondientes.

208.16. Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retrasa, superando los plazos establecidos en el presente artículo para tal acto, el lapso de la demora se adiciona al plazo de ejecución de la misma y se reconoce al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora.

208.17. Si en el proceso de verificación de la subsanación de las observaciones, el comité de recepción constata la existencia de vicios o defectos distintos a las observaciones antes formuladas, sin perjuicio de suscribir el Acta de Recepción de Obra, informa a la Entidad para que ésta solicite por escrito al contratista las subsanaciones del caso, siempre que constituyan vicios ocultos.

OPINIONES DEL OSCE

§ 2046. Si posteriormente a la liquidación del contrato de obra, se advierte la existencia de defectos o vicios observados por el comité de recepción de obra, siempre que sean distintos a los formulados en su oportunidad por dicho comité, y constituyan “vicios ocultos”, la Entidad podrá reclamar la subsanación de éstos al contratista. CONSULTA: 2. “Si en el acto de recepción de obra, el Comité observa el incumplimiento de ciertos metrados y luego los declara subsanados en la recepción final de la obra y liquida la misma, ¿Puede la Entidad cuestionar posteriormente al contratista el incumplimiento de dichos metrados?”. [...] 3. CONCLUSIONES. La Entidad puede reclamar la subsanación de los vicios ocultos que advierta con posterioridad a la recepción de la obra o a la liquidación del contrato de obra -hasta treinta días hábiles posteriores al vencimiento del plazo de responsabilidad del contratista previsto en el contrato de obra, el cual no debe ser menor a siete (7) años contados desde la recepción de la obra- aun cuando éstos se presenten en ciertos metrados que hubieran sido materia de observación por parte el comité de recepción de obra; siempre que los mismos constituyan, en efecto, “vicios ocultos”, y sean distintos a las observaciones formuladas en su oportunidad por dicho comité. (Opinión N.º 014-2018/DTN, de 31-01-2018, ff. 2 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2S93LCO>).

§ 2047. Si durante el tiempo otorgado para subsanar las observaciones a la obra, ocurriese un evento no imputable al contratista que impedía subsanar dichas observaciones, dicho lapso de demora se adicionaba automáticamente al plazo de ejecución de la obra, lo que permitía subsanar tales observaciones. CONSULTA: 2.1. “En caso ocurran eventos que por causas ajenas no imputables al contratista impidan que el contratista concluya con el levantamiento de observaciones dentro del plazo previsto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y para ello sea necesario un mayor plazo para realizar la subsanación correspondiente; ¿qué ocurre con el plazo del procedimiento de recepción de la obra? O ¿Correspondería la aprobación automática de la ampliación del plazo para la recepción final de la obra? O ¿Cuál es el procedimiento para resolver al respecto?”. 2.1.3. [...] En ese sentido, el numeral 7 del artículo 210 del anterior Reglamento [cfr. art. 208 del Nuevo Reglamento] preveía que “Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos en el presente artículo para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora”. (El subrayado es agregado). [...] 2.1.4. Por tanto, tomando en consideración el tenor de la consulta planteada, si durante el procedimiento de recepción de obra se hubiera advertido la existencia de observaciones y, en ese contexto, ocurría algún evento no imputable al contratista que le impedía subsanar dichas observaciones, excediendo el plazo para subsanar previsto en el artículo 210 del anterior Reglamento (esto es, un décimo del plazo de ejecución vigente de la obra); en virtud del numeral 7 del citado artículo, **dicho lapso de demora se adicionaba -automáticamente- al plazo de ejecución de la obra, a fin de que el**

contratista pudiera efectuar los trabajos propios del levantamiento de observaciones, sin que se le apliquen penalidades por retrasos ajenos a su voluntad. (Opinión N.º 122-2018/DTN, de 16-08-2018, ff. 2.1, 2.1.3. y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TQtHog>).

§ 2048. La adición automática del lapso de demora para entregar la obra por evento no imputable al contratista, no genera el derecho de pago por los gastos incurridos durante dicha demora, si tal evento ocurrió durante el plazo otorgado al contratista para subsanar observaciones. CONSULTA: 2.3. “Asimismo, en caso se afirme que correspondería la ampliación automática del plazo para la etapa de la recepción de la Obra por causas ajenas y no imputables al Contratista; ¿Es obligatorio reconocer y pagar los gastos generales incurridos por el Contratista?” De manera previa, corresponde anotar que conforme lo indicado al absolver la primera consulta, si durante el procedimiento de recepción de obra se hubiera advertido la existencia de observaciones y, en ese contexto, ocurría algún evento no imputable al contratista que le impedía subsanar dichas observaciones, excediendo el plazo para subsanar previsto en el artículo 210 del anterior Reglamento [cfr. art. 208 del Nuevo Reglamento] (esto es, un décimo del plazo de ejecución vigente de la obra); en virtud del numeral 7 del citado artículo, dicho lapso de demora se adicionaba -automáticamente- al plazo de ejecución de la obra, a fin de que el contratista pudiera efectuar los trabajos propios del levantamiento de observaciones, sin que se le apliquen penalidades por retrasos ajenos a su voluntad. Sin perjuicio de ello, debe indicarse que cuando se producía un retraso en la recepción de la obra por causa no imputable al contratista y se superaban los plazos establecidos para la recepción de la obra, otra de las consecuencias que -según el caso- podía derivarse de la aplicación del numeral 7 del artículo 210 del anterior Reglamento consistía en ‘reconocer al contratista los gastos generales incurridos durante dicha demora, siempre que tales gastos se encontraran debidamente acreditados’. No obstante lo anterior, es importante precisar que dicha consecuencia no aplicaba respecto al plazo que tenía el contratista para subsanar las observaciones, toda vez que conforme a lo dispuesto en el primer párrafo del numeral 2 del artículo 210 del anterior Reglamento “Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna”. (El subrayado es agregado). (Opinión N.º 122-2018/DTN, de 16-08-2018, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2l1QtHog>).

§ 2049. Cuando el contratista opte por realizar trabajos no contemplados en los planos y especificaciones técnicas que no forma parte del procedimiento de recepción de obra, no pueden aplicarse los procedimientos, los plazos, las condiciones, ni las consecuencias económicas del artículo 178 del Reglamento. CONSULTA: 2. “Si el plazo de subsanación de observaciones se prolongara por ejecución de recomendaciones, o sea por ejecución de trabajos no previstos contractualmente, realizadas por el Comité de Recepción de Obra ¿por esa prolongación de dicho plazo se debe aplicar al contratista la penalidad a la que se refiere el numeral 5 del artículo 178 del Reglamento?”. [...] 2.3. [...] en el marco de un procedimiento de recepción de obra regulado por la normativa de contrataciones del Estado, el comité de recepción no puede efectuar observaciones ni “recomendaciones” que tengan por objeto la ejecución de trabajos distintos a los contemplados en los planos y especificaciones técnicas; en ese sentido, la recepción de obra no puede verse retrasada por la realización de trabajos que no se encuentren previstos en los referidos documentos. De esta manera, la ejecución de trabajos no contemplados en los planos y especificaciones técnicas no forma parte del procedimiento de recepción de obra regulado por la normativa de contrataciones del Estado; en consecuencia, cuando el contratista opte realizar dichos trabajos, no pueden aplicarse los procedimientos, los plazos, las condiciones, ni las consecuencias económicas del artículo 178 del Reglamento [cfr. art. 208 del Nuevo Reglamento] (tales como la aplicación de penalidades o el reconocimiento de los mayores gastos generales a favor del contratista). (Opinión N.º 228-2017/DTN, de 12-10-2017, ff. 2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rzbGxN>).

§ 2050. Cuando la décima parte del plazo de ejecución vigente sea un número entero de días más una fracción de día, debe entenderse que el plazo de subsanación corresponde al número entero de días inmediatamente superior (art. 208.7). CONSULTA: “Dado que un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente no necesariamente es un número entero de días, sino que es un número entero de días

más una fracción de día, consultamos si, para estos casos, el número de días del plazo para la subsanación de observaciones es el número entero de días más la fracción de día que resulte del cálculo o es el número entero inmediatamente superior de días.” [...] 2.4. [...] [D]ebe señalarse que el artículo 121 del Reglamento [cfr. art. 143 del Nuevo Reglamento] establece que “Durante la ejecución contractual los plazos se computan en días calendario, excepto en los casos en los que el presente Reglamento indique lo contrario, aplicándose supletoriamente lo dispuesto por los artículos 183 y 184 del Código Civil.” Asimismo, el artículo 183 del Código Civil establece que el plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, precisando en su numeral 4 que “El plazo excluye el día inicial e incluye el día de vencimiento.” Sobre el particular, Vidal Ramírez señala que, por regla general, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan lo contrario, la referencia a días naturales (equivalente a días calendarios) implica una referencia a los días enteros, esto es, a las 24 horas de cada día. Como se advierte, tanto las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado como las del derecho privado que resultan de aplicación supletoria, establecen que el cómputo del plazo durante la ejecución contractual se efectúa considerando días calendarios, debiéndose incluir el día de vencimiento de forma completa, es decir, contemplando las 24 horas del día. 2.5. En ese orden de ideas, cuando la décima parte del plazo de ejecución vigente sea un número entero de días más una fracción de día, debe entenderse que el plazo de subsanación corresponde al número entero de días inmediatamente superior, ello con la finalidad que el contratista subsane las observaciones formuladas por el comité de recepción de obra de la mejor manera y -en consecuencia- la obra permita alcanzar los fines públicos que motivaron su contratación. A manera de ejemplo, puede señalarse que si el plazo de ejecución vigente es de 196 días calendario, la décima parte de dicho plazo sería 19.6 días; por lo tanto, el plazo de subsanación que tendría el contratista sería de 20 días calendario. (Opinión N.º 074-2017/DTN, de 08-03-2017, ff. 2.4 y 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EhQogy>).

§ 2051. Consecuencias de la ampliación de plazo de un contrato de obra y supuestos de pago de mayores gastos generales. Véase la jurisprudencia del artículo 198º del Nuevo Reglamento [§ 1995]. (Opinión N.º 026-2014/DTN, de 07-02-2014, ff. 3.1 al 3.8. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2GtKNsC>).

Artículo 209: Liquidación del Contrato de Obra

209.1. El contratista presenta la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra o de que la última controversia haya sido resuelta y consentida. Dentro de los sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra, el supervisor o inspector presenta a la Entidad sus propios cálculos, excluyendo aquellos que se encuentran sometidos a un medio de solución de controversias.

209.2. Dentro del plazo de sesenta (60) días de recibida la liquidación formulada por el contratista la Entidad se pronuncia con cálculos detallados, ya sea aprobando, observando, o elaborando otra, notificando al contratista para que este se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

209.3. En caso el contratista no presente la liquidación en el plazo previsto, la Entidad ordena al supervisor o inspector la elaboración de la liquidación debidamente sustentada en el plazo previsto en el numeral 209.1, siendo los gastos a cargo del contratista. La Entidad notifica la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

209.4. La liquidación queda consentida o aprobada, según corresponda, cuando, practicada por una de las partes, no es observada por la otra dentro del plazo establecido.

209.5. Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta se pronuncia dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se considera aprobada o consentida, según corresponda, la liquidación con las observaciones formuladas.



209.6. En el caso que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquella lo manifiesta por escrito dentro del plazo previsto en el numeral anterior. En tal supuesto, la parte que no acoge las observaciones solicita, dentro del plazo previsto en la Ley, el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, vencido el plazo se considera consentida o aprobada, según corresponda, la liquidación con las observaciones formuladas.

209.7. Toda discrepancia respecto a la liquidación, incluso las controversias relativas a su consentimiento o al incumplimiento de los pagos que resulten de la misma, se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

209.8. La liquidación de obra contratada bajo cualquier sistema de contratación se practica con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertados y, de ser el caso, los aprobados durante la ejecución del contrato.

209.9. No se procede a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver.

OPINIONES DEL OSCE

§ 2052. **Funcionario competente para emitir pronunciamiento sobre la liquidación del contrato de obra.** CONCLUSIONES: **3.1.** El funcionario que ejerza -por disposición directa de la normativa de contrataciones del Estado o por delegación- la facultad de pronunciarse sobre la liquidación de un contrato de obra, en principio, lo hará a través de una resolución o acuerdo; salvo que dicho funcionario no emita los actos administrativos propios de su función a través de resoluciones o acuerdos, en ese caso, debe pronunciarse mediante un documento que reúna los requisitos previstos en el artículo 3 de la Ley N.º 27444. **3.2.** El funcionario competente tiene la obligación de motivar su pronunciamiento sobre la liquidación del contrato de obra independientemente de que lo haga a través de una resolución, acuerdo u otro documento que reciba una denominación distinta. **3.3.** Cuando el contratista se lo requiera, la Entidad deberá permitirle el acceso a toda aquella información que haya servido de base para que el funcionario competente emita su pronunciamiento sobre la liquidación del contrato de obra, siempre que dicha información haya sido creada u obtenida por Entidad o que se encuentre en su posesión o bajo su control. (Opinión N.º 050-2016/DTN, de 29-03-2016, ff. 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Gf6QQB>).

§ 2053. **Finalidad del acto de liquidación.** El procedimiento de liquidación de obra presupone que cada una de las prestaciones haya sido debidamente verificada por cada una de las partes. **2.1.1.** La liquidación final del contrato de obra consiste en un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad. En ese sentido, el acto de liquidación tiene como propósito que se efectúe un ajuste formal y final de cuentas, que establecerá, teniendo en consideración intereses, actualizaciones y gastos generales, el quantum final de las prestaciones dinerarias a que haya lugar a cargo de las partes del contrato. Transcurrida la etapa de liquidación, las relaciones jurídicas creadas por el contrato se extinguen. Esto sucede porque el contrato ha alcanzado su finalidad, cual es satisfacer los intereses de cada una de las partes. Es por ello que el procedimiento de liquidación de obra presupone que cada una de las prestaciones haya sido debidamente verificada por cada una de las partes, de manera que los sujetos contractuales hayan expresado de forma inequívoca su satisfacción o insatisfacción con la ejecución del contrato. (Opinión N.º 104-2009/DTN, de 30-09-2009, f. 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SkahHk>).

§ 2054. Si bien en las valorizaciones y liquidación de una obra contratada bajo el sistema a suma alzada corresponde emplear los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, todo ello afectado por el factor de relación; ello no implica que la Entidad deba inobservar el cálculo del reajuste de cada valorización derivada de un contrato de obra en moneda nacional.

CONSULTA: 2.2. “¿Es procedente que invocando el artículo 179 del Reglamento [cfr. art. 209 del Nuevo Reglamento] de la Ley de Contrataciones del Estado el cual establece que ‘la liquidación se practica con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectado por el factor de relación’ no se apliquen los reajustes de precios dado que el artículo en mención no lo señala directamente?”. [...] 2.2.1. [...] [Si] bien en las valorizaciones y liquidación de una obra contratada bajo el sistema a suma alzada corresponde emplear los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, todo ello afectado por el factor de relación; ello no implica que la Entidad deba inobservar lo dispuesto en el numeral 17.2 del artículo 17 del Reglamento [cfr. art. 38 del Nuevo Reglamento], el cual establece que debe calcularse el reajuste de cada valorización derivada de un contrato de obra en moneda nacional; en ese sentido, el reajuste de precios debe hacerse efectivo en la valorización más cercana posterior o en la liquidación final, sin el reconocimiento de intereses. (Opinión N.º 179-2017/DTN, de 25-08-2017, ff. 2.2 y 2.2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UAhzIz>).

§ 2055. **Participación del supervisor durante la liquidación de obra.** CONSULTA: 2.1. “(...) ¿Dentro de las actividades propias de una supervisión de obra, también debe considerarse la liquidación integral de proyecto (...) o pueden considerarse dichas actividades como independientes?” 2.1.3. [...] [La] normativa de contrataciones del Estado establece como prestaciones propias del contrato de supervisión al control de la ejecución de la obra y a la participación del supervisor en el acto de recepción de obra. Sin embargo, con la finalidad de salvaguardar el interés público involucrado en la ejecución de toda obra, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad una Entidad puede incluir la participación del supervisor durante la liquidación de la obra [...]. (Opinión N.º 013-2012/DTN, de 29-01-2013, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Fu8IUo>).

§ 2056. **Sujetos facultados para intervenir en un procedimiento de liquidación de un contrato de obra.** 2.6. [...] [En] el procedimiento de liquidación de un contrato de obra solo interviene el contratista y la Entidad, no estando facultados el residente ni la supervisión para presentar y/o recibir la liquidación del contrato de obra elaborada por alguna de las partes. Excepcionalmente, de conformidad con lo indicado en el numeral 2.1.3 de la Opinión N.º 013-2012/DTN, cuando la Entidad no cuente con personal idóneo para revisar la liquidación presentada por el contratista, o elaborarla si este no la presentó, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, puede prever la participación del supervisor en la liquidación de la obra, como una prestación más del contrato de supervisión -prestación que debe ser prevista en los términos de referencia del servicio de supervisión de obra- [...]. (Opinión N.º 104-2013/DTN, de 09-12-2013, f. 2.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2GtOR7G>).

§ 2057. **La participación del supervisor en la liquidación de la obra como una prestación más (atípica) del contrato de supervisión.** 2.1.3. [...] [C]onsiderando que la liquidación de obra es un proceso de cálculo técnico, cuando la Entidad no cuente con personal idóneo para revisar la liquidación presentada por el contratista, o elaborarla si este no la presentó, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, puede prever la participación del supervisor en la liquidación de la obra como una prestación más (atípica) del contrato de supervisión -prestación que debería estar prevista en los términos de referencia del servicio de supervisión de obra-, siempre que dicha inclusión no genere que el monto total del contrato supere el límite indicado para el costo de la supervisión [...]. (Opinión N.º 192-2015/DTN, de 29-12-2015, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AHzq87>).

§ 2058. **Presupuestos para la liquidación de un contrato de obra.** 2.1.1. [...] [La] liquidación de un contrato de obra debe contener todas las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, conceptos que siempre forman parte del costo total de la obra. Adicionalmente, también pueden incorporarse otros conceptos autorizados por la normativa de contrataciones del Estado como las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos que se incluyen al cumplirse determinados supuestos y que determinan el saldo económico a favor de una de las partes [...] 2.1.2. Ahora bien, es importante señalar



que la liquidación de un contrato de obra se realiza, normalmente, con posterioridad a la recepción de la obra; es decir, una vez que la obra haya sido ejecutada y recibida por la Entidad [...] Sin embargo, también es necesario liquidar el contrato de obra cuando una de las partes lo resuelve [...] Como puede apreciarse, la liquidación de un contrato de obra no solo se produce con posterioridad a la culminación y recepción de la obra, sino que también debe realizarse cuando el contrato de obra es resuelto por alguna de las partes. 2.1.3. En este punto, es importante indicar que, para iniciar la liquidación de un contrato de obra que ha sido resuelto, es necesario que dicha resolución haya quedado consentida, pues no es posible realizar la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver [...] Al respecto, debe señalarse que la resolución de un contrato de obra queda consentida en dos supuestos: (i) cuando no fue sometida a conciliación y/o arbitraje por la parte afectada con la resolución, dentro del plazo de caducidad establecido para ello; o (ii) cuando el acto (laudo o acta de conciliación) que resuelve la controversia sobre la resolución del contrato quede consentido. En este último supuesto, debe indicarse que el acto que resuelve la controversia establece, por lo general, a qué parte es imputable la resolución del contrato de obra, hecho que es importante para efectos de la liquidación del contrato porque determina diversos efectos económicos para las partes [...] De esta manera, el consentimiento de la resolución de un contrato de obra constituye un requisito para liquidarlo, ya que antes de ello no es posible definir, determinar o cuantificar todos los conceptos que deben incluirse en su liquidación. 2.1.4. En virtud de lo expuesto, si bien la culminación del acto de constatación física e inventario en el lugar de la obra es uno de los requisitos para iniciar la liquidación de un contrato de obra que ha sido resuelto, también es necesario que la resolución de dicho contrato haya quedado consentida y que se hayan resuelto todas las controversias vinculadas a la ejecución contractual. (Opinión N.º 101-2013/DTN, de 05-12-2013, ff. 2.1.1, 2.1.2, 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SvsAwxx>).

§ 2059. **La Entidad no puede paralizar el procedimiento de liquidación de obra ante la existencia de controversias ajenas a la normativa de contrataciones del Estado (art. 209.7). 2.1.4.** [...] [Si] bien la normativa de contrataciones del Estado permitía la inclusión de conceptos resarcitorios en la liquidación de obra, dicha inclusión estaba permitida únicamente para aquellos supuestos expresamente contemplados; en consecuencia, una Entidad no podía incluir en la liquidación de obra cualquier otro concepto resarcitorio que sea ajeno a los previstos expresamente por la normativa de contrataciones del Estado. Este criterio respondía a que los conceptos resarcitorios que la normativa permite incluir en la liquidación eran fácilmente determinables, en atención a que establecer su cuantía no requería de un complejo trabajo probatorio. 2.2. [...] Sin perjuicio de ello, es necesario precisar que, si bien el último párrafo del artículo 211 del Reglamento [cfr. art. 209 del Nuevo Reglamento], señalaba que “No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver”, dicha disposición solo era aplicable cuando existían controversias sobre los conceptos que debían integrar la liquidación y no sobre conceptos ajenos a ésta. En esa mediada, la Entidad no podía paralizar el procedimiento de liquidación de obra ante la existencia de controversias que sean ajenas a los conceptos que la normativa de contrataciones del Estado estableció que deben integrar la liquidación de obra (como sería el caso de otros conceptos resarcitorios no señalados expresamente). Finalmente, debe indicarse que en caso la Entidad considere que existen otros conceptos resarcitorios (los mismos que deberán acreditarse según los criterios y elementos de la responsabilidad civil), estos se debían solicitar fuera del procedimiento de liquidación de obra, pudiendo requerirse antes, durante o con posterioridad a dicho procedimiento [Luego de la liquidación final de obra, la Entidad podría solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios derivados de vicios ocultos]. (Opinión N.º 020-2016/DTN, de 10-02-2016, ff. 2.1.4 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ScpIVS>).

§ 2060. **Liquidación realizada luego de la resolución del contrato de obra por causales de caso fortuito o fuerza mayor. 2.1.6.** Ahora bien, culminada la constatación física e inventario de obra, la misma quedaba bajo la responsabilidad de la Entidad y debía procederse a la liquidación correspondiente, conforme a lo establecido en el artículo 211 del Reglamento [cfr. art. 209 del Nuevo Reglamento]. Así, durante la liquidación, la Entidad valorizaba todos los trabajos efectivamente ejecutados hasta ese momento, debiendo efectuar, además, los reajustes, deducciones y amortizaciones correspondientes.

Cabe señalar que para ello resultaba indispensable emplear la información contenida en el acta de constatación física e inventario, puesto que en dicho documento se indicaba el estado o avance de la obra, así como el activo y pasivo de la misma. En esa medida, de acuerdo a lo dispuesto en la anterior normativa de contrataciones del Estado, la liquidación del contrato de obra que se elaboraba luego de resuelto el mismo, debía incluir el detalle de los metrados que se hubiesen ejecutado, los gastos generales, utilidades e impuestos, así como los reajustes, penalidades y/o amortización de adelantos correspondientes, entre otros conceptos que se pudiesen generar, tales como indemnización, gastos notariales o de inventario; *asimismo, debían considerarse los materiales inventariados en el almacén, los cuales debían tener como fin su posterior utilización durante la ejecución del saldo de obra*. Así, a partir de toda esta información, se procedía a calcular el valor total de las prestaciones ejecutadas y el saldo económico que pudiese corresponder a alguna de las partes. Finalmente, debe indicarse que de existir discrepancias respecto de los conceptos que componían la liquidación del contrato de obra, éstas debían resolverse a través de conciliación y/o arbitraje, de conformidad con el sexto párrafo del artículo 211 del anterior Reglamento. (Opinión N.º 169-2018/DTN, de 09-10-2018, f. 2.1.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Az3thf>).

§ 2061. El pronunciamiento sobre la liquidación de un contrato de ejecución de obra puede emitirse por el Titular de la entidad o un funcionario delegado, pues no está prohibido delegar esta función. Véase la jurisprudencia del artículo 8º de la Ley [§ 316]. (Opinión N.º 050-2016/DTN, de 29-03-2016, ff. 2.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Gf6QQB>).

§ 2062. Si bien la normativa de contrataciones del Estado permite la inclusión de conceptos resarcitorios en la liquidación de obra, dicha inclusión está permitida únicamente para aquellos supuestos contemplados expresamente. Véase la jurisprudencia del artículo 207º del Nuevo Reglamento [§ 2044]. (Opinión N.º 089-2016/DTN, de 22-06-2016, ff. 2.2, 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MPCLGS>).

Artículo 210: Efectos de la liquidación

210.1. Luego de consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo.

210.2. Las discrepancias en relación a defectos o vicios ocultos, son sometidas a conciliación y/o arbitraje. En dicho caso el plazo de caducidad se computa a partir de la recepción de la obra por la Entidad hasta treinta (30) días hábiles posteriores al vencimiento del plazo de responsabilidad del contratista previsto en el contrato.

OPINIONES DEL OSCE

§ 2063. Diferencias entre el consentimiento de la liquidación de un contrato y un laudo arbitral. 2.1.2. [...] [La] existencia de una controversia constituye un presupuesto para el inicio del arbitraje y, en consecuencia, para la emisión de un laudo. Con dicha emisión se resuelve la controversia sobre la liquidación del contrato de manera definitiva e inapelable, en tanto su contenido tiene calidad de cosa juzgada. Para estos efectos, el laudo emitido por el árbitro o tribunal arbitral debe contener las disposiciones necesarias que resuelvan la controversia en su totalidad, debiendo establecer claramente las condiciones u obligaciones que las partes deben cumplir para ello. Ello implica, de ser necesario, que en el laudo se definan los conceptos que deben incluirse en la liquidación de los respectivos contratos. **2.1.3.** De otro lado, es importante indicar que el único supuesto para que la liquidación (sea de obra o de consultoría de obra) quede consentida es cuando practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido. Sobre el particular, debe señalarse que el hecho que una liquidación quede consentida genera efectos jurídicos y económicos. Los primeros, implican que la liquidación

quede firme; es decir, se presume que su no observación dentro del plazo establecido implica su validez y aceptación. Los segundos, consecuencia directa de los primeros, implican que, al determinarse el costo total del contrato y el saldo económico a favor de alguna de las partes, se origine el derecho al pago del saldo a favor del contratista o de la Entidad, según corresponda. En esa medida, el consentimiento de la liquidación del contrato implica que se presuma su validez y aceptación por la parte que no la observe dentro del plazo establecido. No obstante, si bien con el consentimiento de la liquidación se presume su validez y aceptación, ello no impide que las controversias relativas a dicho consentimiento puedan ser sometidas a arbitraje; más aún cuando dicha presunción podría implicar la aprobación o aceptación (y posterior pago) de liquidaciones inválidas que, por ejemplo, no se encuentren debidamente sustentadas, incluyan conceptos o trabajos que no forman parte del contrato o que formando parte del contrato no se calcularon con los precios ofertados, incluyan montos manifiestamente desproporcionados, entre otros. Esto significa que la presunción de validez y aceptación de una liquidación que ha quedado consentida es una presunción *iuris tantum*, en tanto admitiría prueba en contrario, situación que deberá discutirse en un arbitraje, de ser el caso. Lo contrario –es decir, equiparar el consentimiento de la liquidación con su validez e incuestionabilidad– implicaría que en determinadas situaciones como las descritas anteriormente alguna de las partes se perjudique en beneficio de la otra al asumir un mayor costo que el que contractualmente le corresponde, vulnerándose los principios de principios de Equidad y Moralidad, así como aquel que veda el enriquecimiento sin causa. En consecuencia, el único supuesto de consentimiento de una liquidación contemplado en la normativa de contrataciones del Estado se produce cuando no es observada por la parte que no la elaboró. **2.1.4.** En virtud de lo expuesto, considerando: (i) que para la emisión de un laudo se requiere de la existencia de una controversia entre las partes y para el consentimiento de la liquidación no (en tanto este se genera solamente por la no observación de la liquidación por alguna de las partes); (ii) que el laudo es definitivo e inapelable (en tanto tiene calidad de cosa juzgada) y el consentimiento de la liquidación implica una presunción que admite prueba en contrario; y, (iii) que el laudo no puede someterse nuevamente a arbitraje mientras que el consentimiento de la liquidación podría, eventualmente, someterse a arbitraje, debe concluirse que no es posible asimilar un laudo que resuelve una controversia sobre la liquidación de un contrato al consentimiento de su liquidación. Adicionalmente, es importante reiterar que el único supuesto de consentimiento de liquidación en el marco de la normativa de contrataciones del Estado se produce ante su no observación por alguna de las partes en los plazos establecidos, por lo que un laudo que resuelve una controversia sobre la liquidación de una obra no podría considerarse como un supuesto de consentimiento de la misma. (Opinión N.º 012-2016/DTN, de 05-02-2016, ff. 2.1.2 al 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ga4fHw>).

Artículo 211: Declaratoria de fábrica o memoria descriptiva valorizada

211.1. Con la liquidación, el contratista entrega a la entidad los planos post construcción y la minuta de declaratoria de fábrica o memoria descriptiva valorizada, según sea el caso. La entrega de dichos documentos constituye, además de una condición para el pago del monto de la liquidación a favor del contratista, una obligación contractual a su cargo.

211.2. La Declaratoria de Fábrica se otorga conforme a lo dispuesto en la Ley de la materia. La presentación de la Declaratoria de Fábrica mediante escritura pública, es opcional.

TÍTULO VIII EJECUCIÓN DE OBRA QUE INCLUYE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN

CAPÍTULO I ASPECTOS GENERALES

Artículo 212: Condiciones

212.1. Los Ministerios y sus organismos públicos, programas y proyectos adscritos; así como las empresas bajo el ámbito de FONAFE pueden contratar obras que incluyan el diseño y construcción a través de las modalidades llave en mano que incluye el expediente técnico de obra, o concurso oferta, según corresponda, siempre que el presupuesto estimado del proyecto o valor referencial corresponda a una Licitación Pública y que por su naturaleza utilice el sistema de suma alzada.

212.2. Mediante Directiva el OSCE regula disposiciones complementarias para la aplicación de estas modalidades, las que pueden incluir la posibilidad de utilizar modelos contractuales de uso estándar internacional.

212.3. El postor acredita su inscripción en el RNP como ejecutor de obras y consultor de obras. En caso que el postor sea un consorcio o acredite un subcontratista especializado, la inscripción en el RNP se efectúa de acuerdo a lo dispuesto en la Directiva que el OSCE apruebe para tal efecto.

213.4. La Entidad para la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra, cuenta con un supervisor, para garantizar el adecuado cumplimiento de las prestaciones contractuales.

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase aquí la Directiva señalada en este artículo: <bit.ly/2BQ9Y0D>

DEFINICIONES

SUBCONTRATISTA ESPECIALIZADO: Es una persona natural o jurídica especializada en diseño, supervisión o actividades constructivas que contribuye con su experiencia a que el postor en los contratos de diseño y construcción cumpla con los requisitos de calificación.

Artículo 213: Requisitos

En la contratación de obras bajo la modalidad llave en mano que incluye el expediente técnico de obra y concurso oferta se incluye en el expediente de contratación lo siguiente:

a) Los Requisitos de la Entidad o los términos de referencia, según corresponda, los cuales indican, entre otros aspectos, si el consultor encargado del diseño puede ser un consorciado o un subcontratista especializado.

b) Estudio básico de ingeniería para los casos regulados en el artículo 220.

c) La asignación de riesgos

d) El estudio de preinversión que sustentó la declaratoria de viabilidad, conforme al Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, en lo que corresponda.

DEFINICIONES

REQUISITOS DE LA ENTIDAD: Documento elaborado por la Entidad para contratar la ejecución de obras que incluyen la elaboración del expediente técnico, en el que se describe el propósito para el cual la obra se ejecuta y se especifica, entre otras cosas, el de alcances de la obra, criterios técnicos, criterios para las pruebas de aceptación y de desempeño, criterios para la evaluación del diseño de las obras, partidas con sumas provisionales.

Artículo 214: Requisitos para perfeccionar el contrato

Para perfeccionar el contrato, el postor ganador de la buena pro, presenta además de los requisitos previstos en el artículo 139, la constancia de capacidad de libre contratación.

Artículo 215: Ejecución Contractual

215.1. Cuando resulte técnicamente viable y siempre que se cuente con la conformidad expresa del área usuaria, se puede realizar aprobaciones parciales del expediente técnico de obra, por tramos, etapas, componentes o sectores, quedando facultada la Entidad para disponer la ejecución de los trabajos contemplados en los expedientes técnicos parciales.

215.2. En caso corresponda la modificación del contrato por variaciones en el monto del contrato original, dicha modificación se formaliza dentro de los siete (7) días calendarios siguientes a la aprobación del expediente técnico y su presupuesto; para tal efecto, el contratista amplía en dicho plazo la garantía de fiel cumplimiento.

CAPÍTULO II DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN

Artículo 216: Presupuesto estimado del proyecto

216.1. En los procedimientos regulados en este capítulo, no corresponde establecer valor referencial en los procedimientos que tengan por objeto contratar la ejecución de obras bajo la modalidad llave en mano que incluye expediente técnico de obra y concurso oferta.

216.2. Esta modalidad solo puede aplicarse en la ejecución de obras en las que los postores pueden ofertar soluciones de diseño propias.

216.3. El presupuesto estimado del proyecto se define en función al valor aproximado de la obra, calculado a partir de los documentos señalados en el artículo 213 y determina la competencia regulada en el numeral 41.3 del artículo 41 de la Ley.

Artículo 217: Órgano a cargo del procedimiento de selección

217.1. Para convocar un procedimiento para la ejecución de obra bajo las modalidades reguladas en el presente capítulo, la Entidad designa un comité de selección conformado por cinco (5) miembros, según las siguientes condiciones:

- a) Un (1) miembro del órgano encargado de las contrataciones.
- b) Un (1) miembro del área usuaria o la que haga sus veces.
- c) Tres (3) expertos independientes con conocimiento especializado en la elaboración de expedientes técnicos de la especialidad de la obra a contratar. Previo sustento, que conste en el expediente de contratación, los expertos designados pueden ser servidores de la Entidad.

217.2. La evaluación técnica al diseño es realizada exclusivamente por los miembros del comité de selección señalados en el literal c) del numeral precedente.

Artículo 218: Desarrollo del procedimiento

Para las obras convocadas bajo las modalidades previstas en el presente título rige lo dispuesto en los artículos 79 al 84 debiendo observarse, además, lo siguiente:

a) Para la admisión de las ofertas, el comité de selección determina si la propuesta técnica se sujeta a los requisitos de la Entidad establecidos en las bases. De no cumplir con lo requerido, la oferta se considera no admitida.

b) La evaluación técnica comprende, adicionalmente, la asignación de puntaje al diseño y equipamiento, según corresponda.

c) No se aplican los límites mínimos y máximos para admitir la oferta económica, previstos en la Ley y el Reglamento.

d) Para que el comité de selección considere válida la oferta económica que supere el presupuesto estimado del proyecto, corresponde contar con la certificación de crédito presupuestario suficiente y la aprobación del Titular de la Entidad que no puede exceder de cinco (5) días hábiles, contados desde la fecha prevista en el calendario para el otorgamiento de la buena pro, salvo que el postor acepte reducir su oferta económica. En caso no se cuente con la certificación de crédito presupuestario se rechaza la oferta.

e) La Entidad rechaza las ofertas cuando el desagregado de partidas que da origen a la propuesta no sustenta que sea posible cumplir satisfactoria y legalmente sus obligaciones contractuales. El rechazo se encuentra fundamentado.

Artículo 219: Aprobación del Expediente Técnico de Obra

219.1. En los contratos de diseño y construcción, el contratista formula el expediente técnico y la Entidad lo aprueba según el monto contratado. Excepcionalmente, por razones no imputables al contratista, el expediente técnico puede ser aprobado con un presupuesto de obra mayor hasta en quince por ciento (15%) al inicialmente ofertado, siempre que ello resulte indispensable para alcanzar la finalidad del contrato, previa conformidad del supervisor y del área usuaria. Lo regulado en este artículo no constituye prestaciones adicionales de obra.

219.2. Concluida la elaboración del expediente técnico de obra, el supervisor cuenta con un plazo de siete (7) días, contados a partir del día siguiente de su recepción, para remitir a la Entidad un informe en el que se pronuncie sobre la viabilidad de aprobar dicho expediente; recibido el informe, la Entidad cuenta con (10) días hábiles para emitir y notificar al contratista la resolución mediante la que se pronuncia sobre la aprobación del expediente técnico.

219.3. En el supuesto que, para alcanzar la finalidad del contrato, resulte indispensable aprobar un presupuesto de obra mayor en quince (15%) al originalmente ofertado, el Titular de la Entidad puede decidir aprobarlo, debiendo contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuenta con la disponibilidad de los créditos presupuestarios correspondientes. En caso dicho incremento supere en cincuenta por ciento (50%) el presupuesto de obra ofertado, se resuelve el contrato, debiendo la Entidad convocar un nuevo procedimiento de selección.

219.4. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de diez (10) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento, el cual se encuentra motivado en todos los casos. El referido plazo se computa a partir del día siguiente que la Entidad presenta la documentación sustentatoria correspondiente. De no emitir y notificar el pronunciamiento en el plazo establecido, se entiende autorizada la Entidad para aprobar el expediente técnico, sin perjuicio del control posterior.

219.5. De requerirse información complementaria, la Contraloría General de la República comunica a la Entidad este requerimiento, en una sola oportunidad, a más tardar al tercer día hábil contado desde el inicio del plazo a que se refiere el numeral precedente, más el término de la distancia. La Entidad cuenta con tres (3) días hábiles para cumplir con el requerimiento. En estos casos el plazo se interrumpe y se reinicia al día siguiente de la fecha de presentación de la documentación complementaria por parte de la Entidad a la Contraloría General de la República.

219.6. El titular de la Entidad puede delegar la facultad de aprobar los expedientes técnicos.

219.7. Aprobado el expediente técnico de obra, se encuentra prohibida la autorización de prestaciones adicionales por errores o deficiencias de dicho expediente; asimismo, no procede el reconocimiento de

mayores metrados. En ambos supuestos, el contratista asume la responsabilidad y costo por la ejecución de las referidas prestaciones adicionales y los mayores metrados.

CAPÍTULO III

DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN CON ESTUDIO BÁSICO DE INGENIERÍA

Artículo 220: Definición

Mediante esta modalidad, el postor oferta la elaboración del expediente técnico, la ejecución de la obra y, de ser el caso, el equipamiento y la puesta en funcionamiento, a partir del estudio básico de ingeniería brindado por la Entidad.

DEFINICIONES

DISEÑO DE INGENIERÍA: Son los cálculos de diseño que han servido para el dimensionamiento y/o determinación de las características físico-mecánicas de los componentes de una obra realizados por especialistas de ingeniería o arquitectura. No se consideran cambios de diseño de ingeniería los cambios en las dimensiones o características físico mecánicas producto de replanteos o adecuaciones a la situación real del terreno que no impliquen la necesidad de nuevos cálculos.

ESTUDIO BÁSICO DE INGENIERÍA: Es el documento técnico formulado a partir de fuentes de información básica disponible, que permiten estimar razonablemente, entre otros, la magnitud, características, plazo y el presupuesto de un proyecto de ingeniería; así como para determinar los Términos de Referencia. Sirve de base para definir posteriormente la ingeniería de detalle a ser desarrollada durante la etapa de diseño.

Artículo 221: Condiciones específicas

Para las obras convocadas bajo las modalidades previstas en el presente capítulo rige lo dispuesto en los artículos 70 al 76, debiendo observarse, además, lo siguiente:

- a) La conducción del procedimiento de selección se encuentra a cargo de un comité de selección, de acuerdo a lo regulado en los artículos 43 al 46.
- b) Para el rechazo de ofertas se aplica lo previsto en el numeral 68.4 del artículo 68.
- c) La oferta económica se formula detallando los precios unitarios que identifiquen los insumos necesarios para su ejecución, a partir del estudio básico de ingeniería elaborado por la Entidad; en la cual, las partidas título se desagregan en partidas específicas, hasta un tercer nivel, según corresponda, el cual constituye el presupuesto detallado.
- d) En caso se realicen aprobaciones parciales del expediente técnico de obra, conforme a lo previsto en el numeral 215.1 del artículo 215, el pago de las valorizaciones se efectúa con los precios unitarios contenidos en el presupuesto detallado de la oferta, en tanto se apruebe el presupuesto definitivo de obra.

Artículo 222: Aprobación del Expediente Técnico de Obra

222.1. Si para alcanzar la finalidad del contrato, corresponde que el expediente técnico contemple mayores metrados o partidas nuevas no consideradas en el presupuesto detallado de la oferta, éstas son autorizadas por el área usuaria de la Entidad, previa conformidad del supervisor. Para determinar el presupuesto de obra que se apruebe se considera los precios unitarios ofertados en el presupuesto detallado o los precios unitarios pactados de las nuevas partidas, cuando no existan. Lo regulado en este artículo no constituye prestaciones adicionales de obra.

222.2. En el mismo sentido, cuando se requiera prescindir de metrados o partidas que no resulten necesarias para cumplir con la finalidad del contrato, éstas son autorizadas por el área usuaria de la Entidad, previa conformidad del supervisor.

222.3. Concluida la elaboración del expediente técnico de obra, el supervisor cuenta con un plazo de siete (7) días, contados a partir del día siguiente de su recepción, para remitir a la Entidad un informe en el que se pronuncie sobre la viabilidad de aprobar dicho expediente; recibido el informe, la Entidad cuenta con (10) días hábiles para emitir y notificar al contratista la resolución mediante la que se pronuncia sobre la aprobación del expediente técnico

222.4. En los supuestos señalados en los numerales 222.1 y 222.2, en caso que el presupuesto de obra resultante se incremente hasta en quince por ciento (15%) del presupuesto detallado se aprueba por el Titular de la Entidad. Cuando el incremento supere en quince por ciento (15%) al presupuesto detallado, el Titular de la Entidad puede decidir aprobarlo, debiendo contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República. En ambos supuestos es requisito contar con la disponibilidad de los créditos presupuestarios correspondientes. En caso dicho incremento supere en cincuenta por ciento (50%) el presupuesto detallado, se resuelve el contrato, sin responsabilidad de las partes, debiendo la Entidad convocar un nuevo procedimiento de selección para la ejecución de la obra.

222.5. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de diez (10) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento, el cual se encuentra motivado en todos los casos. El referido plazo se computa a partir del día siguiente que la Entidad presenta la documentación sustentatoria correspondiente. De no emitir y notificar el pronunciamiento en el plazo establecido, se entiende autorizada la Entidad para aprobar el expediente técnico, sin perjuicio del control posterior.

222.6. De requerirse información complementaria, la Contraloría General de la República comunica a la Entidad este requerimiento, en una sola oportunidad, a más tardar al tercer día hábil contado desde el inicio del plazo a que se refiere el numeral precedente, más el término de la distancia. La Entidad cuenta con tres (3) días hábiles para cumplir con el requerimiento. En estos casos el plazo se interrumpe y se reinicia al día siguiente de la fecha de presentación de la documentación complementaria por parte de la Entidad a la Contraloría General de la República.

222.7. El titular de la Entidad puede delegar la facultad de aprobar los expedientes técnicos.

222.8. Aprobado el expediente técnico de obra, se encuentra prohibida la autorización de prestaciones adicionales por errores o deficiencias de dicho expediente; asimismo, no procede el reconocimiento de mayores metrados. En ambos supuestos, el contratista asume la responsabilidad y costo por la ejecución de las referidas prestaciones adicionales y los mayores metrados.

TÍTULO IX CONTROVERSIAS DURANTE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL

CAPÍTULO I MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Artículo 223: Disposiciones generales

223.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación, junta de resolución de disputas o arbitraje institucional, según corresponda y por acuerdo de las partes.

223.2. Las controversias referidas al incumplimiento del pago final también son resueltas mediante conciliación y/o arbitraje.

OPINIONES DEL OSCE

§ 2064. Una entidad puede contratar prestaciones pendientes en caso de resolución de contrato, sin perjuicio de que dicha resolución este siendo sometida a alguno de los medios de so-

lución de controversia. Al resolverse un contrato, los actos que la Entidad realice para contratar las prestaciones pendientes de ejecución, constituyen una nueva contratación (art. 223.1). 2.1. “¿La Entidad deberá esperar la emisión del Laudo Arbitral para atender las prestaciones no atendidas del contrato que se ha resuelto? 2.1.3. [...] Resuelto el contrato la Entidad debe iniciar la realización de los actos necesarios para contratar las prestaciones que hubieren quedado pendientes de ser ejecutadas, a fin de satisfacer la necesidad no cubierta [...] Así, considerando que la resolución contractual deja sin efecto la relación jurídica patrimonial -lo cual implica la extinción del contrato-, los actos que la Entidad realice para contratar las prestaciones pendientes de ejecución, con la finalidad de satisfacer la necesidad no cubierta, constituyen una nueva contratación, la misma que debe ser efectuada conforme a las disposiciones de la Ley N.º 30225 y del Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, siempre que ésta sea iniciada a partir del 9 de enero de 2016. 2.1.4. Al respecto, corresponde señalar que la normativa de contrataciones del Estado vigente ha regulado el procedimiento aplicable para la contratación de “Prestaciones pendientes en caso de resolución de contrato”, conforme a lo establecido en el artículo 138 del Reglamento [cfr. art. 167 del Nuevo Reglamento]. En esa medida, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 138.1 del citado dispositivo “Cuando se resuelva un contrato y exista la necesidad urgente de culminar con la ejecución de las prestaciones derivadas de este, sin perjuicio de que dicha resolución se encuentre sometida a alguno de los medios de solución de controversias, la Entidad puede contratar a alguno de los postores que participaron en el procedimiento de selección. Para estos efectos, la Entidad debe determinar el precio de dichas prestaciones, incluyendo todos los costos necesarios para su ejecución, debidamente sustentados”. (El subrayado es agregado). En este punto, resulta pertinente señalar que las controversias que surgían entre las partes sobre la resolución del contrato, bajo el ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado, se resolvían mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo entre las partes [Decreto Legislativo N.º 1017]; debiendo precisarse que la normativa vigente ha previsto como medios de solución de controversias, en caso de resolución del contrato, la conciliación, junta de resolución de disputas o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes, conforme a lo establecido en el numeral 182.1 del artículo 182 del Reglamento [cfr. art. 223.1 del Nuevo Reglamento]. De esta manera, se advierte que la normativa de contrataciones del Estado [...] prevé que, en aplicación del procedimiento regulado en el artículo 138 del Reglamento, una Entidad pueda contratar las prestaciones pendientes en caso de resolución del contrato, sin perjuicio de que dicha resolución esté siendo sometida a alguno de los medios de solución de controversias, entre ellos, el arbitraje. (Opinión N.º 202-2017/DTN, de 15-09-2017, ff. 2.1, 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UiGwIf>).

§ 2065. **Plazo de caducidad para someter a conciliación y/o arbitraje las controversias surgidas durante la ejecución del contrato.** CONSULTA: 2.1. “¿Cuál es el plazo de caducidad para someter a conciliación y/o arbitraje las controversias generadas por la resolución del contrato? [...] CONCLUSIÓN: 3.1. El plazo de caducidad para someter a conciliación y/o arbitraje las controversias sobre la resolución de un contrato de obra suscrito bajo la modalidad de concurso oferta dependerá de la naturaleza de la prestación cuyo incumplimiento origina la resolución contractual. Así, cuando la resolución del contrato se derive del incumplimiento en la elaboración del expediente técnico, el plazo de caducidad aplicable será el establecido para servicios, de conformidad con el artículo 170 del Reglamento [cfr. art. 166.3 del Nuevo Reglamento]. Por otro lado, cuando la resolución de contrato se origine por el incumplimiento de obligaciones derivadas de la ejecución de obra, el plazo de caducidad aplicable será el establecido para obras, de conformidad con el artículo 209 del Reglamento [Decreto Supremo N.º 184-2008-EF] [cfr. art. 207.8 del Nuevo Reglamento]. (Opinión N.º 061-2012/DTN, de 24-04-2012, f. 3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EFB8dM>).

§ 2066. **Arbitraje ad hoc y arbitraje institucional.** Véase la jurisprudencia del artículo 225º del Nuevo Reglamento [§ 2072]. (Opinión N.º 198-2016/DTN, de 16-12-2016, ff. 2.1.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SoT4wg>).

REMISIÓN

§ 2066a. Sobre los medios de solución de controversias durante la ejecución contractual. Véase también la jurisprudencia del artículo 45° de la Ley [§ 741 ss.].

Artículo 224: Conciliación

224.1. Las partes pueden pactar la conciliación como mecanismo previo al inicio de un arbitraje. La conciliación se solicita ante un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dentro del plazo de caducidad correspondiente y es llevado a cabo por un conciliador certificado por dicho Ministerio.

224.2. Bajo responsabilidad, el Titular de la Entidad o el servidor en quien este haya delegado tal función evalúa la decisión de conciliar o de rechazar la propuesta de acuerdo conciliatorio considerando criterios de costo beneficio y ponderando los costos en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje y la conveniencia de resolver la controversia a través de la conciliación. Asimismo, se consideran los riesgos que representa la controversia en el normal desarrollo de la ejecución contractual, incluyendo el de no poder alcanzar la finalidad del contrato al no adoptarse un acuerdo conciliatorio. Dicha evaluación se encuentra contenida en un informe técnico legal previo debidamente sustentado.

224.3. De ser necesario contar con una Resolución Autoritativa para arribar a un acuerdo conciliatorio, el procedimiento conciliatorio se puede suspender hasta por un plazo de treinta (30) días hábiles. Si ambas partes lo acuerdan, dicho plazo puede ser ampliado por treinta (30) días hábiles adicionales. Si vencidos los plazos señalados la Entidad no presenta la Resolución Autoritativa ante el Centro de Conciliación, se entiende que no existe acuerdo y se concluye el procedimiento conciliatorio.

224.4. Las Entidades registran las actas de conciliación con acuerdo total o parcial en el SEACE, dentro del plazo de diez (10) días hábiles de suscritas, bajo responsabilidad.

224.5. En caso el procedimiento conciliatorio concluya por acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes pueden resolver la controversia en la vía arbitral. En caso de acuerdo parcial, el arbitraje solo puede versar sobre la parte controvertida.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2067. La validez del acuerdo conciliatorio para dotar de total vigencia el contrato de ejecución de obra, deja sin efecto la resolución contractual. Véase la jurisprudencia del artículo 166° del Nuevo Reglamento [§ 1851]. (Resolución N.º 1108-2011-TC-S4, de 27-06-2011, ff. 12, 13 y 14. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2QOAAv>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 2068. No es posible emplear la conciliación como un mecanismo para solucionar las controversias, en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, si en el plazo previsto habría operado la caducidad, aun cuando ambas partes lo soliciten de forma conjunta. Las partes pueden iniciar la conciliación, de manera previa al arbitraje, sin que resulte necesario que esta posibilidad se encuentre contemplada, de forma expresa, en el contrato suscrito entre la Entidad y el contratista. CONSULTA: 2.1. “¿Transcurrido el plazo de 30 días hábiles, bajo ninguna circunstancia se puede iniciar procedimientos conciliatorios, puesto que el plazo establecido es de caducidad?”. 2.1.1. 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 (...)” (El subrayado es agregado). Así, la conciliación es uno de los mecanismos de solución de controversias que contempla la normativa de contrataciones del Estado, en virtud del cual las partes

pueden alcanzar una solución consensuada a su discrepancia. Dicho lo anterior, es necesario señalar que el primer párrafo del numeral 45.2 del artículo 45 de la Ley establece que *“Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.”* (El subrayado es agregado). De esta manera, para emplear la conciliación a efectos de resolver una discrepancia relacionada a la resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, o, liquidación del contrato, la parte interesada debe iniciarla dentro del plazo de treinta (30) días hábiles. 2.1.2. Por su parte, es importante señalar que el numeral 183.1 del artículo 183 del Reglamento [cfr. art. 224.a del Nuevo Reglamento] establece que *“Las partes pueden pactar la conciliación como mecanismo previo al inicio de un arbitraje. La conciliación deberá solicitarse ante un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dentro del plazo de caducidad correspondiente y deberá ser llevada a cabo por un conciliador certificado por dicho Ministerio.”* (El subrayado es agregado). Como se aprecia, el plazo que tienen las partes para dar inicio a una conciliación en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, es de caducidad. En este punto, debe tenerse en cuenta que la caducidad es una institución jurídica que se caracteriza, principalmente, por extinguir un derecho material por la inactividad del titular de dicho derecho, privándosele de aquel, luego de transcurrido el plazo fijado por la ley o la voluntad de los particulares. Por tanto, si la parte interesada no hubiera iniciado la conciliación en el plazo previsto habría operado la caducidad y -en consecuencia- no sería posible emplear la conciliación como un mecanismo para solucionar las controversias en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 232-2017/DTN, de 26-10-2017, ff. 2.1.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UFtPr7>).

§ 2069. **La normativa especial establece con qué actuación se inicia el procedimiento conciliatorio.** CONCLUSIÓN: 3.2 Este Organismo Técnico Especializado no es competente para determinar con qué actuación se inicia el procedimiento conciliatorio; sin embargo, dicho aspecto puede definirse recurriendo a la normativa especial [Ley de conciliación] que regula la conciliación, la misma que señala que la solicitud de conciliación es el documento que inicia el trámite del procedimiento conciliatorio. (Opinión N.º 214-2017/DTN, de 02-10-2017, f. 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KsYT8W>).

§ 2070. **Cuando resulte necesario contar con una resolución autoritativa para arribar a un acuerdo conciliatorio, esta deberá ser emitida por el Titular de la Entidad, quien es el funcionario que ostenta la máxima autoridad ejecutiva de la Entidad.** CONSULTA: 2.3. *“De acuerdo a la normativa de contrataciones del Estado ¿puede entenderse que el “Titular” de la Entidad al que hace referencia el numeral 183.2 del artículo 183 [cfr. art. 224 del Nuevo Reglamento] (sobre evaluar la decisión de conciliar) y el numeral 189.2 del artículo 189 (sobre designación de árbitros) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 230 del Nuevo Reglamento], es diferente del “Titular” de la Entidad señalados en los demás artículos de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento (tales como el establecido en el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado sobre declaratoria de nulidad) por la condición de que la Entidad no cuente con un Procurador Público Propio?”* [...] 2.4. *“Si, conforme a la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, el Titular de la “Entidad”, a quien corresponde evaluar la decisión de conciliar o de rechazar la propuesta de acuerdo conciliatorio, es también quien debe emitir la resolución autoritativa para arribar a un acuerdo conciliatorio; o, para este último aspecto, quien debe aprobar la autoritativa para la conciliación es el Titular de la “Entidad” conforme al concepto utilizado según se interprete, el Ministro de sector o de quien éste delegue”*. [...] CONCLUSIONES: [...] 3.3. Independientemente que una Entidad cuente -o no- con un “Procurador Público Propio”, la alusión al “Titular de la Entidad” contemplada en los dispositivos de la normativa de contrataciones del Estado [...] está referida al funcionario que ostenta la máxima autoridad ejecutiva de la Entidad, de acuerdo a sus normas de organización interna; el mismo que ejerce las funciones que dicha normativa le confiere. 3.4. La normativa de contrataciones establece que la función de evaluar la decisión de conciliar o de rechazar la propuesta de acuerdo conciliatorio,

recae sobre el Titular de la Entidad -o el servidor en quien este haya delegado tal función-; en razón de lo cual, se desprende que cuando resulte necesario contar con una Resolución Autoritativa para arribar a un acuerdo conciliatorio, esta deberá ser emitida por el Titular de la Entidad, de conformidad con las normas de organización interna de cada Entidad. (Opinión N.º 113-2018/DTN, de 20-07-2018, ff. 2.3, 2.4, 3.3 y 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r17ods>).

Artículo 225: Arbitraje

225.1. Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje dentro del plazo de caducidad correspondiente. El arbitraje es nacional y de derecho. 225.2. La responsabilidad funcional prevista en el numeral 45.13 del artículo 45 de la Ley, se aplica a la decisión de: i) no impulsar o proseguir con la vía arbitral cuando en el informe técnico legal se recomienda acudir a dicha sede; o, ii) impulsar o proseguir la vía arbitral cuando el informe técnico legal determine que la posición de la Entidad no puede ser acogida en el arbitraje.

225.3. Las partes pueden recurrir al arbitraje ad hoc cuando las controversias deriven de contratos cuyo monto contractual original sea menor o igual a cinco millones con 00/100 Soles (S/ 5 000 000,00).

225.4. De haberse pactado en el convenio arbitral la realización de un arbitraje institucional, corresponde a la parte interesada recurrir a la institución arbitral elegida en aplicación del respectivo Reglamento arbitral institucional. De haberse pactado el arbitraje ad hoc, la parte interesada remite a la otra la solicitud de inicio de arbitraje por escrito.

225.5. En caso haberse seguido previamente un procedimiento de conciliación, sin acuerdo o con acuerdo parcial, el arbitraje respecto de las materias no conciliadas se inicia dentro del plazo de caducidad contemplado en el numeral 45.5 del artículo 45 de la Ley.

225.6. Si las partes han convenido que las controversias se sometan previamente a una Junta de Resolución de Disputas (JRD), el inicio del arbitraje y su plazo se rige por lo dispuesto en el artículo 251. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 025-2016-OSCE/CD, "Reglamento del régimen institucional de arbitraje subsidiario de cuantía menor en contrataciones del Estado a cargo del OSCE" (EP, 22-07-2016) [D-030].

PRECEDENTES VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§ 2071. Reglas de procedencia e improcedencia del amparo arbitral. Objeto del ejercicio del control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral. Véase la jurisprudencia del artículo 139.1 de la Constitución [§ 42]. (Exp. N.º 00142-2011-PA/TC, del 21-09-2011 [Web: 26-09-2011 / EP: 05-10-2011], que declara que los criterios previstos en los ff. jj. 20, 21 y 26, constituyen precedente vinculante inmediato]. Texto completo: <bit.ly/2LUOV3d>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 2072. Arbitraje ad hoc y arbitraje institucional. Sobre el particular, corresponde señalar lo siguiente: **2.1.1.** En primer lugar, debe indicarse que las partes pueden someterse a un arbitraje institucional o ad hoc en función a lo pactado en el convenio arbitral. Cabe precisar que el arbitraje es ad hoc cuando es conducido por el tribunal arbitral directamente, mientras que es institucional cuando es organizado y administrado por una institución arbitral constituida en el país. (Opinión N.º 198-2016/DTN, de 16-12-2016, f. 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SoT4wg>).

§ 2073. Las partes del contrato no pueden corregir convencionalmente un error en la estipulación de una penalidad distinta a la mora. No obstante, cualquiera de las partes puede acudir a la vía arbitral para solicitar que se declare la nulidad de alguna cláusula de penalidad distinta a la mora prevista en el contrato. Véase la jurisprudencia del artículo 163º del Nuevo Reglamento [§

1807]. (Opinión N.º 025-2016/DTN, de 15-02-2016, ff. 2.1.3 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HDu3fT>).

§ 2074. No es posible emplear la conciliación como un mecanismo para solucionar las controversias, en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, si en el plazo previsto habría operado la caducidad, aun cuando ambas partes lo soliciten de forma conjunta. Las partes pueden iniciar la conciliación, de manera previa al arbitraje, sin que resulte necesario que esta posibilidad se encuentre contemplada, de forma expresa, en el contrato suscrito entre la Entidad y el contratista. Véase la jurisprudencia del artículo 224º del Nuevo Reglamento [§ 2068]. (Opinión N.º 232-2017/DTN, de 26-10-2017, ff. 2.1.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UFrPr7>).

Artículo 226: Convenio arbitral

226.1. Cuando corresponda el arbitraje institucional, en el convenio arbitral las partes encomiendan la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral.

226.2. En los siguientes supuestos, el arbitraje es iniciado ante cualquier institución arbitral:

- a) Cuando no se ha incorporado un convenio arbitral expreso en el contrato.
- b) Cuando a pesar de haberse precisado en el convenio arbitral que el arbitraje es institucional no se ha designado a una institución arbitral determinada.
- c) Cuando, a pesar de no cumplirse con las condiciones establecidas en el numeral 225.3 del artículo 225, en el convenio arbitral se señala expresamente que el arbitraje es ad hoc.
- d) Cuando en el convenio arbitral no se haya precisado el tipo de arbitraje.
- e) Cuando en el convenio arbitral se encargue el arbitraje al SNA-OSCE en contravención a lo establecido en el Reglamento y en el Reglamento del SNA-OSCE.
- f) Cuando se trate de controversias que se desprenden de órdenes de compra o de servicios derivadas del Acuerdo Marco, siempre que no se haya incorporado un convenio arbitral en las mismas.

226.3. Las partes pueden establecer estipulaciones adicionales o modificatorias del convenio arbitral, en la medida que no contravengan las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§ 2075. La Contraloría General de la República puede exigir indemnización a los privados que incumplen con un contrato suscrito con el Estado. No se puede plantear la excepción de convenio arbitral frente a un proceso judicial derivado de una acción (en este caso de indemnización) del órgano superior de control. Véase la jurisprudencia del artículo 82º de la Constitución [§ 40]. (Exp. N.º 05239-2011-PA/TC, de 12-12-2012 [Web: 22-04-2013 / EP: 18-09-2013], ff. jj. 7-8. Texto completo: <bit.ly/2SXzFTj>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 2076. Arbitraje ante instituciones arbitrales acreditadas por el OSCE. CONSULTA: 2. “El artículo 185 del decreto Supremo N.º 350-2015-EF En el convenio arbitral, las partes pueden encomendar la organización y administración del arbitraje a una institución debidamente acreditada ante el OSCE, a cuyo efecto el correspondiente convenio arbitral tipo puede ser incorporado al contrato. La acreditación de la institución arbitral debe ser verificada por el funcionario que suscribe el contrato. El OSCE publica en su portal institucional la relación de instituciones arbitrales acreditadas, así como los convenios arbitrales tipo. Sin embargo, de la revisión de la página web del OSCE no hay ninguna relación de instituciones arbitrales acreditadas ni los convenios arbitrales tipo. En tal sentido solicito determinar si es procedente o no, incorporar en el convenio arbitral (a nivel de bases administrativas) de centros de conciliación o arbitraje de la Ciudad

de Trujillo, teniendo en cuenta que existe el mandato legal pero no hay relación oficial de los centro acreditados [...] 3. CONCLUSIÓN En tanto no se publique el listado de instituciones arbitrales acreditadas y ello conlleve a que las Entidades (i) no designen dentro de la cláusula de solución de controversias institución arbitral alguna, o que (ii) habiendo designado determinada institución arbitral, ésta no cumpla con la acreditación respectiva, corresponderá aplicar lo previsto en el numeral 185.4 del artículo 185 del Reglamento [cfr. art. 226 del Nuevo Reglamento], es decir, en el momento en el que surja alguna controversia, las partes deberán iniciar el correspondiente proceso arbitral ante una institución arbitral que en dicha oportunidad se encuentre debidamente acreditada ante el OSCE. (Opinión N.º 158-2017/DTN, de 18-07-2017, ff. 2 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2L7q615>).

NOTA: La normativa de Contrataciones vigente no prevé la exigencia de realizar el arbitraje ante una institución arbitral acreditada ante el OSCE. En ese sentido, la Directiva N.º 019-2016-OSCE/CD, "Directiva de acreditación de Instituciones Arbitrales por el OSCE", fue derogada por la Resolución N.º 023-2019-OSCE/PRE (EP, 04-02-2019).

PRONUNCIAMIENTOS DEL OSCE

§ 2077. **Definición de convenio arbitral.** El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. En ese sentido, su configuración se sustenta en la libertad de pacto de las partes. No obstante, la normativa de contrataciones del Estado establece la obligatoriedad de someter a arbitraje las controversias que puedan surgir durante la ejecución del contrato, y regula ciertas disposiciones generales respecto del procedimiento de solución de controversias. (Pronunciamiento N.º 234-2011/DTN, de 27-07-2011, Observación N.º 18. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SdQPAd>).

Artículo 227: Solicitud de Arbitraje Ad Hoc

227.1. El arbitraje ad hoc se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la otra parte por escrito, con indicación del convenio arbitral, un resumen de la o las controversias a ser sometidas a arbitraje y su cuantía, incluyendo la designación del árbitro, cuando corresponda.

227.2. La solicitud a la Entidad o al contratista es dirigida al último domicilio válidamente señalado para efectos de la ejecución contractual.

OPINIONES DEL OSCE

§ 2078. **En materia de arbitrajes referidos a conflictos derivados de contratos enmarcados en la normativa de contrataciones del Estado, el Procurador Público sólo estará facultado para designar árbitros si esta función le fue delegada por el Titular de la Entidad que formula o responde la solicitud arbitral.** Véase la jurisprudencia del artículo 230º del Nuevo Reglamento [§ 2080]. (Opinión N.º 044-2017/DTN, de 09-02-2017, ff. 2.1, 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ASF4U4>).

Artículo 228: Respuesta a la solicitud de Arbitraje Ad Hoc

228.1. La parte que reciba una solicitud de arbitraje ad hoc de conformidad con el artículo precedente, la responde por escrito dentro del plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la respectiva solicitud, con indicación de la designación del árbitro, cuando corresponda y su posición o resumen referencial respecto de la controversia y su cuantía.

228.2. La falta de respuesta o toda oposición formulada en contra del arbitraje, no interrumpe el desarrollo del mismo ni de los respectivos procedimientos para que se lleve a cabo la conformación del tribunal arbitral o árbitro único y la tramitación del arbitraje.

Artículo 229: Excepciones u objeciones

Las excepciones u objeciones al arbitraje cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia es resuelta al finalizar la etapa postulatoria y antes que se fijen los puntos controvertidos del proceso.

OPINIONES DEL OSCE

§ 2079. Si el titular de la Entidad decide declarar la nulidad de contrato, esta procede aun cuando el contrato se encuentre resuelto. Procedimiento de la resolución del contrato. Véase la jurisprudencia del artículo 145º del Nuevo Reglamento [§ 1676]. (Opinión N.º 081-2018/DTN, de 12-06-2018, ff. 2.1.5, 2.1.6 y 2.2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2E0w8QG>).

Artículo 230: Árbitros

230.1. El arbitraje es resuelto por árbitro único o por un tribunal arbitral conformado por tres (3) árbitros, según el acuerdo de las partes, salvo lo señalado en el artículo 236. En caso de duda o falta de acuerdo, el arbitraje es resuelto por árbitro único.

230.2. Tanto en el arbitraje institucional como en el ad hoc la designación del árbitro por parte de la Entidad es aprobada por su Titular o por el servidor en quien este haya delegado tal función; sin perjuicio de la verificación oportuna que realice la institución arbitral y el contratista.

230.3. En los arbitrajes institucionales, la institución arbitral verifica que los árbitros cumplan con los requisitos establecidos en el numeral 45.15 del artículo 45 de la Ley.

230.4. Para desempeñarse como árbitro en los arbitrajes ad hoc, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros (RNA-OSCE). Los plazos y procedimientos para la designación y aceptación de árbitros en arbitrajes ad hoc se establecen en la directiva aprobada por el OSCE. ⁽¹⁾

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

(1) Rectificado por fe de erratas (12-01-2019).

OPINIONES DEL OSCE

§ 2080. En materia de arbitrajes referidos a conflictos derivados de contratos enmarcados en la normativa de contrataciones del Estado, el Procurador Público sólo estará facultado para designar árbitros si esta función le fue delegada por el Titular de la Entidad que formula la solicitud arbitral. CONSULTA: 2.1. “Ante una solicitud de arbitraje, corresponde al Titular de la Entidad (unidad ejecutora) invocar el artículo 186 del DS 350-2015-EF [cfr. art. 227 del Nuevo Reglamento] para la designación del árbitro o corresponde al Procurador Público Regional tal designación amparados en su artículo 22 del Decreto Legislativo N.º 1068?” [...] 2.1.3. [...] [El] numeral 22.2 del artículo 22 del Decreto Legislativo N.º 1068 “Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado” señala que la defensa jurídica del Estado a cargo de los Procuradores Públicos comprende todas las actuaciones que la ley en materia procesal, **arbitral** y las de carácter sustantivo permiten. No obstante ello, considerando el carácter especial que tienen las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado respecto de la resolución de conflictos derivados de contratos enmarcados dentro de su ámbito de aplicación, cuando la Entidad sea la parte que formula o responde la solicitud arbitral, debe hacerlo con indicación de la designación del árbitro, la cual debe ser aprobada necesariamente por el Titular de la Entidad o

por la persona a quien se le haya delegado tal atribución. 2.1.4. En ese orden de ideas, en materia de contrataciones del Estado, la aprobación de la designación de árbitros se encuentra a cargo del Titular de la Entidad o de la persona a quien se le haya delegado tal atribución; en consecuencia, el Procurador Público solo podrá ejercer dicha función cuando esta hubiera sido objeto de delegación por parte del Titular de la Entidad. Sin perjuicio de lo antes expuesto, es importante señalar que, con fecha 18 de junio de 2016, el III Pleno del Consejo de Defensa Jurídica del Estado emitió algunos acuerdos y recomendaciones respecto a la designación de árbitros en materia de contrataciones del Estado, precisando que *“(...) En el caso de disputas arbitrales bajo el amparo de la Ley N.º 30225 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, el Procurador Público propondrá una terna de árbitros elegidos en base a criterios objetivos tales como la experiencia profesional, experiencia relacionada a temas de arbitraje, especialización en los temas controvertidos, entre otros; la que someterá a consideración del Titular de la Entidad o del funcionario a quien este haya encargado la función de designar al árbitro de la Institución. Adicionalmente, el procurador público que sustente experiencia en temas de arbitraje en la contratación pública, podrá efectuar las coordinaciones necesarias con el Titular de la Entidad, a fin de ser el funcionario a quien se le delegue la función de designar a los árbitros de la institución (...)”* (Opinión N.º 044-2017/DTN, de 09-02-2017, ff. 2.1, 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2ASF4U4>).

Artículo 231: Impedimentos para ser árbitro

231.1. Se encuentran impedidos para ejercer la función de árbitro:

- a) El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Ministros de Estado, los Viceministros, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos.
- b) Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz.
- c) Los Fiscales y los Ejecutores Coactivos.
- d) Los Procuradores Públicos y el personal que trabaje en las procuradurías, o de las unidades orgánicas que hagan sus veces, cualquiera sea el vínculo laboral.
- e) El Contralor General de la República y el Vice Contralor.
- f) Los Titulares de instituciones o de organismos públicos del poder ejecutivo.
- g) Los gobernadores regionales y los alcaldes.
- h) Los directores de las empresas del Estado.
- i) El personal militar y policial en situación de actividad.
- j) Los funcionarios y servidores públicos en los casos que tengan relación directa con la Entidad o Sector en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes.
- k) Los funcionarios y servidores del OSCE hasta seis (06) meses después de haber dejado la institución.
- l) Los sometidos a proceso concursal.
- m) Los sancionados con inhabilitación o con suspensión de la función arbitral establecidas por el Consejo de Ética, en tanto estén vigentes dichas sanciones, sin perjuicio de la culminación de los casos en los que haya aceptado su designación previamente a la fecha de imposición de la sanción.
- n) Los sancionados por los respectivos colegios profesionales o entes administrativos, en tanto estén vigentes dichas sanciones.
- o) Los sancionados con condena que lleve aparejada la inhabilitación para ejercer la profesión, en tanto esté vigente dicha sanción.
- p) Los sancionados por delito doloso, en tanto esté vigente dicha sanción.
- q) Los que tengan sanción o suspensión vigente impuesta por el Tribunal.
- r) Las personas inscritas en el Registro de Deudores de Reparaciones Civiles (REDERECI), sea en nombre propio o a través de persona jurídica en la que sea accionista u otro similar, con excepción de las empresas que cotizan acciones en bolsa, así como en el Registro Nacional de Abogados Sancionados por

mala práctica profesional, en el Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido por el tiempo que establezca la Ley de la materia y en todos los otros registros creados por Ley que impidan contratar con el Estado.

- s) Las personas inscritas en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM).
- t) Las personas sancionadas por el Consejo de Ética según lo dispuesto en este Reglamento.
- u) Las personas a las que se refiere el literal m) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

231.2. En los casos a que se refieren los literales h) y j) del numeral precedente, el impedimento se restringe al ámbito sectorial al que pertenecen esas personas.

Artículo 232: Designación Residual de Árbitros

232.1. En aquellos procesos arbitrales ad hoc en los cuales las partes no hayan pactado la forma en la que se designa a los árbitros o no se hayan puesto de acuerdo respecto a la designación del árbitro único o algún árbitro que integre el Tribunal Arbitral, o los árbitros no se hayan puesto de acuerdo sobre la designación del presidente del Tribunal Arbitral, cuando corresponda, cualquiera de las partes puede solicitar al OSCE la designación residual, la que se efectúa a través de una asignación aleatoria por medios electrónicos, de acuerdo a los plazos y procedimiento previstos en la Directiva correspondiente.

232.2. Para la designación residual del presidente del Tribunal Arbitral o del árbitro único en un arbitraje institucional, el árbitro a designarse está inscrito en el RNA-OSCE.

232.3. Las designaciones residuales efectuadas por el OSCE se realizan del RNA-OSCE, y son definitivas e inimpugnables. ^(a) ^(b)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 018-2017-OSCE/CD, "Procedimiento de designación residual de árbitros a cargo del OSCE" (EP, 28-09-2017) [D-026].

(b) Véase la Directiva N.º 017-2017-OSCE/CD, "Procedimientos de inscripción y renovación en la nómina de profesionales aptos para designación residual del OSCE, así como supuestos de suspensión y exclusión" (EP, 28-09-2017) [D-027].

Artículo 233: Independencia, imparcialidad y deber de información

233.1. Los árbitros son y permanecen durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales.

233.2. Todo árbitro, al momento de aceptar el cargo, informa sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (5) años anteriores a su nombramiento, que pudiera generar dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. Este deber de información comprende, además, la obligación de dar a conocer a las partes la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a su aceptación que pudiera generar dudas sobre su imparcialidad e independencia.

233.3. El árbitro designado presenta una declaración jurada expresa sobre su idoneidad para ejercer el cargo, señalando que cumple con los requisitos establecidos en el numeral 45.15 del artículo 45 de la Ley, así como que cuenta con la disponibilidad de tiempo suficiente para llevar a cabo el arbitraje en forma satisfactoria.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2081. El deber de declaración establece que el árbitro debe declarar cualquier hecho o circunstancia que pueda provocar la duda justificada sobre su independencia e imparcialidad. En ese orden de ideas, se debe tener en cuenta que el deber de revelación del árbitro es esencial para la función

arbitral, por ello debe ser interpretado de la forma más amplia. Su correcto cumplimiento sirve al doble propósito de respetar la voluntad de quienes acuden al arbitraje y de proteger el futuro laudo; por otro lado, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de revelación quiebra la necesaria confianza que forzosamente ha de inspirar la relación partes/árbitro en un proceso arbitral. (Resolución N.º 483-2008-CONSUCODE/PRE, de 22-09-2008. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TpOH4U>).

Artículo 234: Recusación

234.1. Los árbitros pueden ser recusados por las siguientes causas:

a) Cuando se encuentren impedidos conforme el artículo 231 o no cumplan con lo dispuesto por el artículo 233.

b) Cuando no reúnan las calificaciones y exigencias para asumir el encargo establecidas en la legislación y el convenio arbitral.

c) Cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, siempre que dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna.

234.2. En los arbitrajes ad hoc y en los administrados por el SNA-OSCE, la recusación es resuelta por el OSCE, en forma definitiva e inimpugnable, conforme al procedimiento establecido en la Directiva correspondiente, salvo que las partes hayan acordado que la recusación sea resuelta por una institución arbitral acreditada.

234.3. El trámite de recusación no suspende el arbitraje, salvo cuando se trate de árbitro único o hayan sido recusados dos (2) o tres (3) árbitros, o cuando lo disponga el Tribunal Arbitral. Esta norma es aplicable a los arbitrajes ad hoc y a los arbitrajes institucionales cuando no se haya regulado al respecto. ^{(1)(a)}

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

(1) Rectificado por fe de erratas (12-01-2019).

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 014-2017-OSCE/CD, "Procedimiento de recusación de árbitros para arbitrajes ad hoc y arbitrajes administrados por el SNA-OSCE" (EP 19-07-2017) [D-029].

Artículo 235: Instalación

235.1. Salvo que las partes se hayan sometido a un arbitraje institucional, una vez que los árbitros hayan aceptado sus cargos, cualquiera de las partes solicita al OSCE la instalación del árbitro único o del tribunal arbitral, dentro de los veinte (20) días siguientes de conocida la aceptación de estos, según corresponda. Para tales efectos, la instalación se puede realizar en la Oficinas Desconcentradas del OSCE.

235.2. Se trate de un arbitraje ad hoc o institucional, dentro del plazo de diez (10) días de realizada la instalación, la Entidad registra en el SEACE los nombres y apellidos completos del árbitro único o de los árbitros que conforman el tribunal arbitral y del secretario arbitral, así como de aquellos que eventualmente sustituyan a estos, bajo responsabilidad de aquel que aprobó el expediente de contratación. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 016-2017-OSCE/CD, "Procedimiento para la instalación de árbitro único o tribunal arbitral ad hoc" (EP, 08-09-2017) [D-028].



Artículo 236: De la organización y Administración de Arbitrajes a cargo del SNA - OSCE

236.1. El OSCE organiza y administra un régimen institucional de arbitraje en Contrataciones del Estado, en armonía con el principio de subsidiariedad, denominado Sistema Nacional de Arbitraje (SNA-OSCE), sujetándose a las reglas establecidas en el presente artículo y en el Reglamento del SNA-OSCE.

236.2. Pueden someterse a arbitraje institucional a cargo del SNA-OSCE las controversias que deriven de la ejecución de contratos de bienes y servicios en general, cuyos valores estimados sean iguales o menores a diez (10) UIT. El arbitraje ante el SNA-OSCE es iniciado dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 45 de la Ley, no suspendiéndose en ningún momento por el tiempo que demore verificar las condiciones habilitantes del sistema.

236.3. El OSCE se encuentra facultado para encargar a otras instituciones públicas, mediante convenio y de acuerdo a lo establecido en la Directiva correspondiente, la organización y administración del régimen institucional de arbitraje subsidiario a su cargo.

236.4. Dichos arbitrajes están a cargo de un Árbitro Único de acuerdo a lo establecido en el Reglamento del SNA-OSCE. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 025-2016-OSCE/CD, "Reglamento del régimen institucional de arbitraje subsidiario de cuantía menor en contrataciones del Estado a cargo del OSCE" (EP, 22-07-2016) **[D-030]**.

OPINIONES DEL OSCE

§ 2082. El rol subsidiario del OSCE en la organización y administración del arbitraje institucional sólo es aplicable a los contratos de bienes y servicios en general, mas no a las contrataciones de obra. **3. CONCLUSIONES. 3.1.** La normativa de contrataciones del Estado -en determinados casos- ha previsto la aplicación del rol subsidiario del OSCE en la organización y administración del arbitraje institucional para las controversias que deriven de la ejecución de contratos de bienes y servicios en general, cuyo montos originales sean menores a diez (10) UIT, mas no para las contrataciones de obras; por tanto, en el caso que surja alguna controversia derivada de la ejecución de una obra, las partes no podrán recurrir al SNA-OSCE para llegar a una solución. **3.2.** En el caso de que surja alguna controversia derivada de un contrato de ejecución de obra, las partes deberán recurrir a una institución arbitral que en dicha oportunidad se encuentre debidamente acreditada por el OSCE; sin perjuicio de lo dispuesto en la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento. **3.3.** En los casos de arbitrajes institucionales, la designación del árbitro o del Tribunal Arbitral deberá realizarse conforme a las disposiciones del reglamento respectivo de la institución arbitral. **3.4.** Conforme a lo dispuesto en el numeral 45.6 del artículo 45 de la Ley, el arbitraje puede realizarse por árbitro único o tribunal arbitral integrado por tres miembros. (Opinión N.º 028-2018/DTN, de 05-03-2018, ff. 3 al 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2AtYlep>).

§ 2083. Corresponde a la Entidad identificar la fecha de la convocatoria del proceso de selección a efectos de determinar si la tabla de gastos arbitrales aprobada por el OSCE era referencial o si tenía carácter obligatorio. **CONSULTA. 2.1.** "¿Los montos máximos para gastos arbitrales, establecidos en la Tabla de Aranceles contenida como Anexo I de la Directiva N.º 007-2009-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 021-2016-OSCE/CD (**D-032**)] son aplicables a los procesos arbitrales en materia de contrataciones del Estado iniciados entre el 26 de junio de 2012 y el 30 de junio de 2016?" [...] **2.2.** "¿Son estos montos máximos aplicables a las cuantías de cada pretensión o si de otro lado deben ser considerados para cada proceso arbitral en los que se acordó someterse al Reglamento del SNA-OSCE?" [...] **3. CONCLUSIONES. 3.1.** A efectos de solucionar las controversias producidas durante la ejecución contractual, debe aplicarse la normativa vigente al momento de la convocatoria del proceso de selección del cual se derivó el contrato, dentro de la que se encuentran las disposiciones previstas en el artículo 230 del anterior Reglamento [cfr. art. 237 del Nuevo Reglamento]; por tanto, corresponde a la Entidad identificar la fecha de la convocatoria del

proceso de selección a efectos de determinar si la tabla de gastos arbitrales aprobada por el OSCE era referencial o si tenía un carácter obligatorio. **3.2.** En el caso que la fecha de convocatoria del proceso de selección del cual se derivó el contrato determine que la tabla aprobada por el OSCE tenía carácter obligatorio, los márgenes contenidos en esta última deben ser aplicados en función del monto de la cuantía del proceso arbitral, independientemente que este último contemplara una sola pretensión o una pluralidad de estas. (Opinión N.º 027-2018/DTN, de 05-03-2018, ff. 2.1, 2.2, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TQAvT7>).

Artículo 237: Gastos Arbitrales

237.1. El OSCE aprueba mediante directiva una tabla de gastos arbitrales, la que resulta aplicable a los arbitrajes que organice y administre conforme a su reglamento.

237.2. En el arbitraje ad hoc los gastos arbitrales no pueden exceder lo establecido en la tabla a que se refiere el numeral precedente, no pudiéndose pactar en contrario.

237.3. En caso de renuncia, recusación de árbitro declarada fundada, anuencia de la contraparte en la recusación, remoción de árbitro y los demás supuestos regulados por el OSCE para tal efecto, y cuando no se trate de un arbitraje institucional, cualquier discrepancia que surja entre las partes y los árbitros, respecto de la devolución de honorarios, es resuelta, a pedido de parte, por el OSCE. La decisión que tome el OSCE al respecto es definitiva e inimpugnable.

237.4. Cualquier pacto respecto de la no devolución de honorarios se tiene por no puesto, no pudiéndose acordar en contrario. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 021-2016-OSCE/CD, "Tabla de gastos arbitrales aplicables a los arbitrajes organizados y administrados por el OSCE y los arbitrajes ad hoc" (EP, 29-06-2016) [D-032].

Artículo 238: Laudo

238.1. El laudo, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones, es notificado a las partes a través del SEACE. El laudo vincula a las partes del Arbitraje, no pudiendo afectar derechos ni facultades legales de personas ni autoridades ajenas al proceso. El laudo se encuentra motivado, no pudiéndose pactar en contrario.

238.2. Es responsabilidad del árbitro único o del presidente del Tribunal Arbitral registrar correctamente el laudo en el SEACE, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones, conforme a lo dispuesto en el literal a) del numeral 254.3 del artículo 254.

238.3. El OSCE implementa, administra y opera el Banco de Laudos Arbitrales que contiene información relevante del laudo que los árbitros hayan registrado en el SEACE.

238.4. Dicha información se publica en el portal institucional del OSCE y es actualizada trimestralmente, bajo responsabilidad.

JURISPRUDENCIA DE LAS CORTES SUPERIORES

§ 2084. La ejecución de un laudo arbitral derivado de la Ley de Contrataciones del Estado se tramita en la vía civil. *Quinto.* En el presente caso, el laudo arbitral materia de ejecución se deriva de un Convenio de Prestación de Servicios de Reparación y Mantenimiento de Flota Vehicular [celebrado entre una empresa y una municipalidad] [...]. *Sexto.* Al respecto, los contratos que las empresas proveedoras de bienes y servicios celebran con el Estado, de acuerdo a lo normado por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, son contratos administrativos sujetos a la normatividad especial

mencionada. Asimismo, estos contratos confieren tanto al Estado como a su contraparte una serie de facultades y obligaciones extrañas a la regulación civil o comercial [...]. *Sétimo.* Consecuentemente, conteniendo el laudo arbitral materia de ejecución una materia no comercial, no corresponde su conocimiento a esta Sala Subespecializada en lo Comercial, resultando de aplicación lo dispuesto en el artículo 5 del Código Procesal Civil. (Exp. N.º 300-2006, de 23-03-2006, ff. jj. 5-7. Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial. Corte Superior de Justicia de Lima. Texto completo: <bit.ly/2xYmIzB>).

Artículo 239: Recurso de Anulación

239.1. Conforme a lo previsto en el numeral 45.22 del artículo 45 de la Ley, para la interposición del recurso de anulación del laudo, el contratista presenta una carta fianza bancaria, solidaria, incondicionada, irrevocable y de realización automática a primer requerimiento, con una vigencia no menor de seis (6) meses, debiendo ser renovada por todo el tiempo que dure el trámite del recurso. Dicha carta fianza se otorga a favor de la Entidad, por una cantidad equivalente al veinticinco por ciento (25%) del valor de la suma que ordene pagar el laudo.

239.2. Si el laudo, en todo o en parte, es puramente declarativo o no es valorizable en dinero o si requiere de liquidación o determinación que no sea únicamente una operación matemática, el valor de la carta fianza es equivalente al tres por ciento (3%) del monto del contrato original.

239.3. Si el recurso de anulación es desestimado, la carta fianza se entrega a la Entidad para que la ejecute. En caso contrario se le devuelve al contratista, bajo responsabilidad.

239.4. Las sentencias que resuelvan de manera definitiva el recurso de anulación son remitidas por el procurador público o funcionario o servidor que ejerce similar función en la Entidad, según corresponda, al OSCE en el plazo de diez (10) días hábiles de notificadas para su registro y publicación, bajo responsabilidad.

JURISPRUDENCIA DE LAS CORTES SUPERIORES

§ 2085. **Es nulo el laudo que omite resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.** *Segundo.* La parte demandante invoca [...] que hubo un comportamiento parcializado a favor del demandante arbitral (contratista) de los árbitros que suscribieron el laudo por mayoría, quienes no han valorado los medios probatorios que ha ofrecido el recurrente. -no se ha exigido al contratista los requisitos previstos en la Ley de Contrataciones de Estado y Reglamento expidiendo un laudo que declara fundada la totalidad las pretensiones demandadas, dejando en estado de indefensión al recurrente [...]. [...] *Noveno.* [...] [Se observa del laudo que] la defensa del recurrente no ha sido analizada [...], razón por la cual debe anularse el laudo a fin de que se evalúe esta defensa y los medios probatorios que se ofrecieron para ese fin, luego de lo cual deberá adoptarse la decisión respectiva. Entonces, tiene razón el recurrente cuando acusa de esta omisión en el laudo. *Décimo.* [...] De lo anotado en el laudo se comprueba que la defensa del recurrente no ha sido evaluada, configurándose la vulneración de su derecho de defensa, bastando para verificar este aserto que ni siquiera se hace referencia al artículo 213 del D.S. N.º 084-2004-PCM que invocó el Gobierno Regional de [...]. Por tanto, también debe anularse el laudo en este extremo, siendo atendible lo indicado por el recurrente al señalar que no se ha tenido en cuenta los requisitos previstos en la Ley de Contrataciones del Estado. (Exp. N.º 00277-2015-0-1817-SP-CO-01, de 05-04-2016, ff. 2, 9 y 10. Primera Sala Civil Subespecializada en Materia Comercial. Corte Superior de Justicia de Lima. Texto completo: <bit.ly/2PTxu1y>).

§ 2086. **Es nulo el laudo arbitral que tiene motivación aparente al basarse en hechos no alegado por las partes (inc. 1).** *Segundo.* La parte demandante ha sustentado su recurso en los siguientes argumentos: **2.1. Respecto de la causal de anulación b) del numeral 1 del artículo 63** [cfr. art 44 Ley Vigente]. -No ha podido hacer valer sus derechos al haberse incorporado en el laudo un argumento que

no fue controvertido por las partes ni sometido a discusión por el tribunal arbitral, afectando su derecho al debido proceso. Se ha reconocido que la liquidación cuyo consentimiento pretendía [el consorcio demandado] ha quedado consentida; no obstante el tribunal modificó dicha liquidación consentida, debido a que: “*el tribunal arbitral no puede permitir el abuso del derecho ni la vulneración de los principios de legalidad, buena fe y equidad, ni mucho menos dejar de pronunciarse sobre los puntos controvertidos planteados por las partes*”. De acuerdo a ello, cita el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que señala “*que una vez que la liquidación haya quedado consentida, no procede ninguna impugnación, salvo las referidas a defectos o vicios ocultos (...)*”. Esta cita fue realizada sin mayor desarrollo. Se citó y se pasó a concluir que la reconvencción era “fundada en parte” pues si bien la liquidación está consentida, se dictaría la modificación de la liquidación”. -Se ha afectado el derecho de contradicción, pues se le ha privado la posibilidad de contradecir la posición del tribunal respecto de la no postulada ni invocada figura de defectos ni vicios ocultos que ha incorporado el tribunal, habiéndose expuesto recién en el laudo. Además se ha resuelto otorgar conceptos al consorcio por aplicación de defectos o vicios ocultos que no están acreditados en el proceso. -Se afecta su derecho a la debida motivación del laudo, al haberse obtenido un laudo con motivación indebida, aparente, incongruente, contradictoria y/o defectuosa, pues de un lado reconoce que la liquidación está consentida y debe aprobarse nuestra observaciones, luego se modifica el contenido de la liquidación utilizando para ello una figura aparente de defectos, sin que el tribunal aclare ni sustente sobre el particular pese a que ello fuera solicitado [...]. [...] **Décimo Segundo.** [...] i) A pesar de consignarse como fuente de derecho el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece que una vez consentida la liquidación, no procede ninguna impugnación, salvo las referidas a defectos o vicios ocultos, no existe en el laudo desarrollo ni análisis alguno respecto a los supuestos de excepción que regula dicho dispositivo, esto es a los defectos o vicios ocultos. ii) No solo eso, tampoco hay en el laudo, mención o referencia a hechos del proceso arbitral que orienten la incursión del tribunal arbitral en esa materia de excepción. iii) La referencia del tribunal al abuso del derecho así como a los principios de legalidad, buena fe y equidad, no basta para salvar las omisiones antes señaladas, las mismas que deben ser consideradas en forma puntual a efectos de armonizar con el principio de congruencia, en virtud del cual debe resolverse las pretensiones formuladas por las partes en atención a las alegaciones que ellas han hecho en el proceso. iv) Entonces, tiene razón la parte recurrente cuando acusa defectos de motivación en el laudo, pues como ha quedado dicho, del texto del laudo no emerge que se haya resuelto en base a alegaciones de las partes ni que se haya analizado los supuestos de excepción del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que el mismo laudo cita para resolver. [...] **Décimo Tercero.** [...] [Se] ha procedido a identificar los temas que han permitido acreditar que el laudo sub litis tiene motivación aparente (al basarse en hechos no alegados por las partes) o no tiene motivación (al no analizar los supuestos de excepción del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que el mismo laudo cita para resolver). (Exp. N.º 00071-2015-0-1817-SP-CO-01, de 20-10-2015, ff. 2, 12 y 13. Primera Sala Civil Subespecializada en Materia Comercial. Corte Superior de Justicia de Lima. Texto completo: <bit.ly/2NZYD5s>).

Artículo 240: Información que se registra en el SEACE

Los árbitros e instituciones encargadas de administrar los medios de solución de controversias cumplen con registrar en el SEACE, en las condiciones, forma y oportunidad establecidas en la Directiva correspondiente, la siguiente información:

- a) Las resoluciones emitidas por sus respectivos órganos mediante las cuales se resuelven recusaciones planteadas contra los árbitros y miembros de las Juntas de Resolución de Disputas.
- b) Laudos, rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones de laudos, decisiones que ponen fin a los arbitrajes y decisiones emitidas por las Juntas de Resolución de Disputas.
- c) Documentos en los que consten las decisiones o resoluciones que imponen sanciones a árbitros y miembros de las Juntas de Resolución de Disputas por infracción al Código de Ética de la institución arbitral respectiva.

d) Relación trimestral de solicitudes de arbitraje ingresadas y procesos arbitrales en trámite y concluidos, con indicación de la materia, nombre de las partes, representantes legales, asesores o abogados, así como el de los árbitros y del secretario a cargo del caso.

e) Nómina de Árbitros de la institución arbitral actualizada y la información de cada uno de los árbitros que integran dicha nómina.

f) Actas de Instalación o el documento que haga sus veces. ^{(a)(b)}

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 007-2019-OSCE/CD, "Disposiciones aplicables al registro de información en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE" (EP, 29-01-2019) [D-007].

(b) Véase la Directiva N.º 011-2017-OSCE/CD, "Procedimiento para la emisión, actualización y desactivación del certificado SEACE, así como las responsabilidades por su uso" (EP, 31-03-2017) [D-006].

REMISIÓN

§ 2086a. Sobre las disposiciones aplicables al registro de información en el SEACE. Véase la jurisprudencia de la Directiva N.º 007-2019-OSCE/CD [§ 2223].

§ 2086b. Sobre el procedimiento para la emisión, actualización y desactivación del certificado SEACE. Véase la jurisprudencia de la Directiva N.º 011-2017-OSCE/CD [§ 2222].

Artículo 241: Estudios a cargo del OSCE

El OSCE elabora estudios de laudos, actas de conciliación y sentencias que resuelvan recursos de anulación con la finalidad de evaluar y analizar la eficiencia de los medios de solución de controversias en contratación pública y, de ser el caso, proponer lineamientos de transparencia, estrategias y mejores prácticas que contribuyan al desarrollo eficiente del mercado de compras públicas.

CAPÍTULO II REGISTRO NACIONAL DE ÁRBITROS

Artículo 242: Del Registro Nacional de Árbitros

242.1. El Registro Nacional de Árbitros (RNA -OSCE) es el listado de profesionales que pueden desempeñarse como árbitros cuando una Entidad los designe en arbitrajes institucionales o ad hoc, y para efectos de designaciones residuales, conforme lo establecido en el artículo 232. Dicho registro es administrado por el OSCE y su información es publicada en su portal institucional.

242.2. Mediante Directiva se regula la incorporación, permanencia, derechos, obligaciones, suspensión y exclusión de los profesionales al RNA-OSCE, así como su evaluación y ratificación periódica.

242.3. La información declarada en el RNA-OSCE no exime a los profesionales de cumplir con el deber de información en los respectivos procesos arbitrales en los que participen, debiendo, de ser el caso, acreditar ante las partes o ante el ente competente el cumplimiento de las calificaciones y exigencias legales para asumir el cargo. Asimismo, la incorporación en el RNA-OSCE no impide el ejercicio de la facultad de las partes en un arbitraje de cuestionar, en las vías pertinentes, el incumplimiento de tales calificaciones y exigencias cuando así lo adviertan.

242.4. La existencia del RNA-OSCE no exime a las instituciones arbitrales de la obligación de elaborar sus propias nóminas de árbitros para arbitrajes en contratación pública. Para efectos de la configuración de estas nóminas, las instituciones arbitrales se aseguran de que los profesionales cumplan las calificaciones y exigencias establecidas en la legislación vigente.

242.5. La pérdida de la vigencia del registro de un profesional inscrito en el RNA-OSCE que se desempeña como árbitro en un proceso en curso no conlleva el cese de su función como tal. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 017-2016-OSCE/CD, "Registro Nacional de Árbitros y Registro Nacional de Secretarios Arbitrales administrados por el OSCE" (EP, 11-01-2016) [D-034].

CAPÍTULO III JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Artículo 243: La Junta de Resolución de Disputas

243.1. La Junta de Resolución de Disputas promueve que las partes logren prevenir y/o resolver eficientemente las controversias que surjan desde el inicio del plazo de ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma.

243.2. En caso de resolución del contrato, la Junta de Resolución de Disputas es competente para conocer y decidir las controversias que surjan hasta que la Entidad reciba la obra.

243.3. No pueden someterse a Junta de Resolución de Disputas pretensiones de carácter indemnizatorio por conceptos no previstos en la normativa de contratación pública.

243.4. De no haber sido pactado en el contrato original, las partes pueden acordar incorporar a la cláusula de solución de controversias del contrato que las soluciones de estas estén a cargo de una Junta de Resolución de Disputas en aquellos contratos de obra cuyos montos sean iguales o superiores a cinco millones con 00/100 Soles (S/ 5 000 000,00), siendo esta incorporación obligatoria para contratos cuyos montos sean superiores a veinte millones con 00/100 Soles (S/ 20 000 000,00). Las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas son vinculantes para las partes.

243.5. La Junta de Resolución de Disputas puede estar integrada por uno o por tres miembros, según acuerden las partes. A falta de acuerdo entre las partes o en caso de duda, la Junta de Resolución de Disputas se integra por un (1) miembro cuando el monto del respectivo contrato de obra tenga un valor igual o superior a cinco millones con 00/100 Soles (S/ 5 000 000,00) y menor a cuarenta millones con 00/100 Soles (S/ 40 000 000,00); y, por tres (3) miembros, cuando el respectivo contrato de obra tenga un valor igual o superior a cuarenta millones con 00/100 Soles (S/ 40 000 000,00). ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 020-2016-OSCE/CD, "Junta de Resolución de Disputas" (EP, 26-02-2016) [D-033].

Artículo 244: Centros de administración de la Junta de Resolución de Disputas

244.1. Todas las Juntas de Resolución de Disputas que ejerzan funciones en el ámbito de la Ley y el Reglamento son administradas por un Centro que preste servicios de organización y administración de las mismas. Mediante Directiva se establecen los requisitos que cumplen dichos Centros, entre los cuales se encuentra la experiencia en la administración de arbitrajes, la existencia de un plantel de profesionales que le brinda soporte y la infraestructura mínima indispensable.

244.2. Los Centros de Administración de Junta de Resolución de Disputas cumplen, entre otras, con las siguientes funciones: i) tener un registro de miembros de Juntas de Resolución de Disputas, ii) designar a los miembros de la Junta de Resolución de Disputas en reemplazo de las partes en los casos que indique la Directiva correspondiente, iii) resolver las eventuales recusaciones de miembros de la Junta de Resolución de Disputas, iv) supervisar el cumplimiento de principios éticos por parte de los miembros mediante la aplicación de la Ley, el presente Reglamento y la Directiva que emita OSCE, v) informar al OSCE sobre las

sanciones éticas que impongan a los miembros de las Juntas de Resolución de Disputas, y vi) proporcionar apoyo logístico a la Junta de Resolución de Disputas y a las partes.

244.3. La designación del Centro es indubitable y de común acuerdo entre las partes. A falta de acuerdo, las partes no pueden someter sus controversias a la Junta de Resolución de Disputas.

Artículo 245: Designación de miembros

245.1. Cuando la Junta de Resolución de Disputas esté integrada por un (1) solo miembro, este es un ingeniero o arquitecto con conocimiento de la normativa nacional aplicable al contrato, así como en contrataciones del Estado. En caso esté integrada por tres (3) miembros, el Presidente cuenta con las mismas calificaciones que se exigen para el miembro único de la Junta de Resolución de Disputas, los demás miembros son expertos en la ejecución de obras.

245.2. Los miembros de la Junta de Resolución de Disputas cumplen con los requisitos que establezca el OSCE mediante directiva. 245.3. Los impedimentos para actuar como miembro de la Junta de Resolución de Disputas son los mismos que se establecen en el artículo 231, para actuar como árbitro.

Artículo 246: Actividades de la Junta de Resolución de Disputas

246.1. Los miembros de la Junta de Resolución de Disputas cumplen con las siguientes funciones:

- a) Emitir decisiones vinculantes respecto a controversias planteadas por las partes.
- b) Absolver consultas planteadas por las partes respecto de algún aspecto contractual y/o técnico, las cuales previamente son consultadas al supervisor de la obra y al proyectista, según corresponda.
- c) Efectuar visitas periódicas a la obra en ejecución.
- d) Otras que se establezca en el contrato respectivo, así como en la Directiva correspondiente.

246.2. Los procedimientos de la Junta de Resolución de Disputas son regidos por la Ley, el Reglamento, las directivas que emita OSCE, el contrato tripartito celebrado entre los miembros de la Junta y las partes, las disposiciones que emita la Junta de Resolución de Disputas y supletoriamente por las directivas y reglamentos del Centro, en dicho orden de prelación.

246.3. Los miembros de la Junta de Resolución de Disputas desarrollan sus funciones de manera proba y de buena fe. Para tal efecto, cumplen los lineamientos de ética que apruebe OSCE mediante Directiva, sin perjuicio de las disposiciones éticas que establezca cada Centro.

246.4. Los miembros de la Junta de Resolución de Disputas son y permanecen durante el desarrollo de sus actividades independientes e imparciales, así como disponibles para atender sus funciones. Asimismo, cumplen con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad, transparencia, diligencia y la debida conducta procedimental.

Artículo 247: Honorarios y gastos de los miembros de la Junta de Resolución de Disputas y retribución del Centro

247.1. Las partes asumen en partes iguales todos los honorarios y gastos de los miembros de la Junta de Resolución de Disputas, conforme a lo establecido en las respectivas Tablas de los Centros de Administración de Junta de Resolución de Disputas.

247.2. En caso de falta de pago por una de las partes, la otra parte puede subrogarse y efectuar el pago. En caso que se mantenga la falta de pago, la Junta de Resolución de Disputas está facultada a disolverse.

Artículo 248: Decisiones de la Junta de Resolución de Disputas emitidas y notificadas fuera de plazo

Las decisiones emitidas y notificadas a las partes fuera del plazo establecido en la Directiva correspondiente son ineficaces, y las controversias materia de las mismas pueden ser sometidas a arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles de vencido el plazo para su notificación, salvo que ambas partes acuerden concederle a la Junta de Resolución de Disputas un plazo adicional, siempre que: i) exista un acuerdo expreso; ii) dicho acuerdo se adopte antes de vencido el plazo original para notificar la decisión de la Junta y antes de que se recepcione la obra.

Artículo 249: Decisiones de la Junta de Resolución de Disputas pendientes a la fecha de recepción total de la obra

Si al momento de la recepción total de la obra aún quedara pendiente que la Junta de Resolución de Disputas emita y notifique su decisión, el plazo de treinta (30) días hábiles para cuestionarla mediante arbitraje se computa desde el día siguiente de notificada la misma a las partes.

Artículo 250: Las decisiones y su obligatoriedad

250.1. La decisión que emita la Junta de Resolución de Disputas es vinculante y de inmediato y obligatorio cumplimiento para las partes desde su notificación, desde el vencimiento del plazo para su corrección o aclaración, o una vez corregida o aclarada la decisión, de ser pertinente.

250.2. Ninguna autoridad administrativa, arbitral o judicial puede impedir el cumplimiento de las decisiones que emita la Junta de Resolución de Disputas.

250.3. Las partes están obligadas a cumplir la decisión sin demora, aun cuando cualquiera de ellas haya manifestado su desacuerdo con la misma y/o desee someter la controversia a arbitraje. Cuando la decisión de la Junta de Resolución de Disputas implique el surgimiento de obligaciones de pago a cargo de la Entidad, estas se sujetan a los plazos y procedimientos establecidos en el contrato y/o normativa pertinente, según corresponda.

250.4. El cumplimiento de la decisión de la Junta de Resolución de Disputas es una obligación esencial. Su incumplimiento otorga a la parte afectada la potestad de resolver el contrato.

250.5. Cualquiera de las partes que se encuentre en desacuerdo total o parcial con una decisión emitida por la Junta de Resolución de Disputas, dentro de un plazo de siete (7) días de notificada, envía a la otra parte y a la Junta de Resolución de Disputas una comunicación escrita manifestando las razones de su desacuerdo y su reserva a someter la controversia a arbitraje.

250.6. Si ninguna de las partes comunica por escrito a la otra y a la Junta de Resolución de Disputas su desacuerdo total o parcial con la decisión en el plazo indicado en el numeral anterior o si, habiéndolo comunicado, no se inicia el respectivo arbitraje dentro del plazo indicado en el numeral 251.3 del artículo 251, la decisión adquiere el carácter de definitiva e inimpugnable.

Artículo 251: Sometimiento a arbitraje de una decisión de la Junta de Resolución de Disputas

251.1. El agotamiento del procedimiento ante la Junta de Resolución de Disputas, cuando este mecanismo haya sido pactado, es un presupuesto de arbitrabilidad, para los temas sometidos a su competencia. En el arbitraje correspondiente la Junta de Resolución de Disputas no es parte del proceso. Sin embargo, las partes quedan habilitadas para el inicio de un arbitraje, en caso la Junta de Resolución de Disputas no haya podido ser conformada; o si no emite y notifica a las partes su decisión en el plazo previsto en

las reglas de procedimiento respectivas; o si la Junta de Resolución de Disputas se disuelve antes de la emisión de una decisión; o si se ha producido la recepción total de la obra, salvo el supuesto de excepción previsto en el artículo 249. En dichas circunstancias, el medio de resolución de controversias disponible para resolver la controversia es el arbitraje.

251.2. Los plazos de caducidad previstos en la Ley para someter la controversia a arbitraje se computan desde que: i) venció el plazo para que la Junta de Resolución de Disputas emita y notifique a las partes su decisión o ii) se comunique a las partes la disolución de la Junta de Resolución de Disputas o iii) se ha producido la recepción total de la obra, según corresponda.

251.3. Todas las materias comprendidas en las decisiones de la Junta de Resolución de Disputas pueden ser sometidas a arbitraje siempre que la parte que se encuentre en desacuerdo haya manifestado oportunamente su disconformidad, debiendo interponerse el arbitraje respectivo dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la recepción de la obra. En estos casos se plantea un único arbitraje, con independencia del número de decisiones de la Junta de Resolución de Disputas que se sometan a controversia. El sometimiento a arbitraje de las decisiones de la Junta de Resolución de Disputas no suspende el trámite de liquidación del contrato, siendo que en caso de plantearse controversia respecto de la liquidación final, ésta se acumula necesariamente con el proceso arbitral a cargo de resolver las decisiones de la Junta de Resolución de Disputas.

251.4. Bajo responsabilidad, el Titular de la Entidad o el servidor en quien este haya delegado tal función evalúa la conveniencia o no de someter a arbitraje las decisiones de la Junta de Resolución de Disputas considerando criterios de costo-beneficio y ponderando los costos en tiempo y recursos de recurrir a la vía arbitral, así como la expectativa de éxito en dicha vía y los riesgos de no adoptar la decisión. Dicha evaluación está contenida en un informe técnico legal debidamente fundamentado. ⁽¹⁾

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

(1) Rectificado por fe de erratas (12-01-2019).

Artículo 252: Supuestos especiales de cómputo de plazos de caducidad

Cuando las partes pactaron la Junta de Resolución de Disputas, los plazos de caducidad previstos en la Ley para someter la controversia a arbitraje se contabilizan de la siguiente manera:

a) En los casos donde surja la imposibilidad de conformar la Junta de Resolución de Disputas, el Centro comunica a las partes dicha circunstancia, pudiendo hacerlo a pedido de parte o de oficio. En este supuesto, el plazo de caducidad para someter la controversia a arbitraje se computa a partir de notificada dicha comunicación.

b) Si la Junta de Resolución de Disputas se disuelve conforme a las reglas de procedimiento respectivas antes de la emisión de una decisión, el plazo de caducidad para someter la controversia a arbitraje se computa desde que se comunique a las partes la disolución de la Junta de Resolución de Disputas.

CAPÍTULO IV CÓDIGO DE ÉTICA Y CONSEJO DE ÉTICA

Artículo 253: Código de Ética para el arbitraje en contrataciones con el Estado

253.1. El Código de Ética para el arbitraje en Contrataciones del Estado desarrolla los principios rectores que observan todos aquellos que participan en arbitrajes en contrataciones con el Estado. Asimismo, recoge los deberes éticos que observan los árbitros, los supuestos de infracción aplicables a los mismos y, de ser el caso, las sanciones respectivas, de conformidad con lo establecido en el numeral 45.28 del artículo 45 de la Ley.

253.2. El conjunto de disposiciones contenidas en la Ley, el Reglamento y el Código de Ética para el arbitraje en contrataciones del Estado, conforman el régimen ético general aplicable a los arbitrajes en materia de contrataciones del Estado.

253.3. Toda institución arbitral que organice y administre arbitrajes en contrataciones con el Estado cuenta con un Código de Ética, cuyo contenido observa los principios del régimen ético desarrollado en el Reglamento. Este instrumento institucional desarrolla, según su alcance y ámbito de aplicación, los supuestos de infracción ética y sus respectivas sanciones, así como el procedimiento de denuncia y el órgano competente para su resolución.

253.4. Las denuncias o investigaciones iniciadas de oficio declaradas fundadas, tanto por las instituciones arbitrales como por el Consejo de Ética, son registradas en la base de datos del RNA-OSCE, para su correspondiente publicación. Las instituciones arbitrales remiten dicha información al OSCE dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a su emisión, a fin de proceder con su respectivo registro y publicación.

253.5. Los contratistas y entidades revisan la información contenida y publicada en el RNA-OSCE al momento de designar a los árbitros. Es responsabilidad del funcionario público evitar la designación de personas suspendidas o inhabilitadas para el ejercicio de la función arbitral, bajo responsabilidad.

253.6. Las sanciones impuestas por el Consejo de Ética contra profesionales que se desempeñen como árbitros al momento de expedirse la referida sanción, no impiden la atención de los procesos arbitrales en trámite a su cargo. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 011-2017-OSCE/CD, "Procedimiento para la emisión, actualización y desactivación del certificado SEACE, así como las responsabilidades por su uso" (EP, 31-03-2017) [D-006].

Artículo 254: Supuestos de Infracción Ética sancionable por el Consejo de Ética para el arbitraje en contrataciones del Estado

254.1. Respecto al Principio de Independencia:

a) Incurrir en los supuestos de conflicto de intereses que se señalan a continuación:

a.1) Que exista identidad entre el árbitro y una de las partes.

a.2) La representación legal asumida por el árbitro respecto de una de las partes.

a.3) El árbitro es o ha sido gerente, administrador, directivo o funcionario o ejerce un control similar sobre una de las partes en el arbitraje o sobre su filial, dependencia o similar y en general, cualquier otro cargo similar que denote un control y poder de decisión significativo dentro de la estructura de la persona jurídica, del árbitro sobre una de las partes, en los cinco (5) años previos a la aceptación de su designación como árbitro.

a.4) El asesoramiento regular del árbitro o su empresa o despacho a una de las partes, sus abogados, asesores o representantes, percibiendo de esta actividad ingresos significativos.

a.5) El árbitro o su empresa o despacho mantuvo o mantiene una relación personal, comercial, de dependencia o profesional significativa con una de las partes, sus abogados, asesores, representantes o con los otros árbitros que puede afectar su desempeño en el arbitraje, en los cinco (5) años previos a la aceptación de su designación como árbitro.

a.6) El árbitro con el abogado, asesor o representante de una de las partes forman parte del mismo despacho o estudio de abogados, o mantienen, de hecho o de derecho, colaboración empresarial o alianzas estratégicas.

b) Fuera de los supuestos señalados en el literal a) precedente, mantener o haber mantenido cualquier otro tipo de relación directa o indirecta con las partes, los árbitros y con cualquier persona vinculada al arbitraje, que por su relevancia puede afectar su desempeño independiente en el proceso.



c) El incumplimiento o cumplimiento defectuoso o inoportuno del deber de revelación al momento de su aceptación al cargo por circunstancias acaecidas con cinco (5) años de anterioridad a su nombramiento o aquellas ocurridas de modo sobreviniente, respecto de los siguientes supuestos:

c.1) El árbitro o su empresa o despacho, con anterioridad a su designación o en la actualidad, representa, asesora o, mantiene algún tipo de vínculo relevante con alguna de las partes, sus abogados, asesores o representantes, o con los otros árbitros.

c.2) El árbitro fue designado como tal por una de las partes, sus filiales o empresas vinculadas.

c.3) La empresa o despacho del árbitro con anterioridad a su designación o en la actualidad presta servicios profesionales a una de las partes, sin la intervención del árbitro.

c.4) Los árbitros son o han sido abogados del mismo despacho.

c.5) El árbitro es o ha sido socio o asociado con otro árbitro o abogado de una parte, que interviene en el mismo arbitraje.

c.6) Un abogado del despacho del árbitro, ejerce esa función en otro arbitraje donde participa una de las partes.

c.7) Un pariente del árbitro, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, es socio, asociado o empleado del despacho de abogados que representa a una de las partes, sin que intervenga en el arbitraje.

c.8) El árbitro, en su condición pasada de juez, funcionario u otro cargo, conoció y resolvió, sobre una disputa importante, pero no relacionada a la controversia actual, en la que intervino una parte.

c.9) El árbitro tiene o ha tenido un cargo de dirección, gerencia, vigilancia, y en general cualquier otro similar, que denote un control y poder de decisión significativo, en una empresa filial o vinculada a una de las partes.

c.10) El árbitro tiene una relación de carácter personal o social estrecho con una de las partes, sus abogados, asesores o representantes, que se manifiesta en el hecho de que el árbitro y las citadas personas suelen compartir bastante tiempo en actividades que no están relacionadas ni con su trabajo ni con asociaciones profesionales o sociales.

c.11) El árbitro mantuvo o mantiene otros procesos arbitrales donde también ejerce el cargo de árbitro y donde participa alguna de las partes.

d) Fuera de los supuestos indicados en el literal c) precedente, haber incumplido o cumplido defectuosa o inoportunamente con su deber de revelación respecto de cualquier otro tipo de circunstancias que podían haber generado dudas razonables de su independencia, al momento de aceptar el cargo por hechos acaecidos con cinco (5) años de anterioridad a su nombramiento o aquellos ocurridos de modo sobreviniente.

254.2. Respecto al Principio de Imparcialidad:

a) Incurrir en los supuestos de conflicto de intereses que se señalan a continuación:

a.1) El interés económico significativo del árbitro o sus parientes, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, respecto de una de las partes.

a.2) El árbitro o su empresa o despacho emitió informe, opinión, dictamen o recomendación, o asesoró a una de las partes, acerca de la controversia objeto del arbitraje.

a.3) El árbitro o su empresa o despacho patrocina o mantiene controversias relevantes con alguna de las partes, sus abogados, asesores o representantes.

b) Fuera de los supuestos señalados en el literal a) precedente, haber asumido o generado cualquier tipo de situación o actuación que, en base a elementos razonables y probados, permitan evidenciar un tratamiento diferenciado, posición, interés, predisposición, hostilidad y cualquier actitud subjetiva del árbitro hacia las partes, el desarrollo del proceso o la materia de la controversia, que puede afectar su desempeño imparcial en el proceso.

c) El incumplimiento o cumplimiento defectuoso o inoportuno del deber de revelación al momento de su aceptación al cargo por circunstancias acaecidas con cinco (5) años de anterioridad a su nombramiento o aquellas ocurridas de modo sobreviniente, respecto de los siguientes supuestos:

c.1) El árbitro ha manifestado previamente y de forma pública su posición respecto de algún tema relacionado directamente y que forma parte de la materia controvertida en el arbitraje donde va a participar, a través de una publicación, ponencia u otro medio.

c.2) El árbitro o su empresa o despacho ha mantenido controversias relevantes con alguna de las partes, sus abogados, asesores o representantes.

c.3) El árbitro y alguna de las partes, sus abogados, asesores o representantes, u otro árbitro, desempeñaron o desempeñan conjuntamente funciones de árbitros, en asuntos que no guarden relación con la controversia.

d) Fuera de los supuestos indicados en el literal c) precedente, haber incumplido o cumplido defectuosa o inoportunamente con su deber de revelación respecto de cualquier otro tipo de circunstancias que podían haber generado dudas razonables de su imparcialidad, al momento de aceptar el cargo por hechos acaecidos con cinco (5) años de anterioridad a su nombramiento o aquellos ocurridos de modo sobreviniente.

254.3. Infracciones al Principio de Transparencia: Son supuestos de infracción a este principio, el incumplimiento o inobservancia de los siguientes deberes éticos:

a) Registrar el laudo en el SEACE de forma íntegra y fidedigna, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones, en los casos que corresponda.

b) Registrar en el SEACE la información y/o documentación que se establece en el reglamento y la que el OSCE le requiera sobre los arbitrajes en contrataciones del Estado en que se desempeñan como árbitros.

c) Custodiar los expedientes arbitrales y garantizar su integridad conforme las normas aplicables.

254.4. Respecto al Principio de Debida Conducta Procedimental:

Son supuestos de infracción a este principio el incumplimiento o inobservancia de los siguientes deberes éticos:

a) Evitar utilizar, en beneficio propio o de un tercero, la información que, en el ejercicio de sus funciones, haya obtenido de un arbitraje, salvo para fines académicos.

b) Abstenerse de agredir física o verbalmente a las partes, abogados, secretarios arbitrales, representantes y/o asesores y demás personal administrativo involucrados en el proceso arbitral.

c) Abstenerse de sostener reuniones o comunicación, con una sola parte, sus abogados, representantes y/o asesores. Reviste especial gravedad que la reunión o comunicación sea utilizada para informar, de manera anticipada, sobre las deliberaciones o las decisiones que puedan emitirse o hayan sido emitidas en el ejercicio de la función arbitral.

d) Evitar incurrir, sin que exista causa justificada, en una paralización irrazonable del proceso arbitral.

e) No participar en arbitrajes estando en cualquiera de los supuestos de impedimento previstos en el artículo 231.

Lo expuesto no desconoce la potestad de las instituciones arbitrales de sancionar otras conductas no descritas en el presente artículo que a su juicio y conforme a sus instrumentos normativos constituyan conductas no éticas.

Artículo 255: Sanciones

255.1. Las sanciones que establece el Código de Ética son las siguientes:

a) Amonestación.

b) Suspensión temporal de hasta cinco (05) años.

c) Inhabilitación permanente.

255.2. La graduación de estas sanciones considera criterios tales como la naturaleza de la infracción, la intencionalidad del infractor, la reiteración de la conducta, los motivos determinantes del comportamiento, el impacto de la conducta en el proceso arbitral y el daño causado. También se considera la conducta del infractor durante el proceso de determinación de la infracción ética así como el reconocimiento de la infracción cometida antes que la misma sea declarada.

Artículo 256: Consejo de Ética

256.1. El Consejo de Ética es el ente colegiado encargado de determinar la comisión de infracciones al Código de Ética para el arbitraje en contrataciones del Estado; así como de la imposición de las sanciones respectivas.

256.2. El Consejo de Ética está conformado por tres (3) miembros independientes de reconocida solvencia ética y profesional. El cargo de miembro del Consejo de Ética tiene una duración de dos (2) años, renovable por un periodo adicional.

256.3. Se requiere la asistencia de dos (2) miembros del Consejo de Ética para exista quórum. Las decisiones se adoptan por mayoría simple de los votos de los asistentes a la sesión. En caso de empate, el miembro del Consejo que ejerce la Presidencia tiene voto dirimente.

256.4. Los miembros del Consejo de Ética son designados por los Titulares de Pliego de las siguientes instituciones:

- a) Un (1) Titular y un (1) suplente, en representación de la Presidencia del Consejo de Ministros.
- b) Un (1) Titular y un (1) suplente, en representación del Ministerio de Economía y Finanzas.
- c) Un (1) Titular y un (1) suplente, en representación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

256.5. El Consejo de Ética es presidido por el representante del Ministerio de Economía y Finanzas.

256.6. Sus integrantes tienen una experiencia no menor a diez (10) años en el ejercicio profesional y cumplir con las condiciones establecidas en el Código de Ética aprobado por el OSCE.

256.7. El OSCE ejerce las funciones de Secretaría Técnica del Consejo de Ética, siendo el órgano encargado del registro de la información de las denuncias declaradas fundadas en el RNA-OSCE y en el listado de Infractores.

256.8. Las funciones, atribuciones y responsabilidades del Consejo de Ética, así como los supuestos de abstención y sustitución de sus miembros y el procedimiento sancionador, al igual que las funciones y competencia de su Secretaría Técnica, se desarrollan en el Código de Ética para el arbitraje en contrataciones del Estado.

256.9. El Consejo de Ética tiene como facultades y atribuciones:

- a) Disponer investigaciones de oficio ante la presunta comisión de infracciones.
- b) Determinar la comisión de infracciones.
- c) Imponer las sanciones de amonestación, suspensión temporal e inhabilitación permanente.
- d) Proponer al Consejo Directivo del OSCE las modificaciones al Código de Ética.
- e) Las demás que resulten necesarias para la correcta y debida aplicación del Código de Ética.

TÍTULO X SANCIONES

Artículo 257: Potestad sancionadora del Tribunal

257.1. La facultad de imponer las sanciones a que se refiere el artículo 50 de la Ley a proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, según corresponda, así como a las Entidades cuando actúen como tales, por infracción a las disposiciones contenidas en la Ley y el Reglamento, reside exclusivamente en el Tribunal.

257.2. El OSCE aprueba el Reglamento del Tribunal que contiene las disposiciones procedimentales que desarrollan o complementan lo previsto en el Reglamento. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 008-2012-OSCE/CD, "Disposiciones que regulan la emisión de decretos y resoluciones y/o acuerdos del Tribunal de Contrataciones del Estado y su notificación, así como la programación de audiencias y lectura de expedientes" (EP, 10-09-2012) [D-004].

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2087. El Tribunal de Contrataciones del Estado carece de competencia para conocer los recursos de revisión relacionados a procesos de selección convocados por PETROPERÚ, a partir del 31 de diciembre de 2016. [...] [La] Sala Plena del Tribunal de Contrataciones del Estado acordó aprobar por mayoría lo siguiente: **1.** En vista de las modificaciones incorporadas por el Decreto Legislativo N.º 1292 a la Segunda Disposición Complementaria de la Ley N.º 28840, el Tribunal de Contrataciones del Estado carece de competencia para conocer los recursos de revisión relacionados a procesos de selección convocados por PETROPERÚ S.A. a partir del 31 de diciembre de 2016. **2.** En los recursos de revisión que se presenten ante el Tribunal no es de aplicación lo dispuesto en los artículos 99, 100 y 101 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que deberán ser devueltos por la Secretaría a los administrados, sin más trámite que su simple verificación y la emisión del decreto autorizado por la Presidencia del Tribunal, en aplicación de lo previsto en el artículo 139 de la LPAG y conforme a lo establecido en el presente Acuerdo. **3.** Los expedientes administrativos sancionadores que se encuentren en trámite en la Secretaría del Tribunal a la fecha de entrada en vigencia del presente Acuerdo y los que ingresen a partir de la misma, deberán archivarse previa emisión del decreto correspondiente, sin pronunciamiento sobre el fondo, sin perjuicio de su remisión al Ministerio Público en caso se adviertan indicios de presunta comisión de delitos. Los expedientes sancionadores que se encuentren en Sala deberán ser devueltos a Secretaría para que se efectúe el trámite dispuesto en el presente numeral. (Acuerdo N.º 04-2017-TCE, de 06-06-2017. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. [EP, 09-06-2017, p. 34]. Texto completo: <bit.ly/2QgIh9y>).

§ 2088. **Procedimiento interno a seguir por el Tribunal en los Procedimientos de aplicación de sanción.** Por lo expuesto, el Señor Presidente del Tribunal manifestó que resulta conveniente e importante fijar reglas internas de procedimiento bajo las cuales se tramite y resuelva los procedimientos sancionadores. Visto y considerando lo manifestado por el señor Presidente, luego del análisis y debate correspondiente, el Tribunal, por unanimidad, ACORDÓ: **1.** Establecer el siguiente procedimiento interno para la resolución de los expedientes de imposición de sanción que conoce el Tribunal: **a)** Luego de iniciado el correspondiente procedimiento sancionador, y antes de imponer una sanción, el Tribunal notificará al respectivo proveedor, postor, contratista o experto independiente, para que ejerza su derecho de defensa dentro de los diez (10) días siguientes de la notificación, bajo apercibimiento de resolverse con la documentación obrante en autos. **b)** Vencido el indicado plazo, y con el respectivo descargo o sin él, el expediente será remitido a la Sala correspondiente del Tribunal, la cual podrá realizar de oficio todas las actuaciones necesarias para el examen de los hechos, recabando la información y datos necesarios y relevantes para determinar, de ser el caso, la existencia de responsabilidad susceptible de sanción. **c)** La Sala deberá emitir su resolución, determinando la existencia o no de responsabilidad administrativa, dentro de los cuatro (4) meses de remitido el expediente a la Sala correspondiente del Tribunal. **d)** En caso se deba emitir opinión respecto del inicio de un procedimiento administrativo sancionador, la Sala debe hacerlo dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de haber sido remitido el expediente a la Sala correspondiente del Tribunal. **e)** Se podrá ampliar en un mes el plazo indicado en el literal c) y en quince días hábiles adicionales el plazo indicado en el literal d), respectivamente, en los siguientes casos: **1)** Cuando el supuesto infractor solicite el uso de la palabra y se señale, por haberlo solicitado tardíamente el administrado o por cuestiones de carga procesal, fecha de audiencia fuera de los cuatro meses que tiene la Sala para resolver el expediente. **2)** Cuando la Sala correspondiente solicite información y/o documentación adicional a las partes o terceros en el procedimiento, y dicha información y/o documentación no haya sido remitida al Tribunal dentro de los plazos que tiene la Sala para emitir su pronunciamiento. **f)** En cualquier caso, la Sala emitirá resolución, determinando la existencia o inexistencia de responsabilidad administrativa, en un plazo no mayor a los cinco (5) meses de remitido el expediente a Sala; y, tratándose del inicio de un procedimiento administrativo sancionador en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles de haber sido remitido el expediente a la Sala correspondiente. Solamente podrá emitirse el pronunciamiento fuera de estos plazos máximos cuando medie una causa justificada que no permita resolver el expediente, lo cual deberá ser debidamente sustentado y motivado

por el vocal ponente ante la Presidencia del Tribunal. **g)** De no emitirse la resolución u opinión correspondiente dentro de los plazos establecidos en los literales numerales c), d) y f), respectivamente, la Sala correspondiente mantiene la obligación de emitir el respectivo pronunciamiento, sin perjuicio de las responsabilidades que le corresponda, de ser el caso. **h)** En caso el procedimiento deba suspenderse por la tramitación de un proceso judicial o arbitral, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 301 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el plazo indicado en el literal c) del presente Acuerdo quedará suspendido. La suspensión de dicho plazo surtirá efecto a partir del acuerdo de la Sala correspondiente, y en tanto no sea comunicado con la sentencia judicial o laudo arbitral que dé término al proceso. Lo dispuesto en el presente Acuerdo entrará en vigencia a partir del treinta y uno (31) de octubre de 2008, y será de aplicación para los expedientes de imposición de sanción generados a partir de dicha fecha, así como para los expedientes en trámite que aún no hayan sido remitidos a la Sala correspondiente del Tribunal a dicha fecha. (Acuerdo N.º 006-2008-TC, de 06-05-2008. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. Texto completo: <bit.ly/2KpBRj5>).

Nota: Posteriormente, el Acuerdo N.º 011-2008-TC, de 30-10-2008 [bit.ly/2BrvLvW] suspendió la entrada en vigencia del Acuerdo N.º 006-2008-TC hasta el 28 de febrero de 2009.

§ 2089. Supuestos en los que el Tribunal dispone declarar no ha lugar, inicio del procedimiento, o archivo del expediente los procedimientos administrativos sancionadores sometidos a opinión de las salas. Véase la jurisprudencia del artículo 260º del Nuevo Reglamento [§ 2131]. (Acuerdo N.º 017-2013-TCE, de 02-12-2013. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. [EP, 27-05-2014, p. 523943]. Texto completo: <bit.ly/2AdGet4>).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§ 2090. La potestad sancionadora de la Administración no debe ser arbitraria, debe seguir el debido proceso. 1. La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración; como toda potestad, no obstante, en el contexto de un Estado de Derecho (artículo 3º, Constitución Política), está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución y de los principios constitucionales y, en particular, de los derechos fundamentales. Al respecto, debe resaltarse la vinculatoriedad de la Administración al irrestricto respeto del derecho al debido proceso en la prosecución de procedimientos administrativos disciplinarios y, en consecuencia, de los derechos fundamentales procesales y de los principios constitucionales (v.gr. legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) que lo conforman. (Exp. N.º 1529-2004-AA-TC, de 16-12-2004, 2009 [Web: 31-01-2005], f. 1. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MCmUvn>).

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2091. Aplicación del principio de tipicidad. 4. Debe tenerse en cuenta que uno de los principios de la potestad sancionadora es la Tipicidad, consagrado en el numeral 4 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N.º 27444. Este principio prevé que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. **5.** Sin embargo, se puede verificar de la revisión del artículo 294 del Reglamento [cfr. art. 50 Ley Vigente], que no existe como infracción la causal invocada por la Entidad referida a que se constate después de otorgada la conformidad que incumplieron injustificadamente las obligaciones del contrato. **6.** En ese sentido, al margen de lo que determinaban las Bases del proceso, la causal de sanción que aduce no estaba tipificada en la normativa vigente al momento de los hechos. Motivo por el cual, en aplicación del principio de Tipicidad, el hecho que se constate el incumplimiento injustificado de obligaciones después de la conformidad, en el presente caso, no es causal de sanción administrativa. (Resolución N.º 1503-2010-TC-S2, de 05-08-2010, f. 4. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2RJf6bX>).

§ 2092. El principio de tipicidad en los procedimientos sancionadores. 27. Sobre el particular, es importante recordar que uno de los principios que rige la potestad sancionadora de este Tribunal es el de tipicidad, previsto en el numeral 4 del artículo 230 de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante la LPAG, en virtud del cual solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. En atención a dicho principio, las conductas que constituyen infracciones administrativas deben estar expresamente delimitadas, para que, de esa manera, los administrados conozcan en qué supuestos sus acciones pueden dar lugar a una sanción administrativa, por lo que estas definiciones de las conductas antijurídicas en el ordenamiento jurídico administrativo deben ser claras, además de tener la posibilidad de ser ejecutadas. Por tanto, se entiende que dicho principio exige al órgano que detenta la potestad sancionadora, en este caso al Tribunal, que analice y verifique si en el caso concreto se han configurado todos los supuestos de hecho que contiene la descripción de la infracción que se imputa a un determinado administrado, es decir -para efectos de determinar responsabilidad administrativa- la Administración debe crearse la convicción de que, en el caso concreto, el administrado que es sujeto del procedimiento administrativo sancionado ha realizado la conducta expresamente prevista como infracción administrativa. (Resolución N.º 2950-2016-TCE-S3, de 14-12-2016, f. 27. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2qMORqk>).

§ 2093. Aplicación del principio de presunción de licitud. 11. [...] [La] potestad sancionadora del Tribunal se encuentra regida, entre otros por el principio de presunción de licitud a que se contrae el inciso 9 del artículo 230 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, el cual establece que durante la tramitación de un procedimiento administrativo, las autoridades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras que no cuenten con evidencia en contrario. Asimismo, el principio de tipicidad, consagrado en el numeral 4 del mismo artículo, exige que se sancionen administrativamente únicamente las infracciones expresamente previstas en las normas con rango de ley o reglamento mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. **12.** En consecuencia, dado que no se han establecido elementos que produzcan plena certeza sobre la supuesta falsedad y/o inexactitud de la información presentada por el Postor durante el citado proceso de selección, este Colegiado concluye que debe prevalecer la presunción de veracidad que ampara al referido documento, motivo por el cual no corresponde imponerle sanción administrativa, debiendo archivarse el presente expediente. (Resolución N.º 474-2010-TC-S1, de 01-03-2010, ff. 11 y 12. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2TE03SW>).

§ 2094. Aplicación del principio de Razonabilidad. 19. [El] Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 230 de la Ley N.º 27444, el cual establece que la determinación de la sanción no deben ser desproporcionadas y deben guardar atención con la conducta a reprimir, más allá de lo estrictamente necesario para satisfacer los fines de la sanción. Atendiendo a la necesidad de que los proveedores y/o contratistas no deban verse privadas de su derecho de participar en los procesos de selección y, de ser el caso, proveer al Estado, criterios que serán tomados en cuenta al momento de graduar la sanción a imponer al Postor, [...]. **20.** En ese sentido, se tiene en cuenta la intencionalidad del Infractor que conocía situación legal de inmueble, circunstancias de tiempo, lugar y modo en que y el daño causado a la Entidad, al retrasar el cumplimiento de los fines propios del objeto del proceso de selección. Por otro lado, también debe considerarse que el Postor no tiene antecedentes de haber sido sancionado administrativamente por alguna infracción a las normas que regulan las contrataciones públicas. (Resolución N.º 1438-2007-TC-S3, de 21-09-2007, ff. 19 y 20. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2FL7Meo>)

§ 2095. Alcances del principio de Razonabilidad. 10. [...] [De] la verificación de la propuesta económica [...] que fuera remitida por la Entidad como parte de los antecedentes administrativos, este Colegiado no ha podido determinar ninguna omisión en que hubiese incurrido dicho postor en la presentación de su oferta, habiendo constatado por el contrario que ésta última contiene el monto total de la oferta. Es decir, no hay afectación alguna, ni sustancial ni accesorio, de la oferta económica presentada por el impugnante, por lo que en el presente caso una subsanación resulta innecesaria. En este orden de

ideas, resulta de aplicación al presente caso el Principio de Razonabilidad mediante el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. (Resolución N.º 1413-2007-TC-S2, de 19-09-2007, f. 10. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2FAnsQJ>).

§ 2096. Aplicación del principio de presunción de inocencia que rige la potestad sancionadora del TCE. 31. [...] [El] Tribunal Constitucional ha establecido que la presunción de inocencia forma parte del principio del debido proceso y aplica tanto en el procedimiento jurisdiccional como en el administrativo [Marcial Rubio Correa, “La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional”, Fondo Editorial de la PUCP, 2da. Edición, 2008. Lima. Pág. 152]. Como señala Juan Carlos Morón Urbina, «por el principio de presunción de licitud, más conocido como presunción de inocencia, las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario [...] Conforme a esta presunción de inocencia, de corrección o de licitud, las autoridades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario y así sea declarada mediante resolución administrativa firme. Dicha presunción cubre al imputado durante el procedimiento sancionador, y se desvanece o confirma gradualmente, a medida que la actividad probatoria se va desarrollando, para finalmente definirse mediante el acto administrativo final del procedimiento. La presunción sólo cederá si la entidad puede acopiar evidencia suficiente sobre los hechos y su autoría, tener seguridad que se han producido todos los elementos integrantes del tipo previsto, y un razonamiento lógico suficiente que articule todos estos elementos formando convicción» [Juan Carlos Morón Urbina, “Los Principios de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública a través de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en revista Derecho y Sociedad N.º 17, 2001]. 32. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional ha declarado que “El derecho de presunción de inocencia garantiza que toda persona no sea sancionada si es que no existe prueba plena que, con certeza, acredite su responsabilidad, administrativa o judicial, de los cargos atribuidos. Evidentemente se lesiona ese derecho a la presunción de inocencia tanto cuando se sanciona, pese a no existir prueba plena sobre la responsabilidad del investigado, como cuando se sanciona por actos u omisiones en los que el investigado no tuvo responsabilidad. Siendo tal la situación en la que se sancionó al recurrente, este Tribunal estima que se ha acreditado la violación del derecho a la presunción de inocencia” (STC N.º 2868-2004-AA/TC) [Juan Carlos Morón Urbina; op. cit.]. 33. En el mismo plano de análisis, tal como lo señala José Garberí Llobregat y Guadalupe Buitrón Ramírez, «la prueba necesaria para destruir la presunción de inocencia de las personas inculpadas, además de ser cargo o incriminatoria, desde un punto de vista material debe ser también “terminante, clara e indubitable, sin que quepa resquicio alguno de duda, pues de haberla, ésta tiene que favorecer al presunto imputado”. La presunción de inocencia, en suma, puede ser destruida por pruebas incriminatorias “pero sólo por pruebas, esto es, no por impresiones o apariencias no contrastadas en juicio”» [José Garberí Llobregat y Guadalupe Buitrón Ramírez, “El Procedimiento Administrativo Sancionador”. Guada Litografía S.L., 4ta. Edición, 2001. Valencia, Pág. 339]. 34. En ese sentido y, ante la falta de prueba fehaciente y objetiva que confirme la imputación formulada por la Denunciante, se considera que debe prevalecer el principio de licitud que rige la potestad sancionadora atribuida a este Tribunal, conforme al cual en los casos de inexistencia de prueba necesaria para destruir la presunción de inocencia, la Administración Pública se encuentra obligada a la no responsabilidad del administrado. (Resolución N.º 972-2010-TC-S1, de 20-05-2010, ff. 31 al 34. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2ULj7hZ>).

§ 2097. La potestad sancionadora del TCE debe ser ejercida respetando el principio de causalidad. 17. [...] [Es] oportuno indicar que, la infracción que estuvo tipificada en el literal j) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley [cfr. art. 50 Ley Vigente], establece que el Tribunal impondrá Sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y contratistas que presenten documentos falsos o información inexacta, entre otros, ante las Entidades; tipificación que supone la existencia jurídica de la persona (natural o jurídica) a sancionar. Aunado a lo anterior, resulta importante mencionar que potestad administrativa sancionadora de este Tribunal [...] debe ser ejercida respetando, entre otros,

el *principio de causalidad* consagrado en el numeral 8 del artículo 246 del TUO de la LPAG, según el cual la responsabilidad administrativa debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable, criterio que constituye un parámetro que delimita su actuación en el procedimiento administrativo sancionador, pues imposibilita sancionar a persona distinta de aquél que infringió el deber que la normativa pretende proteger. Asimismo, es pertinente traer a colación que, la sanción administrativa, constituye un mal infringido a un administrado en ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, por un hecho o una conducta constitutiva de infracción administrativa, cuyos elementos son: i) el acto gravamen, porque determina un menoscabo o privación total o parcial, temporal o definitiva de derechos o intereses; ii) un acto reaccional frente a una conducta ilícita, su finalidad es una consecuencia de la conducta sancionable, eminentemente con carácter represivo y disuasivo; y, iii) un acto con finalidad represiva, pues no puede sancionarse a quien no realiza la conducta sancionable, en aplicación del principio de causalidad previsto en el numeral 8 del artículo 246 del TUO de la LPAG, que establece que la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta constitutiva de la infracción sancionable. (Resolución N.º 1394-2017-TCE-S4, de 03-07-2017, f. 17. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2PxMIPE>).

§ 2098. El inicio del proceso sancionador solo podrá iniciarse una vez que la Entidad haya emplazado al Contratista a cumplir y no medie controversia en curso sobre el supuesto incumplimiento. 6. [Debe] tenerse en cuenta que la causal de infracción [...] resulta aplicable a aquellos casos en los que se ha verificado que los contratistas, una vez que recibieron la conformidad de la prestación principal y les fue devuelta la garantía de fiel cumplimiento, no han cumplido con las demás obligaciones complementarias o accesorias a las que se comprometieron y que debían prestarse con posterioridad, lo cual ha significado perjuicios para las entidades ya que, pese a que pagaron por estas prestaciones, no pueden satisfacer cabalmente sus requerimientos y necesidades, debido al incumplimiento de algunas obligaciones por parte del contratista, cuya exigencia se torna difícil, pues el contrato habría culminado formalmente al otorgarse la conformidad. 7. Conforme a lo expuesto, debe entenderse que las obligaciones de cargo del contratista cuyo incumplimiento es sancionado [...] son aquellas de carácter accesorio o complementario, cuyo cumplimiento debe producirse después de otorgada la conformidad a la prestación principal, entendida como tal a aquella que definió el objeto de la convocatoria. El inicio del proceso sancionador solo podrá iniciarse una vez que la Entidad haya emplazado al Contratista a cumplir y no medie controversia en curso sobre el supuesto incumplimiento. (Resolución N.º 428-2012-TC-S1, de 26-04-2012, ff. 6 y 7. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2TzWVqx>).

§ 2099. El Tribunal de Contrataciones, al concluir un proceso, no obstante haber declarado que no se ha podido desvirtuar la presunción de veracidad del documento presentado por el adjudicatario, puede ordenar a la Entidad realizar una fiscalización posterior a la oferta de dicho postor, en aras de cautelar el interés público. 34. En torno a lo esbozado, la Sala considera que, al existir posiciones contrapuestas y atendiendo a que tanto el Adjudicatario como el Impugnante remitieron medios probatorios en relación a sus afirmaciones, en el caso de autos, no se cuenta con un documento que de forma clara determine que la Constancia en mención es falsa o inexacta. Por tal motivo, en esta instancia, no ha podido determinarse con certeza la transgresión de *principio de presunción de veracidad* del cual se encuentra premunido el documento presentado por el Adjudicatario. No obstante lo expresado, en aras de cautelar el interés público, corresponde disponer que el Titular de la Entidad efectúe la fiscalización posterior de la oferta de dicho postor, debiéndose remitir a este Tribunal los resultados obtenidos, dentro de un plazo de treinta (30) días hábiles, con la finalidad de que los actuados sean incorporados al expediente administrativo sancionador que se disponga abrir, de ser el caso. (Resolución N.º 1472-2017-TCE-S1, de 11-07-2017, f. 34. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2qSwZdk>).

§ 2100. En un procedimiento administrativo sancionador, si la empresa emite dos afirmaciones distintas, se valorará el conjunto tomando relevancia a la que se hizo inicialmente, la segunda versión será valorada siempre y cuando se haya ofrecido una prueba adicional. 19. [...] [A]l existir dos afirmaciones emitidas por una misma empresa ante un mismo procedimiento de fiscalización posterior de la Entidad y, posteriormente, ante el procedimiento administrativo sancionador, el conjunto

de comunicaciones fueron valoradas tomando relevancia las que se hicieron inicialmente, pues, si posteriormente el mismo emisor optó por cambiar de manera evidente su versión sobre el hecho en cuestión ésta solo debía ser valorada siempre y cuando se haya ofrecido una prueba adicional que demuestre que la nueva manifestación es la que correspondía con la realidad y no, en cambio, las que válidamente hizo al inicio [...]. (Resolución N.º 1054-2017-TCE-S2, de 16-05-2017, f. 19. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2UG7SYU>).

§ 2101. Luego de otorgada la buena pro, es obligación de la Entidad someter a fiscalización posterior la documentación presentada por el contratista. 23. Ahora bien, sin perjuicio de lo indicado, resulta relevante señalar que de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 42 del Reglamento [cfr. art. 64.6 del Nuevo Reglamento], constituye una **obligación** de las Entidades someter a fiscalización posterior la documentación, declaraciones y traducciones que le son presentadas por el ganador de la buena pro, ya sea dentro de su propuesta o para efectos de la suscripción del contrato. Con dicha disposición se persigue focalizar la atención de la Administración, dado el alto impacto económico que tienen las contrataciones estatales, en la documentación y declaraciones presentadas por el postor ganador, excluyéndose así la aleatoriedad prevista por el régimen general. Por lo tanto, la Entidad deberá cumplir con su obligación de someter a fiscalización posterior toda la documentación presentada por el Adjudicatario. (Resolución N.º 2970-2016-TCE-S4, de 19-12-2016, f. 23. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2K7GiyZ>).

§ 2102. La fiscalización posterior de la información y documentos presentados en el proceso de selección, se realiza de forma prioritaria respecto del postor ganador de la buena pro. Sin embargo, nada impide que se fiscalice también la información presentada por los demás participantes del proceso de selección. Véase la jurisprudencia del artículo 64º del Nuevo Reglamento [§ 1444]. (Resolución N.º 1391-2017-TCE-S2, de 03-07-2017, ff. 35 y 36. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2qW7tnQ>).

§ 2103. Por el principio de retroactividad benigna si con posterioridad a la comisión de la infracción, entra en vigencia una nueva norma que resulta más beneficiosa para el administrado, resultará esta aplicable. Ante un concurso de infracciones, se debe aplicar la sanción que resulte mayor. Véase la jurisprudencia del artículo 50º de la Ley [§ 836]. (Resolución N.º 1633-2017-TCE-S4, de 02-08-2017, ff. 19 y 43. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2Q0etho>).

§ 2104. El responsable de la infracción en un procedimiento administrativo sancionador relativo a la contratación pública, siempre será el proveedor, participante, postor o contratista, sin perjuicio de que el autor material del hecho haya sido encargado, trabajador o empleado. Véase la jurisprudencia del artículo 50º de la Ley [§ 840]. (Resolución N.º 1487-2017-TCE-S2, de 13-07-2017, f. 10. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2DrcXOU>).

§ 2105. Las Entidades del Sector público deben privilegiar las técnicas de control posterior. Véase la jurisprudencia del artículo 50º de la Ley [§ 835]. (Resolución N.º 2441-2016-TCE-S3, de 14-10-2016, f. 28. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2TlhCHk>).

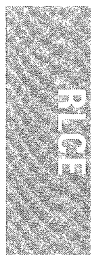
§ 2106. En la infracción de presentar documentos falsos o información inexacta, para determinar la responsabilidad administrativa, no es necesario realizar un juicio de valor sobre la falsificación o adulteración del mismo. Véase la jurisprudencia del artículo 50º de la Ley [§ 900]. (Resolución N.º 1633-2017-TCE-S4, de 02-08-2017, f. 30. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2Q0etho>).

§ 2107. Se aplican las disposiciones sancionadoras vigentes al momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables por haber eliminado el tipo infractor o por contemplar una sanción menos severa. Véase la jurisprudencia del artículo 50º de la Ley [§ 903]. (Resolución N.º 1633-2017-TCE-S4, de 02-08-2017, f. 19. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2Q0etho>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 2109. **Los principios que rigen la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado son aquellas que se encuentran comprendidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Alcances del principio de culpabilidad.** 2.5.2. Mediante anteriores Opiniones, se ha establecido que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto los principios que rigen la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado, dado que, de acuerdo con el artículo 230 de la Ley N.º 27444, “Ley del Procedimiento Administrativo General”, la potestad sancionadora de todas las entidades públicas está regida por los principios especiales de Legalidad, Razonabilidad, Tipicidad, Causalidad, Presunción de Licitud, entre otros. [...] Ahora bien, respecto del Principio de Culpabilidad, debe indicarse que Morón Urbina señala que: “(...) este principio (de causalidad) conecta con otro bastante debatido en el Derecho Administrativo sancionador: el de culpabilidad del infractor.” El cual “A falta de norma, en nuestro derecho ha sido introducido jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional como una exigencia para ejercer legítimamente la potestad sancionadora.”, al examinar “si es que en un Estado constitucional de derecho es válido que una persona sea sancionada por un acto ilícito cuya realización se imputa a un tercero.” (El resaltado es agregado). Por su parte, Rubio Correa señala que “Este principio (de culpabilidad) forma parte de un principio más amplio, llamado de legalidad en materia sancionadora (...). El principio de culpabilidad es un límite a la potestad punitiva del Estado y una garantía de las personas.” Asimismo, señala que “Una interpretación que considere que la acción bajo comentario tiene la condición de elemento objetivo resulta atentatoria del principio de culpabilidad, que, como exigencia de la cláusula del Estado de Derecho, se deriva como un principio constitucional implícito que limita la potestad punitiva del Estado.” Finalmente, precisa que “Es muy importante recordar que una de las finalidades de las constituciones a lo largo de la historia ha sido limitar el poder del Estado.”; en ese sentido, “El Tribunal insiste mucho en considerar al principio de culpabilidad no solo como un derecho de las personas sino, fundamentalmente, como un límite a la potestad punitiva del Estado.” (El resaltado es agregado). De lo expuesto se advierte que, en virtud del Principio Culpabilidad que rige la potestad sancionadora del Estado, es necesario que, en principio, se compruebe la responsabilidad subjetiva del agente infractor a efectos de imponerle una sanción administrativa; no obstante, en materia de Contratación Pública, el propio Tribunal de Contrataciones del Estado, ha señalado que en determinados casos el Principio de Culpabilidad no siempre puede exigirse en el ámbito administrativo, en el cual sí podrán existir sanciones por responsabilidad objetiva cuando las reglas existentes y los procedimientos de aplicación del derecho así lo permitan. (Opinión N.º 131-2016/DTN, de 16-08-2016, f. 2.5.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2A4TgcU>).

§ 2110. **Los principios que rigen la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado son aquellas que se encuentran comprendidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Alcances del principio de causalidad.** 2.5.1. Mediante anteriores Opiniones, se ha establecido que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto los principios que rigen la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado, dado que, de acuerdo con el artículo 230 de la Ley N.º 27444, “Ley del Procedimiento Administrativo General”, la potestad sancionadora de todas las entidades públicas está regida por los principios especiales de Legalidad, Razonabilidad, Tipicidad, Causalidad, Presunción de Licitud, entre otros. Así, de acuerdo con el numeral 8) del mencionado artículo, el Principio de Causalidad implica que: “La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.” (El subrayado es agregado). Al respecto, Morón Urbina señala que: “Por el principio de causalidad, la sanción debe recaer en el administrado que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable. La norma exige el principio de personalidad de las sanciones, entendido como, que la asunción de la responsabilidad debe corresponder a quien incurrió en la conducta prohibida por ley, y, por tanto no podrá ser sancionado por hechos cometidos por otros (...). Por ello, en principio, la Administración no puede hacer responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios.” Precisando que “No puede sancionarse a quien no realiza la conducta sancionable (...). Del mismo modo, la Administración no puede imputar a su arbitrio responsabilidades solidarias o



subsidiarias, sino cuando la ley expresamente la ha previsto." (El subrayado es agregado). Por su parte, el Tribunal de Contrataciones del Estado ha señalado que: "(...) la sanción administrativa, constituye un mal infligido a un administrado en ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, por un hecho o una conducta constitutiva de infracción administrativa (...)"; precisando que "(...) un acto con finalidad represiva, no puede sancionarse a quien no realiza la conducta sancionable, en aplicación del Principio de Causalidad previsto en el inciso 8 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N.º 27444, que establece que la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta constitutiva de la infracción sancionable." (El subrayado es agregado). De lo expuesto, se advierte que, en virtud del Principio de Causalidad que rige la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado, la responsabilidad por la comisión de una infracción debe imputarse a la persona que cometió la conducta prohibida por la Ley y, por tanto, no puede hacerse responsable a una persona por un hecho ajeno. [...] (Opinión N.º 131-2016/DTN, de 16-08-2016, f. 2.5.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2A4TgcU>).

§ 2111. **Toda sanción administrativa debe fundarse en una mínima actividad probatoria de cargo de la parte acusatoria. 2.1.4.** [...] Por lo tanto, si una persona jurídica que por medio de la fusión es continuación, derivación, sucesión o testafiero de otra persona jurídica que se encuentra impedida y este hecho sea comprobable, dicha persona jurídica se encontrará impedida para ser participante, postor y/o contratista. Ahora bien, es importante señalar que el Tribunal Constitucional precisa que: "(...) Toda sanción, ya sea penal o administrativa, debe fundarse en una mínima actividad probatoria de cargo, es decir, la carga de la prueba corresponde al que acusa; este debe probar el hecho por el que acusa a una determinada persona (...)" (El resaltado es agregado). Finalmente, debe indicarse que aquel que denuncia a un proveedor por haber contratado con el Estado estando impedido conforme el literal c) del artículo 248 del Reglamento deberá presentar información que sustente que la persona jurídica ha empleado algún mecanismo para eludir la condición de impedido a través de otra persona jurídica. (Opinión N.º 119-2016/DTN, de 25-07-2016, f. 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FTNbUv>).

§ 2112. **No es posible aplicar el principio de retroactividad benigna sobre sanciones que ya se encuentran consentidas y en etapa de ejecución.** CONSULTA: 2.3. "¿Es factible la aplicación de retroactividad benigna en materia administrativa, concretamente en sanciones impuestas por el Tribunal de Contrataciones del Estado?". De acuerdo con la respuesta a las consultas anteriores, la aplicación del principio de retroactividad benigna es aplicable en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, siempre y cuando se cumpla con alguno de los supuestos antes descritos, debiendo precisarse que la aplicación de dicho principio de forma posterior a una sanción que ya se encuentra consentida y en ejecución, no es procedente a través de la vía administrativa. (Opinión N.º 163-2016/DTN, de 12-10-2016, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SAQmU1>).

§ 2113. **La retroactividad benigna se aplica cuando la nueva norma deroga el ilícito administrativo o contempla una sanción más benigna que la prevista.** CONSULTA: 2.1. "¿Una sanción de inhabilitación temporal impuesta a una persona jurídica por la comisión de una infracción tipificada en el Art. 51º de la anterior Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N.º 1017 y modificada por la Ley N.º 29873, puede ser dejada sin efecto o sustituida posteriormente en aplicación del principio de retroactividad benigna consagrada en el inciso 5) de la Ley N.º 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General, si la norma infractora y sancionatoria posterior regulada en el Art. 50º de la Ley N.º 30225 y su Reglamento - Decreto Supremo N.º 350-2015-EF ha dejado sin efecto la infracción o ha establecido una sanción distinta y de menor gravedad que la inhabilitación temporal?" [...] 2.1.3. [...] Sin embargo, en orden a los temas que son materia de discusión en un procedimiento sancionador, la retroactividad benigna sólo puede aplicarse cuando la "norma sancionadora" que se quiere aplicar al caso en concreto resulte más favorable al administrado, ya sea porque: (i) la nueva norma deroga el ilícito administrativo, o bien porque (ii) contempla una sanción más benigna que la prevista al momento de la comisión de la infracción. (Opinión N.º 163-2016/DTN, de 12-10-2016, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SAQmU1>).

§ 2114. El Tribunal de Contrataciones es el órgano competente para recibir, tramitar y resolver las solicitudes de aplicación del principio de retroactividad benigna. CONSULTA: 2.2. “Quisiéramos que nos indiquen si el Tribunal de Contrataciones del Estado es el órgano encargado de recibir, tramitar y resolver las solicitudes de aplicación del principio de retroactividad benigna a sanciones cuya vía administrativa ya se ha agotado y que se encuentran en actualmente ejecución. En caso el Tribunal de Contrataciones del Estado no sea el órgano indicado para esto, por favor sírvanse indicarnos cuál sería el indicado” [...] En consecuencia, el Tribunal de Contrataciones del Estado es el órgano competente para conocer, evaluar y resolver las solicitudes de aplicación del principio de ‘Irretroactividad’ a las sanciones administrativas impuestas en el marco de sus competencias, incluyendo aquellas sanciones que se encuentran en etapa de ejecución; ello en virtud a la potestad sancionadora que le ha sido conferida -de manera exclusiva- a través de la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 119-2017/DTN, de 23-05-2017, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KYJ1uW>).

§ 2115. El Tribunal de Contrataciones debe determinar los efectos que el plazo transcurrido desde que la sanción original entró en vigencia tendrá sobre el cómputo del plazo de la nueva sanción reducida en virtud del principio de retroactividad benigna. CONSULTA: 2.3. “Quisiéramos que nos confirmen que el plazo de sanción transcurrido desde que la sanción original entró en vigencia hasta la fecha en que sea reducida en aplicación del Principio de Retroactividad Benigna, se computa como plazo transcurrido del nuevo plazo de sanción. Como consecuencia de lo anterior, por favor sírvanse confirmar que en caso el nuevo plazo de sanción sea igual o menor al tiempo que ya ha transcurrido desde la entrada en vigencia de la sanción original, el órgano competente debe declarar que la sanción ya fue cumplida.” [...] [El] Tribunal de Contrataciones del Estado al conocer, evaluar y resolver las solicitudes de aplicación del principio de ‘Irretroactividad’, es competente para determinar si, en virtud del plazo transcurrido, debe tenerse por cumplida la sanción impuesta por dicho órgano, según el caso concreto. (Opinión N.º 119-2017/DTN, de 23-05-2017, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KYJ1uW>).

§ 2116. El principio de retroactividad benigna sólo es posible de aplicar a las sanciones ya generadas, pero aún no ejecutadas. Una vez producido un pronunciamiento firme de la entidad competente, este no tendrá facultad para retrotraer las normas posteriores. 2.1.4. Ahora bien, con relación a la posibilidad de aplicar el principio de retroactividad benigna a sanciones que ya se encuentran consentidas y en ejecución, es importante mencionar que la doctrina es unánime en señalar que la aplicación retroactiva de la norma administrativa sancionadora es posible solamente cuando se trata de sanciones ya generadas, pero todavía no ejecutadas. A la inversa, si una pena ya ha sido ejecutada durante el período de vigencia de la norma administrativa sancionatoria inicial y posteriormente otra norma establece una pena menor, ésta no es posible de ser aplicada para el caso ya agotado. [...] Así, una vez producido un pronunciamiento firme por parte de la entidad competente, ésta no tendrá la facultad para retrotraer las normas posteriores, pues se trata de un acto administrativo firme en sede administrativa cuya ejecución deberá proseguir. En tal sentido, es innegable que las entidades competentes para la imposición de sanciones tienen la obligación de aplicar la norma sancionadora más favorable al administrado en el caso que ocurra una modificación normativa antes de un pronunciamiento firme de parte del órgano u organismo competente para la imposición de la sanción. (Opinión N.º 163-2016/DTN, de 12-10-2016, f. 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SAQmU1>).

§ 2117. Aplicación supletoria de normas de derecho público a los procesos de contratación del Estado. El procedimiento a través del cual se solicita la aplicación del principio de retroactividad benigna se realiza en conformidad a las disposiciones contempladas en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Véase la jurisprudencia de la primera disposición complementaria final del Reglamento [§ 2186]. (Opinión N.º 119-2017/DTN, de 23-05-2017, ff. 2.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KYJ1uW>).



REMISIÓN

§ 2117a. **Sobre las infracciones.** Véase también la jurisprudencia del artículo 50° de la Ley [§ 791 ss.].

Artículo 258: Sanciones a consorcios

258.1. Las infracciones cometidas por un consorcio durante el procedimiento de selección y la ejecución del contrato, se imputan a todos los integrantes del mismo, aplicándose a cada uno de ellos la sanción que le corresponda, salvo que, por la naturaleza de la infracción, la promesa formal, contrato de consorcio, o el contrato suscrito por la Entidad, pueda individualizarse la responsabilidad. La carga de la prueba de la individualización corresponde al presunto infractor.

258.2. A efectos de la individualización de la responsabilidad y conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Ley, se consideran los siguientes criterios:

a) **Naturaleza de la Infracción.**

Este criterio solo puede invocarse ante el incumplimiento de una obligación de carácter personal por cada uno de los integrantes del consorcio, en el caso de las infracciones previstas en los literales c), i) y k) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley.

b) **Promesa formal de consorcio.**

Este criterio es de aplicación siempre que dicho documento sea veraz y su literalidad permita identificar indubitablemente al responsable de la comisión de la infracción.

c) **Contrato de consorcio.**

Este criterio es de aplicación siempre que dicho documento sea veraz, no modifique las obligaciones estipuladas en la promesa formal de consorcio y su literalidad permita identificar indubitablemente al responsable de la comisión de la infracción.

d) **Contrato suscrito con la Entidad.**

Este criterio es de aplicación cuando la literalidad del contrato suscrito con la Entidad permite identificar indubitablemente al responsable de la comisión de la infracción. ^{(a) (b)}

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD, "Participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado" (EP, 29-01-2019) **[D-018]**.

(b) Véase la Directiva N.º 001-2018-OSCE/CD, "Requisito de solvencia económica en adjudicaciones simplificadas cuyo uso se autoriza mediante normas de excepción" (EP, 16-03-2018) **[D-016]**.

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2118. **Individualización de responsabilidad en base a la promesa formal de consorcio por la presentación de documentación falsa o adulterada contenida en la oferta.** [...] [El] Tribunal de Contrataciones del Estado, ACORDÓ aprobar por mayoría, el siguiente criterio de interpretación: **1.** Es posible realizar la individualización de responsabilidad administrativa por la infracción relativa a la presentación de documentación falsa o adulterada contenida en la oferta, en base a la promesa formal de consorcio presentada como parte de la oferta, de acuerdo a lo previsto en el artículo 220 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 258 del Nuevo Reglamento], aprobado por Decreto Supremo N.º 350-2015-EF y modificado por Decreto Supremo N.º 056-2017-EF. **2.** No corresponde efectuar la individualización de responsabilidad en base a una promesa formal de consorcio no auténtica ni veraz. **3.** No corresponde individualizar la responsabilidad por la presentación de documentación falsa o adulterada contenida en la oferta en una persona natural o jurídica que no sea uno de los integrantes del consorcio, o en un consorciado que en la promesa formal de consorcio sólo asume obligaciones administrativas, y no la venta, suministro, prestación del servicio o ejecución de la

obra, según corresponda al objeto contractual. 4. En los casos en que se invoque la individualización de la responsabilidad en base a la promesa formal de consorcio, este documento deberá hacer mención expresa a que la obligación vinculada con la configuración del supuesto infractor, corresponde exclusivamente a uno o algunos de los integrantes del respectivo consorcio. Si la promesa no es expresa al respecto, asignando literalmente a algún consorciado la responsabilidad de aportar el documento detectado como falso o asignando a algún consorciado una obligación específica en atención a la cual pueda identificarse indubitablemente que es el aportante del documento falso, no resultará viable que el Tribunal de Contrataciones del Estado, por vía de interpretación o inferencia, asigne responsabilidad exclusiva por la infracción respectiva a uno de los integrantes. 5. Para que la individualización de responsabilidad sea factible, la asignación de obligaciones en la promesa formal de consorcio debe generar suficiente certeza, debiéndose hacer referencia a obligaciones específicas, sin que se adviertan contradicciones en su propio contenido ni inconsistencias con otros medios probatorios y elementos fácticos que puedan resultar relevantes, de valoración conjunta, para la evaluación del caso concreto. 6. La sola referencia en la promesa formal de consorcio a que algún consorciado asume la obligación de “elaborar” o “preparar” la oferta, “acopiar” los documentos u otras actividades equivalentes, no implica que sea responsable de aportar todos los documentos obrantes en la misma (inferencia que contradice la propia definición de consorcio) ni de verificar la veracidad de cada uno de los mismos, siendo necesaria, para que proceda una individualización de responsabilidades, una asignación explícita en relación al aporte del documento o a la ejecución de alguna obligación específica de la cual se pueda identificar su aporte. 7. El presente Acuerdo de Sala Plena será aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores que se encuentren en trámite a la fecha de su publicación en el Diario Oficial El Peruano. (Acuerdo N.º 05-2017-TCE, de 25-08-2017. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. [EP, 29-09-2017, p. 88]. Texto completo: <bit.ly/2FzcigX>).

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2119. Si el Consorcio se encuentra integrado por empresas con sanción de inhabilitación vigente, no podrá contratar con el Estado ni participar en los procesos de selección. 8. Teniendo en cuenta lo anterior, habiéndose verificado que las empresas M y E, Integrantes del Consorcio Impugnante, cuentan con sanción administrativa vigente de inhabilitación temporal en sus derechos para participar en procesos de selección y contratar con el Estado vigente, se advierte que dichas empresas se encuentran inmersas en el supuesto de impedimento establecido en el literal j) del artículo 10 de la Ley [cfr. art. literal l) del artículo 11º de la Ley vigente]. 9. Por tanto, considerando que las empresas que conforman el Consorcio Impugnante se encuentran inmersas en un supuesto de impedimento, se acredita que el impugnante no ha cumplido con los requisitos requeridos para que su recurso sea declarado procedente, de conformidad con el artículo 111 del Reglamento [cfr. art. 123 del Nuevo Reglamento], por lo que corresponde declararlo improcedente y no emitir pronunciamiento sobre los asuntos de fondo propuestos. (Resolución N.º 2939-2016-TCE-S3, de 13-12-2016, ff. 8 y 9. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2DHTDgZ>).

§ 2120. Las empresas integrantes del Consorcio se hacen responsables de la veracidad de los documentos e información que presentaban para efectos del proceso de selección. 23. [Conforme] a la documentación aportada diligentemente por la Entidad, este Colegiado es de la opinión que debe desvirtuarse lo alegado [...] ya que no se ha podido verificar alguna circunstancia de la que se evidencie fehacientemente que sólo haya sido aquella la que participó en la presentación de los seis carnets falsos; pues [todas las empresas integrantes] bien podrían estar vinculadas en la comisión de dicho hecho. 24. [Cuando] [No] siendo factible la individualización del infractor, este Tribunal considera que corresponde imponer sanción administrativa a cada una de las empresas integrantes del Consorcio, las cuales se hicieron responsables de la veracidad de los documentos e información que presentaban para efectos del proceso de selección, conforme se aprecia de las declaraciones juradas suscritas por ellas [...]. (Resolución N.º 108-2011-TC-S4, de 26-02-2011, ff. 23 y 24. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2RhbkLG>).



§ 2121. **Las infracciones cometidas por un consorcio durante el procedimiento de selección y ejecución del contrato se imputan a todos los integrantes del mismo, salvo que, previa acreditación, logre individualizarse la responsabilidad.** 22. [...] [Con] la normativa actualmente vigente, esto es, el artículo 220 del Reglamento, modificado mediante el **Decreto Supremo N.º 056-2017-EF**, se ha dispuesto que las infracciones cometidas por un consorcio durante el procedimiento de selección y la ejecución del contrato, se imputan a todos los integrantes del mismo, aplicándose a cada uno de ellos la sanción que le corresponda, salvo que, por la naturaleza de la infracción, la promesa formal o contrato de consorcio, o cualquier otro medio de prueba documental, de fecha y origen cierto, pueda individualizarse la responsabilidad. Añade que la carga de la prueba de la individualización corresponde al presunto infractor. (Resolución N.º 1135-2017-TCE-S1, de 24-05-2017, f. 22. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2zXb0pN>).

§ 2122. **Sanción al consorcio por incumplimiento injustificado de las obligaciones.** 10. Es preciso recordar lo dispuesto en el artículo 1329 del Código Civil, el cual establece la presunción legal respecto a que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso es producto de la falta de diligencia ordinaria del deudor. Asimismo, debe tenerse en cuenta lo regulado en el artículo 296º del Reglamento [cfr. art. 258 del Nuevo Reglamento], que señala que las infracciones cometidas por un consorcio durante la ejecución del contrato, se imputarán a todos los integrantes del mismo, aplicándose a cada uno de ellos la sanción que les corresponda. (Resolución N.º 1170-2007-TC-S3, de 21-08-2007, f. 10. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2COVQEF>).

§ 2123. **Las empresas integrantes del Consorcio se hacen responsables de la veracidad de los documentos e información que presentaban para efectos del proceso de selección, incluso este haya sido proporcionado por un tercero.** 23. [...] [Cabe] indicar que todo proveedor es responsable de la veracidad de los documentos que presenta ante la Entidad, ya sea que hayan sido tramitados por sí mismo o por un tercero y, en ambos casos, porque se trata de documentos presentados ante Entidades en el marco de procesos de contratación que cumplen una finalidad pública. [...] [C]onforme se ha señalado en reiteradas resoluciones emitidas por este Tribunal, todo postor es responsable de la veracidad de los documentos presentados ante la Entidad, hayan sido proporcionados por él mismo o por un tercero. Ello es así, puesto que en el caso de un posible beneficio derivado de la presentación de un documento falso o inexacto dentro del proceso de selección, que no ha sido detectado en su momento, éste será aprovechable directamente por el postor, consecuentemente, resulta razonable que sea él también quien soporte los efectos de un potencial perjuicio, en caso que dicho documento falso o inexacto se detecte. Por ello [...] no resulta amparable admitir el argumento de los integrantes del Consorcio respecto a que no son responsables administrativamente toda vez que sería un tercero el que proporcionó el documento falso a su representante común. 24. En consecuencia, no advirtiéndose la concurrencia de alguna circunstancia o hecho que permita individualizar la responsabilidad por la comisión de las infracciones, a juicio de este Colegiado corresponde imponer sanción administrativa a todos los integrantes del Consorcio. (Resolución N.º 046-2017-TCE-S4, de 06-01-2017, ff. 23 y 24. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2CDdxYR>).

§ 2124. **El supuesto de subsanación de documentos para la firma del contrato, únicamente se puede efectuar sobre documentación efectivamente presentada y no sobre documentos que fueron omitidos. Se retira la buena pro del Consorcio por falta de diligencia de este para presentar la documentación requerida para perfeccionar el contrato.** Véase la jurisprudencia del artículo 141º del Nuevo Reglamento [§ 1652]. (Resolución N.º 3009-2016-TCE-S4, de 23-12-2016, ff. 17, 18 y 19. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2BpCA0Y>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 2125. **Efectos de la declaración de nulidad de un contrato celebrado con un consorcio, en este caso, cuando uno de los integrantes del mismo presentó documentación falsa en su propuesta técnica (art. 44.2.b).** Véase la jurisprudencia del artículo 44.2.b de la Ley [§ 728]. (Opinión

N.º 030-2015/DTN, de 13-02-2015, ff. 3.1 al 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2S0FAWt>).

REMISIÓN

§ 2125a. **Sobre la participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado.** Véase también la jurisprudencia de la Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD [§ 2239 ss.].

Artículo 259: Obligación de informar sobre supuestas infracciones

259.1. El Tribunal toma conocimiento de hechos que pueden dar lugar a la imposición de sanción, por denuncia de la Entidad o de terceros, por petición motivada de otros órganos del OSCE o de otras Entidades públicas o de oficio.

259.2. Toda denuncia o petición contiene, como mínimo, lo siguiente:

- a) Identificación del proceso de contratación.
- b) Identificación del presunto infractor.
- c) Infracción imputada al presunto infractor, según lo previsto en el numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley.
- d) Documentos que sustenten la denuncia.

259.3. Cuando la infracción pueda ser detectada por la Entidad, está obligada a comunicarlo al Tribunal, bajo responsabilidad, remitiendo un informe técnico que, además de lo señalado en el numeral precedente, contenga una opinión sobre la existencia de la infracción y del daño causado a la Entidad; de corresponder, también remite una copia de la oferta.

259.4. El incumplimiento de la obligación de la Entidad de comunicar la comisión de presuntas infracciones, es puesto en conocimiento de su Órgano de Control Institucional o de la Contraloría General de la República, según sea el caso, para el deslinde de responsabilidades.

259.5. En todos los casos, la decisión de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo sancionador corresponde al Tribunal.

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2126. **Suspensión del procedimiento administrativo sancionador, disponiéndose el archiva-**
miento provisional del expediente, bajo responsabilidad de la entidad, comunicándose simultáneamente dicho incumplimiento a la Contraloría General de la República, efectuándose la denuncia penal correspondiente. [...] [Los] Vocales manifestaron sus opiniones y el correspondiente debate; acordándose; [...] por mayoría, lo siguiente: **a)** En los casos que los Denunciantes (sean Terceros o Entidades), y luego de efectuados los requerimientos respectivos, no cumplan con remitir la información o documentación sustentatoria de los hechos que ponen en conocimiento del Tribunal y que puedan dar lugar a una aplicación de sanción, de modo tal que impidan la debida tipificación administrativa de los hechos denunciados y dificulten la determinación de circunstancias que ameriten la iniciación del procedimiento correspondiente, el Tribunal deberá declarar el “no ha lugar a la iniciación de procedimiento administrativo sancionador, disponiendo el archivamiento del expediente”. **b)** En los casos que el Denunciante fuera la Entidad, se incluirá que la declaración de No ha lugar se realiza, bajo responsabilidad de la Entidad, comunicándose dicho incumplimiento a la Contraloría General de la República. **c)** En los casos que el Denunciante sea un Tercero Administrado, y luego de efectuados los requerimientos respectivos, y que la Entidad no cumpla con remitir la información o documentación sustentatoria de los hechos que ponen en conocimiento del Tribunal y que puedan dar lugar a una aplicación de sanción, de modo tal que impidan la debida tipificación administrativa de los hechos denunciados y dificulten la determinación de circunstancias que ameriten la iniciación del procedimiento correspondiente, el Tribunal podrá declarar la “suspensión del procedimiento administrativo sanciona-

dor, disponiendo el archivamiento provisional del expediente por el plazo de ley, bajo responsabilidad de la Entidad”. Simultáneamente, se comunicará dicho incumplimiento a la Contraloría General de la República. **d)** Déjense sin efectos los Acuerdos de Sesión de Sala Plena N.º 002/001 y 018/010. (Acuerdo N.º 006-2009-TCE, de 25-06-2009. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. Texto completo: <bit.ly/2QgAZTw>).

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2127. **Las Entidades pueden hacer uso de cualquier mecanismo para efectos de determinar, con carácter preliminar, si existen indicios de comisión de infracción administrativa y que ameriten poner en conocimiento del Tribunal.** 13. [...] [Las] Entidades pueden realizar actuaciones de investigación, averiguación e inspección de la documentación e información que presentan los administrados, por ejemplo, en un determinado procedimiento de selección, ello en virtud de los principios de privilegio de controles posteriores y verdad material. Bajo esa premisa, las Entidades pueden hacer uso de cualquier mecanismo para efectos de determinar, con carácter preliminar, si concurren circunstancias que constituyan indicios de comisión de infracción administrativa y que, por ende, ameriten poner en conocimiento del Tribunal, en virtud de lo establecido en el artículo 221 del Reglamento. 14. [...] [Las] modalidades de notificación comprendidas en el artículo 20 de la LPAG se encuentran referidas como una garantía para el administrado, es decir, para quien se verá afectado por la decisión de la Administración Pública, mas no a la fiscalización posterior que pudiese efectuar la Entidad a cualquier tercero (ajeno al procedimiento administrativo) a fin de determinar la supuesta falsedad y/o inexactitud de la documentación que le fuera presentada ni a las actuaciones que realiza este Tribunal a efectos de recabar declaraciones de terceros. (Resolución N.º 1507-2017-TCE-S1, de 14-07-2017, ff. 13 y 14. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2Gc7MFi>).

§ 2128. **Si no se corrobora la transgresión del principio de presunción de veracidad debe prevalecer el principio de licitud.** 27. [...] [Al] contarse con la declaración del emisor del documento cuestionado, quien ha confirmado haberlo expedido, así como el contenido de la carta [...], al contarse con la declaración de la Notaría [...], quien ha confirmado haber legalizado la firma [...] y considerando las contradicciones que se advierten de acuerdo a lo informado y remitido por la empresa [...] con respecto a la factura cuya emisión ha sido negada [...], y al hecho de que no ha sido posible efectuar una pericia grafotécnica dado que [el] Postor ha indicado que no asumiría los costos que esta genere, este Colegiado considera que no existen elementos de juicio que permitan determinar que el documento presentado por el Postor ante el Tribunal en el marco del Expediente N.º 2401-2016-TCE sea un documento falso o adulterado ni con información inexacta. [...] 31. En consecuencia, al no haberse corroborado en el presente caso la transgresión del principio de presunción de veracidad que rige las contrataciones públicas, este Colegiado estima que debe prevalecer el principio de presunción de licitud que rige la potestad sancionadora atribuida a este Tribunal, consagrado en el inciso 9 del artículo 246 de la LPAG, correspondiendo declarar no ha lugar a la imposición de sanción. (Resolución N.º 0672-2017-TCE-S1, de 12-04-2017, ff. 27 y 31. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2BdEmAW>).

§ 2129. **En un procedimiento administrativo sancionador la Entidad no forma parte del proceso, por tanto, carece de legitimidad para interponer el recurso de reconsideración.** Véase la jurisprudencia del artículo 269º del Nuevo Reglamento [§ 2178]. (Resolución N.º 1047-2016-TCE-S2, de 23-05-2016, f. 15. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2Lc1qVv>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 2130. **Las Entidades se encuentran obligadas a poner en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado los hechos que puedan dar lugar a la imposición de sanciones.** 2. CONSULTA: 2.1. “¿Habiéndose determinado la falsedad de la carta fianza de seriedad de oferta, qué acciones administrativas y/o legales debe tomar la Entidad?”. 2.1.1 [...] Así, el literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley [cfr. art. 50 Ley Vigente] establece que se impondrá sanción administrativa a los

proveedores, participantes, postores y/o contratistas que “Presenten documentos falsos o información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.” (El subrayado es agregado). Por su parte, el numeral 51.2 del artículo 51 de la Ley establece las sanciones que el Tribunal de Contrataciones del Estado podrá aplicar a los proveedores infractores según corresponda a su intencionalidad, conducta procesal, reiterancia, entre otros criterios [...]. Cabe precisar que el segundo párrafo del artículo 240 del Reglamento [cfr. art. 259 del Nuevo Reglamento] precisa que las Entidades se encuentran obligadas a poner en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado los hechos que puedan dar lugar a la imposición de sanciones. Para tal efecto, deben elevar los antecedentes al Tribunal de Contrataciones del Estado con un informe técnico legal que contenga una opinión sobre la procedencia y responsabilidad respecto a la infracción que se imputa. De esta manera, la normativa de contrataciones del Estado ha tipificado como una infracción pasible de sanción la presentación de documentación falsa o inexacta a la Entidad, correspondiendo a cada Entidad que advierte esta situación efectuar la respectiva denuncia ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, a efectos que este imponga la sanción correspondiente, de ser el caso. Por último, debe precisarse que, de acuerdo con el penúltimo párrafo del artículo 51 de la Ley, la imposición de las sanciones por parte del Tribunal de Contrataciones del Estado es independiente de la responsabilidad civil o penal que pueda originarse por las infracciones cometidas. (Opinión N.º 042-2011/DTN, de 04-05-2011, f. 2.1 y 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QQwWt2>).

Artículo 260: Procedimiento sancionador

El Tribunal tramita los procedimientos sancionadores bajo las siguientes reglas:

a) **Interpuesta la denuncia o petición motivada o una vez abierto el expediente sancionador, el Tribunal tiene un plazo de diez (10) días hábiles para realizar la evaluación correspondiente. De encontrar indicios suficientes de la comisión de la infracción, se emite el decreto de inicio de procedimiento administrativo sancionador.**

b) **En el mismo plazo, el Tribunal puede solicitar a la Entidad, información relevante adicional o un informe técnico legal complementario. Tratándose de procedimientos de oficio, por petición motivada o denuncia de tercero, se requiere a la Entidad que corresponda un informe técnico legal así como la información que lo sustente y demás información que pueda considerarse relevante.**

c) **Las Entidades están obligadas a remitir la información adicional que se indica en el literal precedente en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles de notificada, bajo responsabilidad y apercibimiento de comunicarse el incumplimiento a los órganos del Sistema Nacional de Control.**

d) **Vencido el plazo otorgado, con contestación o sin ella y siempre que se determine que existen indicios suficientes de la comisión de infracción, se dispone el inicio del procedimiento administrativo sancionador dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.**

e) **Cuando se advierta que no existen indicios suficientes para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, o la denuncia esté dirigida contra una persona natural o jurídica con inhabilitación definitiva, dispone el archivo del expediente, sin perjuicio de comunicar al Ministerio Público y/o a los órganos del Sistema Nacional de Control, cuando corresponda.**

f) **Iniciado el procedimiento sancionador, el Tribunal notifica al proveedor, para que ejerza su derecho de defensa dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de la notificación, bajo apercibimiento de resolverse con la documentación contenida en el expediente. En este acto, el emplazado puede solicitar el uso de la palabra en audiencia pública.**

g) **Vencido el indicado plazo, y con el respectivo descargo o sin este, el expediente se remite a la Sala correspondiente del Tribunal, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles. La Sala puede realizar de oficio todas las actuaciones necesarias para el examen de los hechos, recabando la información que sea relevante para, de ser el caso, determinar la existencia de responsabilidad susceptible de sanción.**

h) La Sala correspondiente del Tribunal emite su resolución, determinando la existencia o no de responsabilidad administrativa, dentro de los tres (3) meses de recibido el expediente. Dicho plazo se amplía por tres (3) meses adicionales desde la recepción del expediente por la sala correspondiente, cuando se haya dispuesto la ampliación de cargos.

i) De no emitirse la resolución dentro del plazo establecido en el numeral precedente, la Sala mantiene la obligación de pronunciarse, sin perjuicio de las responsabilidades que le corresponda, de ser el caso.

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2131. Supuestos en los que el Tribunal dispone declarar no ha lugar, inicio del procedimiento, o archivo del expediente los procedimientos administrativos sancionadores sometidos a opinión de las salas. ACUERDO: Hechas las precisiones que anteceden, el Tribunal acuerda: a) En los casos que la Entidad no cumpla con remitir oportunamente la información o documentación requerida por el Tribunal en la etapa de indagaciones previas del procedimiento administrativo sancionador, el Tribunal dispondrá archivar el expediente, sin que ello implique un pronunciamiento sobre el fondo. En tal sentido, en la parte resolutive del acuerdo se considerará lo siguiente: **1. Disponer que, atendiendo a la falta de información suficiente para iniciar el procedimiento administrativo sancionador contra, en los seguidos por su supuesta responsabilidad en la infracción tipificada en el literal ... del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 50.1. de la Ley vigente], aprobada por Decreto Legislativo N.º 1017, modificada por Ley N.º 29873, durante el desarrollo de se proceda a archivar el presente expediente, sin pronunciamiento sobre el fondo, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. 2. Poner el presente Acuerdo en conocimiento del Titular de la Entidad. 3. Poner el presente Acuerdo en conocimiento del Órgano de Control Institucional de la Entidad (o a la Contraloría General de la República, en caso no cuente con Órgano de Control Institucional) para que, en mérito a sus atribuciones, adopte las medidas que estime pertinentes.** b) En los casos que, pese a la omisión de la Entidad o de la persona natural o jurídica denunciante en remitir oportunamente la información o documentación sustentatoria requerida por el Tribunal, éste cuente con información suficiente que le permita determinar la falta de concurrencia de los presupuestos necesarios para que se configure la infracción, el Tribunal dispondrá la declaración de **no ha lugar el inicio del procedimiento administrativo sancionador** y procederá al archivo del expediente. En ese sentido, en la parte resolutive del acuerdo se considerará lo siguiente: **1. Declarar no ha lugar el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra por la supuesta comisión de la infracción tipificada en el literal del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N.º 1017, modificada por Ley N.º 29873, en el desarrollo de la, debiendo archiversse el presente expediente administrativo.** c) En los casos que el Tribunal cuente con información suficiente que permita apreciar la existencia de indicios de la comisión de la infracción, el Tribunal dispondrá iniciar el procedimiento administrativo sancionador. En ese sentido, en la parte resolutive del acuerdo se considerará lo siguiente: **1. Iniciar procedimiento administrativo sancionador contra, por su supuesta responsabilidad en la comisión de la infracción tipificada en el literal del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N.º 1017, modificada por Ley N.º 29873, en el desarrollo de, la cual prevé una sanción de inhabilitación temporal de un mínimo de (...) años/meses hasta un máximo de (...) años, de acuerdo a los fundamentos expuestos. 2. Otorgar a, el plazo de **diez (10) días hábiles para que formule(n) sus descargos**, plazo que comenzará a contarse a partir del día siguiente de notificado el presente Acuerdo. Para tales efectos, la(s) emplazada(s) deberá(n) ajustar su actuación a las disposiciones previstas en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del OSCE. 3. Disponer que la Secretaría del Tribunal de Contrataciones del Estado efectúe la notificación del presente Acuerdo y proporcione al(os) administrado(s) la clave de acceso de consulta al Toma Razón Electrónico de la página web del OSCE (vínculo del Tribunal), con la finalidad que en lo sucesivo tome(n) conocimiento a través del mismo de los actos procesales expedidos por el Tribunal que correspondan ser notificados por esa vía, de acuerdo a la normativa aplicable.** d) El presente acuerdo será aplicable a los expedientes que se encuentren en trámite a partir del 20 de

setiembre de 2012. (Acuerdo N.º 017-2013-TCE, de 02-12-2013. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. [EP, 27-05-2014, p. 523943]. Texto completo: <bit.ly/2AdGet4>).

§ 2132. Cómputo de plazos a cargo de las Salas del Tribunal. ACUERDO: En mérito a lo expresado, se propone el siguiente acuerdo. **1.** En los procedimientos de apelación que se siguen ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, los plazos a que se refieren los incisos 5) y 6) del artículo 116º del Reglamento [cfr. literales c) y d), respectivamente, del art. 126.1 del Nuevo Reglamento] de la Ley de Contrataciones del Estado deben computarse a partir del día siguiente de la entrega/recepción efectiva del expediente a la correspondiente Sala. **2.** En los procedimientos sancionadores que se siguen ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, los plazos a que se refieren el inciso 3) del artículo 242º del Reglamento [cfr. art. 260.d del Nuevo Reglamento] de la Ley de Contrataciones del Estado deben computarse a partir del día siguiente de la entrega/recepción efectiva del expediente a la correspondiente Sala. **3.** En los procedimientos sancionadores que se siguen ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, el plazo a que se refiere el inciso 6) del artículo 242º del Reglamento [cfr. art. 260.h del Nuevo Reglamento] de la Ley de Contrataciones del Estado debe computarse a partir del día siguiente de la entrega efectiva del expediente a la correspondiente Sala. **4.** En la publicación del decreto de pase a Sala, a través del respectivo toma razón electrónico, debe anotarse la fecha de entrega del expediente a la correspondiente Sala. (Acuerdo N.º 004-2013-TCE. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. Texto completo: <bit.ly/2FDwkH4>).

§ 2133. Trámite de expedientes sancionadores que se encuentran en la secretaría del Tribunal. Procedimientos correspondientes a recursos de apelación que tengan declaración de expedito y a los recursos de reconsideración que hayan tenido audiencia pública, en el marco de una reconfiguración de salas. Véase la jurisprudencia del artículo 126º del Nuevo Reglamento [§ 1593]. (Acuerdo N.º 3-2015-TCE, de 19-06-2015. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. Texto completo: <bit.ly/2S5M32Y>).

§ 2134. Trámite de expedientes en sala pendientes de resolución, a propósito de la reconfiguración de salas. Véase la jurisprudencia del artículo 126º del Nuevo Reglamento [§ 1595]. (Acuerdo N.º 008-2012-TCE, de 08-11-2012. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. Texto completo: <bit.ly/2TDqbgO>).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§ 2135. Principios del derecho sancionador en el derecho administrativo. 8. Sobre el particular, es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador, el cual incluye, naturalmente, al ejercicio de potestades disciplinarias en el ámbito castrense. Una de esas garantías es, sin lugar a dudas, que las faltas y sanciones de orden disciplinario deban estar previamente tipificadas y señaladas en la ley. (Exp. N.º 2050-2002-AA/TC [Caso *Carlos Israel Ramos Colque*], del 16-04-2003 [Web: 28-05-2003 / EP: 28-05-2003], f. j. 8. Texto completo: <bit.ly/2ITRD7C>).

§ 2136. Garantía de derecho de defensa en el procedimiento sancionador. 4. [E]l derecho de defensa en el ámbito del procedimiento administrativo de sanción se estatuye como una garantía para la defensa de los derechos que pueden ser afectados con el ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración. En ese sentido, garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses, para cuyo efecto se le debe comunicar, previamente y por escrito, los cargos imputados, acompañando el correspondiente sustento probatorio, y otorgarle un plazo prudencial a efectos de que -mediante la expresión de los descargos correspondientes- pueda ejercer cabalmente su legítimo derecho de defensa. Se conculca, por tanto, dicho derecho cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa. (Exp. N.º 5514-2005-

PA/TC [Caso *Ednas Boel Orihuela Romero*], del 13-03-2007 [Web: 29-03-2007 / EP: 31-05-2007], f. j. 4. Texto completo: <bit.ly/2r719ds>).

§ 2137. Aplicación de la presunción de inocencia al administrado. Se lesiona el derecho a la presunción de inocencia tanto cuando se sanciona, pese a no existir prueba plena sobre la responsabilidad del investigado, como cuando se sanciona por actos u omisiones en los que el investigado no tuvo responsabilidad. 21. [...] El Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de proporcionalidad es un test o canon de valoración para evaluar actos estatales que inciden sobre derechos subjetivos (constitucionales o simplemente legales). Se trata de una técnica a partir del cual un tribunal de justicia puede evaluar si la intromisión estatal en el ámbito de los derechos resulta, o no, excesiva. Pero no se confunde, ni se superpone, a las potestades que garantizan cada uno de esos derechos. De ahí que una actuación administrativa pueda no satisfacer el test de proporcionalidad y, sin embargo, no afectar a derechos reconocidos por la Norma Fundamental. Estos últimos, como es evidente, generan la invalidez de aquella actuación administrativa, pero si no inciden en el ámbito de los derechos protegidos por los procesos constitucionales, no son de competencia de la justicia constitucional, sino de la jurisdicción contencioso-administrativa. [...] El derecho de presunción de inocencia garantiza que toda persona no sea sancionada si es que no existe prueba plena que, con certeza, acredite su responsabilidad, administrativa o judicial, de los cargos atribuidos. Evidentemente se lesiona ese derecho a la presunción de inocencia tanto cuando se sanciona, pese a no existir prueba plena sobre la responsabilidad del investigado, como cuando se sanciona por actos u omisiones en los que el investigado no tuvo responsabilidad. [...] (Exp. N.º 2868-2004-AA/TC, de 24-11-2004 [Web: 07-02-2005 / EP: 15-02-2005], f. 21. Texto completo: <bit.ly/2HheLca>).

§ 2138. Tanto los principios como las garantías extienden su aplicación al ámbito del derecho administrativo sancionador y disciplinario. Véase la jurisprudencia del artículo 2º de la Ley [§ 101]. (Exp. N.º 2050-2002-AA/TC [Caso *Carlos Israel Ramos Colque*], del 16-03-2003 [Web: 28-05-2003 / EP: 28-05-2003], f. 12. Texto completo: <bit.ly/2ITRD7C>).

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2139. Posibilidad de presentar al Tribunal de Contrataciones documentación en original o copia en los procedimientos sancionadores. 10. [...] [Conforme] puede apreciarse de la lectura de las normas especiales, esto es, la Ley y su Reglamento, así como el Capítulo II de la LPAG, referido a los procedimientos sancionadores, no se ha establecido, de manera expresa, que los documentos que deban ser presentados ante el Tribunal por las entidades con ocasión de la verificación posterior que efectúen bajo el ámbito de su competencia sean, originales y, por ende, el Tribunal no pueda aceptar copias simples en su reemplazo. Es decir, no se ha previsto que tales documentos deban ser presentados en original o copia fotostática. Siendo así, toda vez que en el marco del procedimiento administrativo especial (procedimiento administrativo sancionador en materia de contrataciones estatales) no se ha establecido una disposición al respecto, es preciso remitirnos a las normas del procedimiento administrativo general. [...] **11.** Entonces, estando a lo anterior, este Tribunal procedió correctamente al citar el artículo 41 de la LPAG, en el cual se establece, como bien ha sido esgrimido en los acápites precedentes, que, para el cumplimiento de los requisitos correspondientes a los procedimientos administrativos, las entidades están obligadas a recibir copias simples en vez de la documentación oficial a la cual reemplazan con el mismo mérito probatorio. **12.** Sin perjuicio de lo manifestado, debe señalarse también que, lo establecido en el artículo 41 de la LPAG, no se circunscribe únicamente a la actuación de los administrados en un procedimiento administrativo, es decir, no se encuentra establecido para que aquellos, de manera exclusiva, puedan cumplir con la presentación de documentos, sino también la documentación que presentan otras entidades. En esa línea, conforme establece el numeral 1 del artículo 235 de la LPAG, referido a los procedimientos sancionadores, dichos procedimientos se inician siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órgano o entidades o por denuncia. Respecto de lo anterior, en los procesos de contratación estatal, las entidades se encuentran obligadas de comunicar al Tribunal las supuestas infracciones incurridas por los adminis-

trados en el marco de un proceso de selección, inmediatamente advertida la existencia de indicios de la comisión de las mismas, a efectos que este Tribunal disponga, de ser el caso, el inicio del procedimiento administrativo sancionador, conforme a lo establecido en el artículo 241 del Reglamento [cfr. art. 259 del Nuevo Reglamento]. En atención a las disposiciones glosadas, lo que establece el artículo 41 es aplicable también a los documentos presentados por otras entidades en el marco de un procedimiento administrativo sancionador. [...]. (Resolución N.º 2270-2016-TCE-S1, de 21-09-2016, ff. 10 al 12. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2GnTTm0>).

§ 2140. El principio de presunción de licitud significa un estado de certeza provisional por el que el imputado adquiere atributos a ser respetados durante el procedimiento administrativo, tales como la absolución en caso de insuficiencia probatoria o duda razonable. 23. [Los] integrantes del Consorcio alegan que no se ha destruido la presunción de veracidad que ampara al certificado de trabajo cuestionado, asimismo, en el supuesto negado que se considere que existe información contradictoria, deberá considerarse que, ante la inexistencia de prueba necesaria para destruir la presunción de veracidad de la que gozan los documentos cuestionados, deberá hacerse prevalecer el principio de presunción de licitud. 24. [Debe] indicarse que el principio de presunción de licitud [...] que deriva del principio de presunción de inocencia, significa un estado de certeza provisional por el que el imputado adquiere atributos a ser respetados durante el procedimiento administrativo, tales como la absolución en caso de insuficiencia probatoria o duda razonable, conocido también, en el ámbito penal, como *in dubio pro reo*, que según el Tribunal Constitucional, significa que en caso de duda sobre la responsabilidad del imputado, debe estarse a lo que sea más favorable a éste (la absolución por contraposición a la sanción). Así, si bien es cierto que el *indubio pro reo* no está expresamente reconocido en el texto de la Constitución, también lo es que su existencia se desprende tanto del derecho a la presunción de inocencia, que sí goza del reconocimiento constitucional. (Resolución N.º 010-2017-TCE-S1, de 03-01-2017, ff. 23 y 24. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2RmV2jy>).

§ 2141. Potestad del Tribunal para imponer sanción administrativa. 8. [...] Por su parte, de acuerdo a lo establecido en el numeral 1 del artículo 235 de la LPAG, el procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia. Sobre la base de lo mencionado precedentemente, es preciso indicar que en todos los casos, este Tribunal tiene la potestad de imponer sanción administrativa, efectuando previamente un análisis particular, con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones, es decir, independientemente de los fundamentos que sustenten una denuncia o si se desarrolló o no un procedimiento de fiscalización posterior; por tanto, el Tribunal, en observancia de los principios que regulan el procedimiento administrativo, tiene la facultad de disponer el inicio del procedimiento administrativo sancionador sobre la base de indicios que se generen respecto de la comisión de la infracción imputada, y sancionar cuando se genere convicción sobre la responsabilidad de un administrado en la comisión de la infracción. (Resolución N.º 2235-2016-TCE-S1, de 16-09-2016, f. 8. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2TDzwEY>).

§ 2142. Principio que rige a la potestad sancionadora. 6. [...] Al respecto, se debe señalar que la potestad sancionadora se rige por el principio de presunción de licitud, según el cual *“Si el curso del procedimiento administrativo sancionador no llega a formar convicción de la ilicitud del acto y de la culpabilidad del administrado, se impone el mandato de absolución implícito que esta presunción conlleva (in dubio pro reo). En todos los casos de inexistencia de prueba necesaria para destruir la presunción de inocencia, incluyendo la duda razonable, obliga a la absolución del administrado”* [Morón Urbina, Juan Carlos, “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”, Gaceta Jurídica, Quinta Edición, 2006, p. 635]. En esta línea de razonamiento, debe recordarse que, en virtud del citado principio, se presume que los administrados han actuado apegados a sus deberes hasta que no se demuestre lo contrario, lo que significa que si, en el curso del procedimiento administrativo, la administración no llega a formar la convicción de ilicitud del acto ante la inexistencia de prueba necesaria para destruir la presunción de inocencia, incluyendo la duda razonable, ésta se obliga a la absolución del administrado [Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. 2008, Séptima

Edición. Gaceta Jurídica S.A., p. 670]. [...] (Resolución N.º 2225-2016-TCE-S1, de 16-09-2016, f. 6. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2t4NrZl>).

§ 2143. Una pericia de parte, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, no genera la convicción suficiente para acreditar la autenticidad del documento cuestionado. 10. [...] [Un] procedimiento administrativo sancionador (y que incluso también fue presentada en el recurso de apelación), se constituye, justamente, en una manifestación de parte, aunque de carácter técnico, a la cual no puede otorgársele carácter probatorio pleno, toda vez que no ha sido ordenada por la Autoridad Administrativa (sino, discrecionalmente, por los integrantes del Consorcio), ni el profesional que lo elaboró ha sido designado por esta, lo cual, a criterio de este Tribunal, resulta un elemento esencial para asegurar ante el Colegiado la absoluta imparcialidad del dictamen. En tal sentido, a criterio del Colegiado, una pericia de parte no genera la convicción suficiente para acreditar la autenticidad del documento cuestionado, más aun cuando la falsedad de la firma del documento cuestionado ha sido manifestada por su propio emisor. (Resolución N.º 0482-2017-TCE-S2, de 03-04-2017, f. 10. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2QhOvHn>).

§ 2144. En un procedimiento administrativo sancionador no corresponde al tribunal evaluar la decisión de resolver el contrato. 18. [...] [En] el procedimiento administrativo sancionador no corresponde al Tribunal evaluar la decisión de la Entidad de resolver el contrato, es decir, en el procedimiento administrativo sancionador derivado de una resolución este Colegiado no tiene competencias para verificar si el cumplimiento fue injustificado o no, verificándose únicamente que la decisión de resolver no haya sido o se encuentre siendo discutida en conciliación o arbitraje (que hayan sido solicitados oportunamente), es decir, que dicha decisión se encuentre consentida. Lo expuesto de forma precedente deriva de que la normativa de contratación estatal ha establecido la vía correspondiente para resolver las controversias surgidas de la ejecución contractual (entre las que se encuentran la calificación como justificado o no que pueda recaer en un incumplimiento y la decisión de resolver). Cabe señalar que dichas vías, permiten que las partes puedan desplegar toda la actividad probatoria en la instancia correspondiente para establecer si, en efecto, la resolución del contrato fue o no atribuible al impugnante, de manera que tenga garantizado sus derechos al debido proceso y de defensa. [...] (Resolución N.º 0796-2017-TCE-S1, de 21-04-2017, f. 18. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2PogGPn>).

§ 2145. Noción y elementos de la sanción administrativa. 9. [Toda] sanción administrativa constituye un mal infringido a un administrado en ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, por un hecho o una conducta constitutiva de Infracción, cuyos elementos son: *i)* el acto gravamen porque determina un menoscabo o privación total o parcial, temporal, o definitiva de derechos o intereses, *ii)* un acto reacciona frente a una conducta ilícita; su finalidad es una consecuencia de la conducta sancionable, eminentemente con carácter represivo y disuasivo, *iii)* un acto con finalidad represiva, pues no puede sancionarse a quien no realiza la conducta sancionable, en aplicación del principio de causalidad previsto en el numeral 8 del artículo 230 de la LPAG, el cual establece que la responsabilidad (y la sanción) debe recaer en quien realiza la conducta constitutiva de la infracción sancionable. [...] (Resolución N.º 0221-2017-TCE-S4, de 21-02-2017, f. 9. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2RTkydi>).

§ 2146. En el procedimiento administrativo sancionador no corresponde evaluar la validez de la resolución que declaro la nulidad de oficio del contrato. 14. [Este] Colegiado debe precisar que si bien el presente caso no se cuenta con elementos suficientes que acrediten que los documentos cuestionados contendrían información inexacta, ello no valida de forma alguna que el producto ofrecido al ítem II del proceso de selección por parte del Postor, pueda ser comercializado o que cumpla con los requerimientos técnicos mínimos que exigían las bases del proceso, hecho que queda en el marco de la facultades de la Entidad evaluar. El presente procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora, tampoco corresponde evaluar ni menos pronunciarse sobre la validez de la Resolución de Alcaldía N.º 629-09-2015-MPT del 11 de septiembre de 2015, por la cual se declaró la nulidad de oficio del Contrato suscrito con el Postor. (Resolución N.º 0841-2017-TCE-S3, de 27-04-2017, f. 14. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2ROzlG6>).

§ 2147. La resolución que se expide en el marco de la interposición de un recurso de reconsideración, no agota la vía administrativa. El administrado no puede pedir la suspensión de la resolución que determina su situación gravosa sustentándolo en el art. 256.2 de la LPAG, sin tomar en cuenta que dicha resolución no fue emitida en el marco de un procedimiento administrativo sancionador. Véase la jurisprudencia del artículo 269º del Nuevo Reglamento [§ 2174]. (Resolución N.º 1149-2017-TCE-S4, de 29-05-2017, ff. 4 y 5. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2ryNXOB>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 2148. Si durante la tramitación de un procedimiento sancionador ocurre la extinción de la persona jurídica a la cual se le imputa la comisión de una infracción, la Entidad podrá dar por concluido el procedimiento, sin perjuicio de las causales de impedimento en que pudiese incurrir en caso de intentar contratar nuevamente con el Estado. CONSULTA: 2.1.4. Asimismo, conforme al artículo 186 de la Ley N.º 27444, “Ley del Procedimiento Administrativo General”, aplicable supletoriamente al procedimiento administrativo sancionador llevado a cabo por el Tribunal de Contrataciones del Estado, “(...) pondrá fin al procedimiento la resolución que así lo declare por causas sobrevinientes que determinen la imposibilidad de continuarlo”. Siendo esto así, cuando durante la tramitación de un procedimiento sancionador ocurra alguna circunstancia sobreviniente que haga imposible su continuación, el Tribunal de Contrataciones del Estado evaluará si corresponde emitir una resolución que ponga fin al procedimiento. Al respecto, cabe anotar que la extinción de una sociedad que se encuentra incurso en un procedimiento sancionador por habersele imputado la comisión de alguna de las infracciones previstas [...] de la Ley constituye una causa sobreviniente que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento sancionador, ello toda vez que es imposible sancionar a una persona que ha dejado de existir. Por tanto, en el supuesto que el Tribunal -durante la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador- advierta la extinción de una persona jurídica [...] con anterioridad a la notificación de la resolución firme, evaluará si corresponde emitir una resolución que ponga fin al procedimiento, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 11 de la Ley [...]. (Opinión N.º 062-2017/DTN, de 01-03-2017, f. 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2T9kDu9>).

Artículo 261: Suspensión del procedimiento administrativo sancionador

261.1. El Tribunal suspende el procedimiento administrativo sancionador siempre que:

a) Exista mandato judicial vigente y debidamente notificado al OSCE.

b) A solicitud de parte o de oficio, cuando el Tribunal considere que, para la determinación de responsabilidad, es necesario contar, previamente con decisión arbitral o judicial.

261.2. La Entidad, bajo responsabilidad, comunica al Tribunal la conclusión del arbitraje o del proceso judicial, remitiendo el documento correspondiente en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles de notificado con el acto que declara la conclusión del proceso.

261.3. El plazo de suspensión del procedimiento da lugar a la suspensión del plazo de prescripción.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2149. El cuestionamiento de responsabilidad contractual en sede arbitral puede suspender el procedimiento sancionador. 32. Por tanto, si bien la potestad de determinar la existencia de responsabilidad administrativa a proveedores, postores y contratistas ha sido atribuida en la Ley al Tribunal de Contrataciones del Estado y que ello no será objeto de dirimencia en el arbitraje, dado que un elemento sustancial a valorar en un procedimiento administrativo sancionador es la existencia de causal atribuible al contratista que justifique la resolución del contrato, y que dicha situación será discutida en el procedimiento arbitral, este Tribunal considera pertinente disponer la suspensión del presente procedimiento iniciado contra los integrantes del Consorcio, a efectos de, en su oportunidad, valorar el

pronunciamiento final que se obtenga en el arbitraje. (Resolución N.º 1009-2016-TCE-S2, de 18-05-2016, f. 32. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2UMSz05>).

§ 2150. Se puede suspender un procedimiento administrativo sancionador a la espera de lo que se resuelva en un recurso de apelación referido a un punto relevante del caso. LA SALA RESUELVE: **1.** Suspender el procedimiento administrativo sancionador seguido contra la [...], por su presunta responsabilidad por la comisión de las infracciones tipificadas en los literales h) y j) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante Ley N.º 30225, al haber presentado supuesta información inexacta y al haberse registrado como participante y presentar su propuesta, sin contar con inscripción vigente en el RNP, en el marco de la Adjudicación Simplificada N.º 27-2016/MEM, derivada del Concurso Público N.º 002-2016/MEM (Primera Convocatoria), convocada por el Ministerio de Energía y Minas para la “Contratación de servicio de digitalización con valor legal de documentos del Ministerio de Energía y Minas”, por los fundamentos expuestos. **2.** La Sala evaluará oportunamente si corresponde el levantamiento de la suspensión dispuesta en el numeral precedente, cuando sea informada de la resolución que se emita respecto al pedido de aclaración de la Resolución N.º 4 del cuaderno cautelar del proceso amparo, y de ser el caso, de la resolución que se emita respecto al recurso de apelación interpuesto por el Procurador Público del OSCE contra dicha resolución judicial. [...] (Resolución N.º 0746-2017-TCE-S1, de 17-04-2017, Parte resolutive -1 y 2. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2BYhM10>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 2151. Imposibilidad de continuar el procedimiento sancionador. 2. CONSULTA: 2.1. “¿Qué sucede en el caso una empresa que absorbió a otra durante un procedimiento sancionador y antes que se impusiera sanción firme a la empresa absorbida, podría la empresa absorbente solicitar la exclusión del Registro de Inhabilitados para contratar con el Estado de la empresa absorbida, considerando que no debió sancionarse a esta última y ordenarse su inclusión en el Registro de Inhabilitados para contratar con el Estado, ya que al momento de la imposición de la sanción ésta empresa ya no existía, de conformidad con el artículo 344º de la Ley General de Sociedades? ¿No correspondería excluir del Registro de Inhabilitados a aquella empresa absorbida?” [...] **2.1.3.** [...] la extinción de una sociedad que se encuentra incurso en un procedimiento sancionador por habersele imputado la comisión de alguna de las infracciones previstas en [...] la Ley constituye una causa sobreviniente que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento sancionador, ello toda vez que es imposible sancionar a una persona que ha dejado de existir. Por tanto, ante esta situación, el Tribunal de Contrataciones del Estado debe emitir una resolución que ponga fin al procedimiento sancionador. [...] **2.1.4.** [...] En este orden de ideas, se tiene que la inclusión de un proveedor en el Registro de Inhabilitados para contratar con el Estado es una consecuencia de una sanción impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado, por lo que solo corresponde la exclusión de dicho proveedor del registro cuando ha cumplido con la sanción o cuando esta ha sido dejada sin efecto. **2.1.5.** Por tanto, en el supuesto que el Tribunal emita una resolución sancionando a una sociedad cuya extinción hubiese quedado inscrita en los Registros Públicos con anterioridad a la notificación de dicha resolución, corresponde solicitar su nulidad o cuestionarla ante las instancias correspondientes, a fin de que la sanción quede sin efecto, solo así el OSCE podrá excluir al proveedor del Registro de Inhabilitados para Contratar con el Estado. En caso contrario, solo procederá dicha exclusión cuando se haya cumplido la sanción. (Opinión N.º 043-2016/DTN, de 11-03-2016, ff. 2, 2.1, 2.1.3, 2.1.4 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RDDu2L>).

Artículo 262: Prescripción

262.1. El plazo de prescripción es el previsto en el numeral 50.7 del artículo 50 de la Ley y se sujeta a las reglas generales contenidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General, salvo lo relativo a la suspensión del plazo de prescripción.

262.2. El plazo de prescripción se suspende:

a) Con la interposición de la denuncia y hasta el vencimiento del plazo con que se cuenta para emitir la resolución. Si el Tribunal no se pronuncia dentro del plazo indicado, la prescripción reanuda su curso, adicionándose el periodo transcurrido con anterioridad a la suspensión.

b) En los casos establecidos en el numeral 258.1 del artículo 258, durante el periodo de suspensión del procedimiento administrativo sancionador.

PRECEDENTE ADMINISTRATIVO DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA DEL TRIBUNAL DEL SERVICIO CIVIL

§ 2152. **Naturaleza jurídica de la prescripción de las sanciones administrativas. 21.** [...] [La] prescripción es una forma de liberar a los administrados de las responsabilidades disciplinarias que les pudieran corresponder, originada por la inacción de la Administración Pública, quien implícitamente renuncia al ejercicio de su poder sancionador. Por lo que, a criterio de este Tribunal, la prescripción tiene una naturaleza sustantiva, y por ende, para efectos del régimen disciplinario y procedimiento sancionador de la Ley, debe ser considerada como una regla sustantiva. (Resolución de Sala Plena N.º 001-2016-SERVIR/TSC, de 31-08-2016, f. 21, entre otros, constituyen precedente administrativos de observancia obligatoria, [EP, 27-11-2016]. Texto completo: <bit.ly/2UBKDze>).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§ 2153. **Definición de la prescripción. 3.** [...] [La] prescripción desde un punto de vista general es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y desde la óptica penal es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al *ius punendi*, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella. Dicho de otro modo, en una Norma Fundamental inspirada en el principio *pro homine*, la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora, en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva, orientación que se funda en la necesidad de que pasado cierto tiempo se elimine toda incertidumbre jurídica y se abandone el castigo de quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica. (Exp. N.º 04959-2008-PHC/TC [Caso *Benedicto Nemesio Jiménez Bacca*], de 01-09-2009 [EP, 09-09-2009], f. 3. Texto completo: <bit.ly/2rw16HW>).

§ 2154. **Diferencia ente la interrupción y la suspensión del plazo de prescripción. 4.** [...] La interrupción y la suspensión del plazo se distinguen en el hecho de que, producida la interrupción, el plazo vuelve a contabilizarse. En cambio, la suspensión solo detiene el cómputo del plazo y, superada la causal de suspensión, el plazo transcurrido se mantiene y se continúa contabilizando. [...] (Exp. N.º 03681-2010-PHC/TC [Caso *Ernesto César Schütz Landázuri*], de 20-04-2012, f. 4. Texto completo: <bit.ly/2GohAMP>).

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2155. **La autoridad puede declarar de oficio la prescripción y dar por concluido el procedimiento. 3.** [Sobre la prescripción] el numeral 1 del artículo 233 de la Ley N.º 27444 [cfr. art. 252.3 del TUO LPAG], Ley del Procedimiento Administrativo General, modificada por Decreto Legislativo N.º 1272, en adelante la LPAG, prevé como regla general que la facultad de la autoridad administrativa para determinar la existencia de infracciones administrativas prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio del cómputo de los plazos de prescripción respecto de las demás obligaciones que se deriven de los efectos de la comisión de la infracción. En ese sentido, se tiene que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho material de infracción, y con este, la responsabilidad



del supuesto responsable del mismo. 4. Ahora bien, a manera de cuestión previa, corresponde que este colegiado se pronuncie de oficio respecto a la prescripción de las infracciones imputadas al contratista en el presente procedimiento, en mérito a lo establecido en el numeral 233.3 del artículo 233 de la LPAG, el cual establece lo siguiente: “*Artículo 233. Prescripción (...) 233.3. La autoridad declara de oficio la prescripción y da por concluido el procedimiento cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar la existencia de infracciones. (...)*”. (Resolución N.º 0317-2017-TCE-S3, de 14-03-2017, ff. 3 y 4. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2BTEKpq>).

§ 2156. **Con la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de sancionar un hecho materia de infracción.** 7. [El] numeral 1 del artículo 233 de la LPAG, prevé como regla general que la facultad de la autoridad administrativa para determinar la existencia de infracciones administrativas prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio del cómputo de los plazos de prescripción respecto de las demás obligaciones que se deriven de los efectos de la comisión de la infracción. De allí que resulte válido concluir que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de sancionar un hecho materia de infracción y, con él, la responsabilidad del supuesto responsable del mismo. [...] (Resolución N.º 3074-2016-TCE-S2, de 29-12-2016, f. 7. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2rvAxTi>).

§ 2157. **Oportunidad para presentar la prescripción.** 2. De la revisión a los argumentos esgrimidos por el recurrente se observa que ha alegado la prescripción de la infracción. En efecto, desde la comisión de la infracción acontecida el 15 de abril de 2008 hasta el 15 de abril de 2011 se cumplieron los tres años que establece la normativa para la prescripción de infracciones referidas a contrataciones con el Estado. Sin embargo, si bien el procedimiento administrativo se inició el 08 de noviembre de 2011, esto es luego de transcurrido el plazo de prescripción, **debe tenerse en cuenta que la prescripción debe ser alegada de parte y no de oficio por el afectado con la infracción.** Ello en concordancia con el artículo 243 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que indica que la prescripción se declarará a solicitud de parte. 3. [El] Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 2627-2004-AA/TC consideró que la prescripción debe ser planteada como vía de defensa antes que la Administración Pública emita su pronunciamiento, caso contrario, la misma no opera, al no ser planteada de manera oportuna. Cabe acotar que dicho criterio ha sido recogido por este Tribunal en anteriores ocasiones, señalando que la solicitud de prescripción debía ser planteada e invocada antes que emita su pronunciamiento. En este sentido, y conforme se ha señalado, hasta el día del pronunciamiento de este Tribunal con la recurrida, no era amparable la solicitud de prescripción, por cuanto no operó el plazo de ley. Por lo expuesto, no resulta amparable el argumento increpado por la recurrente. 4. Como se puede advertir, el Tribunal Constitucional considera que la prescripción debe ser planteada como vía de defensa antes que la Administración Pública emita su pronunciamiento, caso contrario, la misma no opera, al no ser planteada de manera oportuna. 5. Ahora bien, este Tribunal en anteriores ocasiones, y en la misma línea argumentativa establecida por el Tribunal Constitucional, ya se ha pronunciado respecto a dicha circunstancia, señalando que la solicitud de prescripción debía ser planteada e invocada antes que emita su pronunciamiento. 6. Por lo señalado, teniendo en cuenta que no se ha planteado la prescripción antes que este Tribunal emita su pronunciamiento, es decir cuando emitió la resolución recurrida, el pedido de prescripción no opera para el presente caso. (Resolución N.º 472-2012-TC-S2, de 03-05-2012, ff. 2 al 6. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2BjI2IK>).

NOTA: Según el artículo 262º del Nuevo Reglamento, concordado con el nuevo TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General (artículo 252º), la prescripción puede ser declarada tanto de oficio como ser interpuesta por el administrado como medio de defensa.

§ 2158. **Las infracciones están sujetas a plazo de prescripción. La existencia de un término prescriptorio obliga a la Administración a actuar de manera eficiente.** Véase la jurisprudencia del artículo 50.7 de la Ley [§ 916]. (Resolución N.º 1396-2017-TCE-S1, de 03-07-2017, f. 16. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2BhEPmY>).

§ 2159. El plazo de prescripción de la infracción sólo se interrumpe con el inicio del procedimiento sancionador. Véase la jurisprudencia del artículo 50.7 de la Ley [§ 917]. (Resolución N.º 1576-2017-TCE-S3, de 24-07-2017, f. 11. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2RYOmoD>).

Artículo 263: Sanción de multa

263.1. La sanción de multa es expresada en Soles. La resolución que impone la sanción de multa contiene la medida cautelar prevista en el literal a) del numeral 50.4 del artículo 50 de la Ley, en tanto no se verifique el pago respectivo.

263.2. El periodo de suspensión no se toma en cuenta para el cómputo de plazos de inhabilitación a que se refiere el literal c) del numeral 50.4 del artículo 50 de la Ley.

263.3. El proveedor sancionado paga el monto íntegro de la multa y remite al OSCE el comprobante respectivo, dentro de los siete (7) días hábiles siguientes de haber quedado firme la resolución sancionadora; de lo contrario, la suspensión decretada como medida cautelar opera automáticamente. Una vez comunicado el pago efectuado, el OSCE tiene un plazo máximo de tres (3) días hábiles para verificar la realización del depósito en la cuenta respectiva.

263.4. La obligación de pagar la multa se extingue al día hábil siguiente de verificado el depósito respectivo al OSCE o al día siguiente de transcurrido el periodo máximo de suspensión por falta de pago previsto como medida cautelar en el literal a) del numeral 50.4 del artículo 50 de la Ley.

263.5. El procedimiento de pago de la multa es regulado por el OSCE. ^{(a) (b)}

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

- (a) Véase la Directiva N.º 009-2017-OSCE/CD, "Lineamientos para la ejecución de la sanción de multa impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado" (EP, 31-03-2017) [D-002].
- (b) Véase la Directiva N.º 002-2013-OSCE/CD, "Lineamientos para el procedimiento de asignación de expedientes en el Tribunal de Contrataciones del Estado" (EP, 15-03-2013) [D-003].

REMISIÓN

§ 2159a. Sobre los lineamientos para el procedimiento de asignación de expedientes en el Tribunal de Contrataciones del Estado. Véase la jurisprudencia de la Directiva N.º 002-2013-OSCE/CD [§ 2217].

Artículo 264: Determinación gradual de la sanción

264.1. Son criterios de gradualidad de las sanciones de multa o de inhabilitación temporal los siguientes:

- a) Naturaleza de la infracción.
- b) Ausencia de intencionalidad del infractor.
- c) La inexistencia o grado mínimo de daño causado a la Entidad.
- d) Reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada.
- e) Antecedentes de sanción o sanciones impuestas por el Tribunal.
- f) Conducta procesal.
- g) La adopción e implementación del modelo de prevención a que se refiere el numeral 50.10 del artículo 50 de la Ley. Dicho modelo cuenta con los siguientes elementos mínimos: i) Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que ejerce su función con autonomía. Tratándose de las micro, pequeñas y medianas empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de adminis-

tración, ii) la identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir actos indebidos, actos de corrupción y conflictos de intereses en la contratación estatal, iii) la implementación de procedimientos de denuncia de actos indebidos, actos de corrupción o situaciones de conflicto de intereses que garanticen el anonimato y la protección del denunciante, iv) la difusión y capacitación periódica del modelo de prevención, v) la evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.

264.2. En el caso de los literales c), d), j), l) y n) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, la graduación no puede dar lugar a sanciones por debajo del mínimo legal.

264.3. En los procedimientos sancionadores de competencia del Tribunal no se aplican los supuestos eximentes establecidos en el artículo 255 del TUO de la Ley N.º 27444, ni los supuestos de caducidad previstos en el artículo 257 de dicha norma.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2160. **Criterios de graduación para aplicar las sanciones.** 32. Ahora bien, como adelantáramos, para determinar la sanción a imponerse corresponde aplicar los criterios de graduación previstos en el artículo 226 [cfr. 264 del Nuevo Reglamento] del Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, así tenemos: NATURALEZA DE LA INFRACCIÓN; es importante tomar en consideración la conducta del Adjudicatario, pues, desde el momento en que presentó su propuesta, quedó obligado a cumplir con las disposiciones previstas en la Ley, el Reglamento y las Bases, siendo una de estas la obligación de suscribir el contrato, derivado del proceso de selección, en el plazo que estuvo establecido en el artículo 148 del Reglamento. DAÑO CAUSADO: éste se evidencia con la demora ocasionada a la Entidad de no poder satisfacer sus necesidades requeridas en el tiempo programado, más aún si se tiene en cuenta el objeto de la convocatoria, el cual se encontraba destinado a la adquisición de aceite vegetal comestible para el Programa de Complementación Alimentaria. RECONOCIMIENTO DE LA INFRACCIÓN ANTES DE QUE SEA DETECTADA: debe tenerse en cuenta que, conforme a la documentación obrante en el expediente, no se advierte documento alguno por el cual el Adjudicatario haya reconocido su responsabilidad en la comisión de la infracción antes que fuera detectada. ANTECEDENTES DE SANCIÓN O SANCIONES IMPUESTAS POR EL TRIBUNAL: el Adjudicatario cuenta con antecedentes de haber sido sancionado por el Tribunal en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado. CONDUCTA PROCESAL: durante la sustanciación del presente procedimiento administrativo sancionador, es necesario tener presente que el Adjudicatario no se apersonó al procedimiento y tampoco presentó sus descargos. (Resolución N.º 3004-2016-TCE-S3, de 22-12-2016, f. 32. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2TfXEhv>).

§ 2161. **El principio de razonabilidad establece que la determinación de la sanción no deben ser desproporcionadas y deben guardar atención con la conducta a reprimir. Determinación gradual de la sanción.** Véase la jurisprudencia del artículo 2º de la Ley [§ 194]. (Resolución N.º 1438-2007-TC-S3, de 21-09-2007, ff. 19 y 20. Tercera Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2FL7Meo>)

Artículo 265: Inhabilitación definitiva

La sanción de inhabilitación definitiva contemplada en el literal c) del numeral 50.4. del artículo 50 de la Ley se aplica:

a) Al proveedor a quien en los últimos cuatro (4) años se le hubiera impuesto más de dos (2) sanciones de inhabilitación temporal que, en conjunto, sumen más de treinta y seis (36) meses. Las sanciones pueden ser por distintos tipos de infracciones.

b) Por la reincidencia en la infracción prevista en el literal j) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, para cuyo caso se requiere que la nueva infracción se produzca cuando el proveedor haya sido previamente sancionado por el Tribunal con inhabilitación temporal.

c) Al proveedor que ya fue sancionado con inhabilitación definitiva.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2162. **Inhabilitación definitiva como consecuencia de la reincidencia en la comisión de infracciones.** 27. En relación a las normas citadas, la Ley ha contemplado la inhabilitación definitiva como consecuencia de la reiterancia, en los últimos cuatro (4) años, en la comisión de infracciones, incluso si derivan de diferentes causales, alude a haber sido sancionado con más de dos (2) sanciones de inhabilitación temporal que, en conjunto, sumen más de treinta y seis (36) meses. Teniendo en cuenta lo expuesto, en el presente caso se verifica que, en los últimos cuatro años, a la empresa ICPSRL y a la señora RPJN se les han impuesto tres (3) sanciones que hacen un total de cincuenta y un (51) meses de inhabilitación temporal en sus derechos de participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado, razón por la cual corresponde imponerles inhabilitación definitiva. (Resolución N.º 0601-2017-TCE-S3, de 11-04-2017, f. 27. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2QRBJ1s>).

Artículo 266: Concurso de infracciones

En caso de incurrir en más de una infracción en un mismo procedimiento de selección y/o en la ejecución de un mismo contrato, se aplica la sanción que resulte mayor. En el caso que concurren infracciones sancionadas con multa e inhabilitación, se aplica la sanción de inhabilitación.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2163. **Concurso de infracciones.** 30. En relación a la graduación de la sanción imponible, [...] la Ley establece que los postores que incurran en las causales establecidas en los literales e) y j) del numeral 51.1 [cfr. art. 50 de la Ley vigente], serán sancionados con inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un período, para la primera de ellas, no menor a seis (6) meses ni mayor a tres (3) años y para el segundo no menor a tres (3) años ni mayor a cinco (5) años. 31. Es preciso señalar que al haberse configurado en el presente caso *un concurso de infracciones*, deberá aplicarse la mayor sanción prevista, teniendo en cuenta que para ambas causales se ha establecido diferente período de sanción. (Resolución N.º 1532-2014-TC-S2, de 25-06-2014, ff. 30 y 31. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2PPeFfn>).

Artículo 267: Notificación y vigencia de las sanciones

267.1. La notificación del decreto que da inicio al procedimiento sancionador y que otorga plazo para formular los descargos se efectúa en forma personal al proveedor o proveedores emplazados, en el domicilio que se haya consignado ante el RNP en el horario de atención del OSCE. La notificación personal realizada fuera de dicho horario, se entiende realizada el día hábil siguiente. Cuando la inscripción haya caducado, el emplazamiento a personas naturales, se realiza en el domicilio que se consigna en el Documento Nacional de Identidad y en el caso de personas jurídicas, en el último domicilio consignado en el Registro Único de Contribuyentes de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria.

267.2. En caso que el OSCE disponga el establecimiento de casillas electrónicas, la notificación se lleva a cabo conforme a las disposiciones que se aprueben para estos efectos.

267.3. Los actos que emita el Tribunal durante el procedimiento administrativo sancionador, se notifican a través del mecanismo electrónico implementado en el portal institucional del OSCE, siendo responsabilidad del presunto infractor el permanente seguimiento del procedimiento sancionador a través de dicho medio electrónico, de conformidad con lo dispuesto en artículo 49 de la Ley. La notificación se entiende efectuada el día de la publicación en el referido mecanismo electrónico.

267.4. La sanción es efectiva desde el sexto día hábil siguiente de la notificación. En caso no se conozca domicilio cierto del infractor, el decreto de inicio de procedimiento sancionador y la resolución de



sanción que emita el Tribunal, son publicadas en el Diario Oficial El Peruano. La sanción impuesta por el Tribunal, es efectiva desde el sexto día hábil siguiente de su publicación.

267.5. En caso que, además de las infracciones administrativas, las conductas pudieran adecuarse a un ilícito penal, el Tribunal comunica al Ministerio Público para que interponga la acción penal correspondiente, indicando las piezas procesales que se remiten para tal efecto.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2164. Si el postor presenta documentación falsa o adulterada en el procedimiento de selección debe ponerse en conocimiento del Ministerio Público para que interponga la acción penal (art. 267.5). 61. [...] [La] falsa declaración en procedimiento administrativo y la presentación de documentación adulterada están previstos y sancionados como delitos en los artículos 411 y 427 del Código Penal; en tal sentido, el artículo 229 del Reglamento [cfr. art. 267 del Nuevo Reglamento] dispone que debe ponerse en conocimiento del Ministerio Público los hechos expuestos para que interponga la acción penal correspondiente [...]. (Resolución N.º 2186-2017-TCE-S3, de 05-10-2017, f. 61. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2G8gsN5>).

Artículo 268: Suspensión de las sanciones

La vigencia de la sanción solo se suspende por medida cautelar dictada en un proceso judicial. CANCELADA O EXTINTA DICHA MEDIDA CAUTELAR, LA SANCIÓN CONTINÚA SU CURSO POR EL PERIODO RESTANTE AL MOMENTO DE LA SUSPENSIÓN.

OPINIONES DEL OSCE

§ 2165. **Cumplimiento obligatorio del contrato.** Si en virtud de una medida cautelar dictada en el marco de un proceso judicial un proveedor suscribió un contrato con una Entidad y, posteriormente, dicha medida cautelar es cancelada, dicho proveedor puede proseguir con la ejecución de las obligaciones derivadas del respectivo contrato. CONSULTA: “(...) En el supuesto que uno de los consorciados no cuente con el Registro Nacional de Proveedores (RNP) vigente contratando con una Medida Cautelar ordenada por Instancia Judicial, ¿cuál es la implicancia en el supuesto que el proceso judicial principal sea denegado y en consecuencia se rechaza la medida cautelar?”. 2.2. [...] [De] conformidad con el 51 de la Ley [cfr. art. 50 de la Ley vigente], el Tribunal de Contrataciones del Estado puede imponer a los infractores de la normativa de contrataciones del Estado, la sanción de inhabilitación para participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por un periodo determinado, si es temporal; o permanente, si es definitiva. Asimismo, el tercer párrafo del referido artículo establece que “Las sanciones que se imponen no constituyen impedimento para que el contratista cumpla con las obligaciones derivadas de contratos anteriormente suscritos con Entidades; por lo tanto, deberá proseguir con la ejecución de los contratos que tuviere suscritos hasta la culminación de los mismos.” (El subrayado es agregado). Por su parte, el artículo 248 del Reglamento [Decreto Supremo N.º 184-2008-EF] [cfr. art. 268 del Nuevo Reglamento], precisa que “La vigencia de las sanciones se suspende por medida cautelar dictada en un proceso judicial. CANCELADA O EXTINTA bajo cualquier otra forma dicha medida cautelar, la sanción continuará su curso por el periodo restante al momento de la suspensión [...]”. (El subrayado es agregado). En ese sentido, aun cuando la imposición de una sanción impide a un proveedor participar en proceso de selección y suscribir contratos, la normativa de contrataciones del Estado dispone que la vigencia de las sanciones se suspenda con la obtención de una medida cautelar dictada en el marco de un proceso judicial. Por lo tanto, si en virtud de una medida cautelar dictada en el marco de un proceso judicial un proveedor suscribió un contrato con una Entidad y, posteriormente, dicha medida cautelar es cancelada, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley [Decreto Legislativo N.º 1017], dicho proveedor puede proseguir con la ejecución de las obligaciones derivadas del respectivo contrato. Lo mismo sucede cuando

el contratista es un consorcio y este suscribió contrato con una Entidad aun cuando sobre uno de sus integrantes recaía una sanción de inhabilitación, suspendida por medida cautelar. (Opinión N.º 024-2013/DTN, de 22-03-2013, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2C5tz4>).

Artículo 269: Recurso de reconsideración

269.1. Contra lo resuelto por el Tribunal en un procedimiento sancionador puede interponerse recurso de reconsideración dentro de los cinco (5) días hábiles de notificada o publicada la respectiva resolución.

269.2. Como requisito de admisibilidad del recurso de reconsideración se acompaña una garantía equivalente a una Unidad Impositiva Tributaria (1 UIT), la que cumple con las características indicadas en el artículo 33 de la Ley y tener una vigencia mínima de treinta (30) días calendario; asimismo, puede consistir en un depósito en cuenta bancaria del OSCE. De no presentarse este requisito de admisibilidad, la Mesa de Partes del Tribunal o las oficinas desconcentradas del OSCE otorgan al impugnante el plazo máximo de dos (2) días hábiles para su subsanación. Transcurrido dicho plazo sin que se produzca dicha subsanación, el recurso de reconsideración se considera automáticamente como no presentado, sin necesidad de pronunciamiento alguno, y los recaudos se ponen a disposición del impugnante para que los recabe en la Mesa de Partes del Tribunal o las oficinas desconcentradas del OSCE.

269.3. El pedido de audiencia pública solo puede formularse en el recurso de reconsideración.

269.4. Cuando se declare fundado, en todo o en parte, el recurso de reconsideración o se declare nulo el procedimiento administrativo sancionador, se devuelve la garantía presentada. De declararse infundado o improcedente el recurso, se ejecuta la garantía.

269.5. El Tribunal resuelve dentro del plazo de quince (15) días hábiles improrrogables de presentado sin observaciones o subsanado el recurso de reconsideración.

269.6. La interposición del recurso de reconsideración de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento, difiere el inicio de la vigencia de la sanción mientras este no sea resuelto por el Tribunal.

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2166. Trámite de expedientes sancionadores que se encuentran en la secretaría del Tribunal. Procedimientos correspondientes a recursos de apelación que tengan declaración de expedito y a los recursos de reconsideración que hayan tenido audiencia pública, en el marco de una reconfiguración de salas. Véase la jurisprudencia del artículo 126º del Nuevo Reglamento [§ 1593]. (Acuerdo N.º 3-2015-TCE, de 19-06-2015. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. Texto completo: <bit.ly/2S5M32Y>).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§ 2167. Derecho a impugnar las actuaciones administrativas. 19. Entendido como un derecho constitucionalmente reconocido, el debido procedimiento administrativo comprende, entre otros aspectos, el derecho a impugnar las decisiones de la administración, bien mediante los mecanismos que provea el propio procedimiento administrativo o, llegado el caso, a través de la vía judicial, bien mediante el contencioso-administrativo o el propio proceso de amparo. En este último supuesto, el derecho de impugnar las decisiones de la administración confluye con el derecho de acceso a la jurisdicción cuando no existan vías propias dentro del propio procedimiento administrativo, o cuando estas se hayan agotado y causado estado en la decisión final de la administración. (Exp. N.º 3741-2004-AA/TC, del 14-11-2005 [Web: 11-10-2006 / EP: 24-10-2006], f. j. 19. Texto completo: <bit.ly/2vtpN9w>).

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2168. Finalidad del recurso de reconsideración. 7. En principio, cabe indicar que los recursos administrativos son mecanismos de revisión de actos administrativos. En el caso específico de los re-



curso de reconsideración, lo que el administrado requiere es la revisión de la decisión ya adoptada, por parte de la misma autoridad que emitió el acto que impugna. Para tal efecto, el administrado somete a consideración de esa autoridad los nuevos elementos que considera atendibles y suficientes para revertir el sentido de la decisión adoptada. En ese sentido, el recurso de reconsideración tiene por objeto que se revoque, reforme o sustituya un acto administrativo, con tal fin los administrados deben refutar los argumentos que motivaron la expedición o emisión de dichos actos, ofreciendo elementos de convicción que respalden sus alegaciones a efectos que el órgano emisor pueda reexaminar el acto recurrido [...] Recordemos que “si la administración adopta una decisión lo lógico es que la mantenga, a no ser que excepcionalmente se aporten nuevos elementos, a la vista de los cuales se resuelva rectificar lo decidido (...) En efecto, ya sea que el órgano emisor del acto recurrido no haya valorado algún elemento con el cual no se contaba al momento de la expedición de dicho acto o que haya existido un error en la valoración fáctica y jurídica al momento de emitir el mismo, lo cierto es que en ambos casos, los argumentos planteados por el recurrente estarán orientados exclusivamente a cuestionar el acto administrativo previamente emitido, en base al cual se efectuará el examen, lo que supone algo más que una reiteración de los mismos argumentos que esencialmente fueron expuestos y evaluados durante el trámite que dio origen a la recurrida. (Resolución N.º 1487-2017-TCE-S2, de 13-07-2017, f. 7. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2DrcXOU>).

§ 2169. El recurso de reconsideración tiene por objeto que se revoque, reforme o sustituya un acto administrativo, con tal fin los administrados deben refutar los argumentos que motivaron la expedición o emisión de dicho acto, ofreciendo elementos de convicción que respalden sus alegaciones a efectos que el órgano emisor pueda reexaminar el acto recurrido. 7. En principio, cabe indicar que los recursos administrativos son mecanismos de revisión de actos administrativos. En el caso específico de los recursos de reconsideración, lo que el administrado requiere es la revisión de la decisión ya adoptada, por parte de la misma autoridad que emitió el acto que impugna. Para tal efecto, el administrado somete a consideración de esa autoridad los nuevos elementos que considera atendibles y suficiente para revertir el sentido de la decisión adoptada. En ese sentido, el recurso de reconsideración tiene por objeto que se revoque, reforme o sustituya un acto administrativo, con tal fin los administrados deben refutar los argumentos que motivaron la expedición o emisión de dicho acto, ofreciendo elementos de convicción que respalden sus alegaciones a efectos que el órgano emisor pueda reexaminar el acto recurrido. Debe destacarse que todo acto administrativo goza, por principio, de la presunción de validez. En ese contexto, el objeto de un recurso de reconsideración no es que vuelva a reeditarse el procedimiento administrativo que llevó a la emisión de la resolución recurrida, pues ello implicaría que el trámite de dicho recurso merezca otros plazos y etapas. Recordemos que “*si la administración adopta una decisión lo lógico es que la mantenga, a no ser que excepcionalmente se aporten nuevos elementos, a la vista de los cuales se resuelva rectificar lo decidido (...)*”. En efecto, ya sea que el órgano emisor del acto recurrido no haya valorado algún elemento con el cual no se contaba al momento de la expedición de dicho acto o que haya existido un error en la valoración fáctica y jurídica al momento de emitir el mismo, lo cierto es que en ambos casos, los argumentos planteados por el recurrente estarán orientados exclusivamente a cuestionar el acto administrativo previamente emitido, en base al cual se efectuará el examen, lo que supone algo más que una reiteración de los mismos argumentos que esencialmente fueron expuestos y valuados durante el trámite que dio origen a la recurrida. Bajo dicha premisa, corresponde evaluar, en base a los argumentos y/o instrumentales aportados por el Impugnante, si existen nuevos elementos de juicio que generen convicción en este Colegiado a efectos de revertir la sanción impuesta a través de la Resolución impugnada. [...] (Resolución N.º 1487-2017-TCE-S2, de 13-07-2017, f. 7. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2DrcXOU>).

§ 2170. Objeto del recurso de Reconsideración. 2. El recurso de reconsideración en los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de este Tribunal se encuentra regulado en el artículo 231 del Reglamento [cfr. art. 269 del Nuevo Reglamento] de la Ley N.º 30225, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, en adelante el Reglamento. A tenor de lo dispuesto en el citado artículo, dicho recurso debe ser interpuesto dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de notificada

la resolución que impone la sanción y resuelto en el término de quince (15) días hábiles improrrogables a partir de su presentación sin observaciones o de la subsanación respectiva. [...]. 4. Estando a lo anterior, en este punto cabe destacar que los recursos administrativos constituyen, por definición, una manifestación de la voluntad de los administrados, quienes ante una decisión emanada por la Administración que considera lesiona sus derechos o intereses, se encuentran facultados para contradecir tal pronunciamiento, con la finalidad de revocarlo o modificarlo, según lo establecido en los artículos 109 y 206 de la Ley N.º 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General, en adelante LPAG. 5. Asimismo, debe tenerse presente que la interposición del recurso de reconsideración tiene por objeto que se revoque, reforme o sustituya un acto administrativo; con tal fin, los administrados deben refutar los argumentos que motivaron la expedición o emisión de dicho acto, ofreciendo elementos de convicción que respalden sus alegaciones a efectos que el órgano emisor pueda examinar el acto recurrido. *“Si la administración adopta una decisión lo lógico es que la mantenga, a no ser que excepcionalmente se aporten nuevos elementos, a la vista de los cuales se resuelva rectificar lo decidido (...)”*. En efecto, ya sea que el órgano emisor del acto recurrido no haya valorado algún elemento con el cual no se contaba al momento de la expedición de dicho acto o que haya existido un error en la valoración fáctica y jurídica al momento de emitir el mismo, lo cierto es que en ambos casos, los argumentos planteados por el recurrente estarán orientados exclusivamente a cuestionar el acto administrativo previamente emitido, en base al cual se efectuará el examen. (Resolución N.º 2554-2016-TCE-S4, de 27-10-2016, ff. 2, 4 y 5. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2t9V0Od>).

§ 2171. Noción de recursos administrativos. Presupuestos procesales para interponer recurso de reconsideración. 4. [...] [Los] recursos administrativos constituyen, por definición, una manifestación de la voluntad de los administrados, quienes ante una decisión emanada por la Administración que lesiona sus derechos o intereses, se encuentran facultados para contradecir tal pronunciamiento, con la finalidad de revocarlo o modificarlo, según lo establecido en los artículos 109 y 206 de la Ley N.º 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General, en adelante LPAG. En consecuencia, resulta necesario que el impugnante demuestre tener determinadas condiciones a efecto de contradecir decisión administrativa, sustentando principalmente que ésta perjudica sus intereses. Por ello, previamente al pronunciamiento sobre el fondo del recurso de reconsideración interpuesto por la Entidad, corresponde determinar si este reúne las condiciones de la acción y los presupuestos procesales necesarios, referidos a la legitimidad y capacidad, respectivamente, para interponer recurso de reconsideración contra lo resuelto por este Colegiado. (Resolución N.º 2029-2016-TCE-S4, de 29-08-2016, f. 4. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2RVLdX0>).

§ 2172. Fundamento del recurso de Reconsideración. 22. Por último, cabe destacar que los recursos de reconsideración, llamados en la doctrina recursos impropios, debido a que es el mismo órgano o autoridad que se pronunció originalmente, la encargada de resolver la impugnación, otorga a la autoridad administrativa la oportunidad de revisar sus pronunciamientos, así como de analizar nuevos hechos o pruebas, aportados por el recurrente, las mismas que es este caso han sido determinantes para lograr probar su posición frente a las circunstancias que alegadas por la Entidad, quien no se ha pronunciado al respecto. (Resolución N.º 052-2011-TC-S2, de 17-01-2011, f. 22. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2Ganwbj>).

§ 2173. Es fundado el recurso de reconsideración interpuesta contra la sanción que multa e inhabilita al postor, debido a que no es parte de la diligencia ordinaria de este corroborar la veracidad del informe técnico alcanzado por la Entidad. 14. Ahora bien, el Postor ha señalado en su recurso impugnativo que en la Resolución Directoral N.º 1623-2007-GR.LL-GRDS, el biólogo FSM reconoció haber realizado el estudio cuestionado, haber estampado el sello institucional y, además, haber registrado en el encabezamiento de los actuados la identificación institucional de la Dirección Regional de Salud de la Libertad y de la Dirección Ejecutiva de Salud Ambiental; por lo tanto, tuvo seguridad de estar recibiendo un estudio de efectividad realizado por un profesional de salud en ejercicio de sus funciones, toda vez que ha verificado la condición laboral de dicho biólogo, constatando que a la fecha era el responsable de la vigilancia y control de artrópodos y roedores de la Dirección Ejecutiva

de Salud Ambiental de la Dirección Regional Salud de la Libertad. Asimismo, se debe tomar en consideración el Anexo N.º 14 de las Bases Administrativas que establece en el punto b) la presentación de un estudio y visto bueno con nombre completo, firma y sello de los responsables de la DIRESA/DISA donde se ejecutó el trabajo, por lo tanto, no puede ser exigible a un postor un nivel de responsabilidad que alcance la verificación de las afirmaciones técnicas contenidas en el informe y su operación acorde con los estándares institucionales del Ministerio de Salud; toda vez que las bases no contiene un nivel de especificidad tal que el postor pueda advertir que era necesario la verificación exigida por la resolución recurrida, situación que vulnera su derecho de defensa al no pronunciarse sobre las condiciones singulares de culpabilidad que pudieran corresponderle en el curso de la presentación del informe. Así también, se debe tener en cuenta lo señalado en los numerales 6 y 10 de la Resolución N.º 1486-2009-TC-S3, que resuelve un caso similar, en la cual se ha consignado que no se ha cuestionado que el Biólogo FSM haya suscrito el documento cuestionado; puesto que la propia Dirección Regional de Salud de la Libertad, ha manifestado que dicho funcionario sorprendió a la Dirección Regional al elaborarlo sin la respectiva autorización; además, también indico que con relación a los estudios cuestionados, en principio cabe resaltar que, de acuerdo a lo informado por la Dirección Regional de Salud de la Libertad, éstos fueron realizados por el biólogo FSM, pero sin autorización correspondiente de la Gerencia Regional de Salud; en tal sentido, dicho profesional ha afirmado la verdad y exactitud de sus informes, los mismos que no ha sido desvirtuada en el procedimiento sancionador, asimismo, la emisión del documento por el funcionario público cuestionado por haber actuado en exceso de sus funciones no es de responsabilidad del postor, ya que resulta irracional exigirle conocer con exactitud las competencias de cada uno de los funcionarios de una Entidad. [...]. **18.** En tal sentido, en el presente caso, existe contradicción en las afirmaciones hechas por la Dirección Regional de Salud [...], toda vez que del documento presentado por la [empresa] Recurrente, se puede advertir que el estudio cuestionado sí fue emitido por un funcionario de la entidad responsable del Área de Vigilancia y Control de Artrópodos y Roedores de la Dirección Ejecutiva de Salud Ambiental [...], aunque sin aparente autorización de ésta, la misma que debía obrar en sus archivos y libros de registro de dicha Entidad, ya que incluso por la emisión del documento cuestionado se le abrió un procedimiento disciplinario a dicho funcionario y se le impuso una medida disciplinaria de Destitución; por lo tanto, teniendo en consideración que en esta instancia administrativa, no se ha llegado a formar convicción de la ilicitud del acto, se debe aplicar el principio de presunción de licitud, establecido en el numeral 9 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N.º 27444, razón por la cual este Colegiado considera que el presente recurso de reconsideración debe ser declarado fundado. (Resolución N.º 2025-2010-TC-S3, de 28-10-2010, ff. 14 y 18. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2JZmVbe>).

§ 2174. **La resolución que se expide en el marco de la interposición de un recurso de reconsideración, no agota la vía administrativa. El administrado no puede pedir la suspensión de la resolución que determina su situación gravosa sustentándolo en el art. 256.2 de la LPAG, sin tomar en cuenta que dicha resolución no fue emitida en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.** 4. [...] [E] Impugnante [...] refiere que debe aplicarse lo señalado en el literal a) del numeral 218.2 del artículo 218 de la Ley N.º 27444 (hoy artículo 220 del TUO de la LPAG), donde se señala que la resolución que se expide en el marco de la interposición de un recurso de reconsideración, agota la vía administrativa; al respecto, este Colegiado debe señalarle al recurrente que alude a conceptos jurídicos equivocados, puesto que, la utilidad que genera el “*agotamiento de la vía administrativa*”, es únicamente la interposición del proceso contencioso administrativo respectivo, a fin que sea revisada -judicialmente- la decisión administrativas, sin embargo, ello no tiene ninguna vinculación respecto a la no suspensión de la ejecución del acto impugnado, establecida en el numeral 224.1 del artículo 224 de la Ley, donde se señala que ésta se producirá, **a pesar de la interposición del recurso impugnativo**. En consecuencia, el argumento pretendido por el Impugnante no guarda sustento jurídico, por lo que, en opinión de este Colegiado, debe ser desestimado. Por último, el Impugnante sostiene que debe aplicarse lo señalado en el numeral 237.2 del artículo 237 de la Ley N.º 27444 (hoy artículo 256 del TUO de la LPAG), en el sentido que la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa; al respecto, este Colegiado debe precisarle al recurrente que este texto

normativo es aplicable únicamente a los procedimientos administrativos sancionadores, sin embargo, de la revisión a la Resolución Directoral N.º 16625-2015/DIGEMID/DAS/ERDISMED del 7 de setiembre de 2015 (que canceló el registro sanitario a la empresa [...]), no se advierte que la misma haya sido emitida en el marco de un procedimiento sancionador, por lo tanto, la norma invocada no puede ser aplicable al caso de autos. De esta manera, el tribunal también desestima este extremo del recurso de reconsideración. 5. Como segundo cuestionamiento, el impugnante sostiene que la opinión de la DIGEMID, se encuentra enmarcada en la creencia de tener la facultad unilateral, sin deber de cumplimiento de los derechos y principios básicos del procedimiento administrativo, de poder cancelar el registro sanitario, sin motivación, traslado o correcta aplicación de un procedimiento sancionador, ello a pesar que dichas ocurrencias se venían ventilando en la vía judicial en el contenciosos administrativo. Pues bien, en los fundamentos 13 y 16 de la resolución, se hace mención a que, según la Nota Informativa N.º 051-2017-DIGEMID-ALDPF/MINSA del 24 de abril de 2017, emitida por la DIGEMID, se concluye que el Registro Sanitario N.º N-0909-IMM [...] debe **entenderse cancelado** desde la fecha de la Resolución Directoral N.º 16625-2015-DIGEMID/DAS/ERDISMED del 7 de setiembre de 2015 [...]. Asimismo, se ha señalado que este Colegiado comparte la opinión contenida en la Nota Informativa N.º 051-2017-DIGEMID-ALDPF/MINSA del 24 de abril de 2017, en el sentido que, conforme señala el numeral 224.1 del artículo 224 del TUO de la LPAG, la interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, **no suspenderá la ejecución del acto impugnado**. Por lo que, no advirtiéndose la existencia de una norma legal especial que establezca la suspensión del acto impugnado, por tanto, era de aplicación la normal legal general contemplada en el TUO de la LPAG. (Resolución N.º 1149-2017-TCE-S4, de 29-05-2017, ff. 4 y 5. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2ryNXOB>).

§ 2175. En el recurso de reconsideración el impugnante somete a consideración de la autoridad los nuevos elementos que considera atendibles y suficientes para revertir el sentido de la decisión adoptada. 5. [Los] recursos administrativos son mecanismos de revisión de actos administrativos. En el caso específico de los recursos de reconsideración, lo que el administrado requiere es la revisión de la decisión ya adoptada, por parte de la misma autoridad que emitió el acto que impugna. Para tal efecto, el administrado somete a consideración de esa autoridad los nuevos elementos que considera atendibles y suficientes para revertir el sentido de la decisión adoptada. En tal sentido, corresponde evaluar, en base a los argumentos y/o instrumentales aportados por el impugnante, si existen los elementos de juicio suficientes que generen convicción en este Colegiado a efectos de dejar sin efecto la resolución impugnada y consecuentemente revertir la sanción de inhabilitación temporal que se le impuso por ocasionar la resolución del contrato, destacándose que todo acto administrativo goza de la presunción de validez. (Resolución N.º 1577-2017-TCE-S3, de 24-07-2017, f. 5. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2zbJhln>).

§ 2176. Interposición de recurso de reconsideración y exposición de un nuevo elemento probatorio para revertir el sentido de la decisión adoptada. 4. En principio, cabe indicar que los recursos administrativos son mecanismos de revisión de actos administrativos. En el caso específico de los recursos de reconsideración, lo que el administrado requiere es la revisión de la decisión ya adoptada, por parte de la misma autoridad que emitió el acto que impugna. Para tal efecto, el administrado somete a consideración de esa autoridad los nuevos elementos que considera atendibles y suficientes para revertir el sentido de la decisión adoptada. En ese sentido, el recurso de reconsideración tiene por objeto que se revoque, reforme o sustituya un acto administrativo, con tal fin los administrados deben desvirtuar los fundamentos, que motivaron la expedición o emisión de dicho acto, ofreciendo elementos de convicción que respalden sus alegaciones a efectos que el órgano emisor pueda reexaminar el acto recurrido. Recordemos que *“Si la administración adopta una decisión lo lógico es que la mantenga, a no ser que excepcionalmente se aporten nuevos elementos, a la vista de los cuales se resuelva rectificar lo decidido (...)”*. En efecto, ya sea que el órgano emisor del acto recurrido no haya valorado algún elemento con el cual no se contaba al momento de la expedición de dicho el cual no se contaba al momento de la expedición de dicho acto o que haya, existido un error en la valoración fáctica y jurídica al momento de emitir el

mismo, lo cierto es que en ambos casos, los argumentos planteados por el recurrente estarán orientados exclusivamente a cuestionar el acto o que hay existido un error en la valoración fáctica y jurídica al momento de emitir el mismo, lo cierto es que en ambos casos, los argumentos planteados por el recurrente estarán orientados exclusivamente a cuestionar el acto administrativo previamente emitido, en base al cual se efectuará el examen. Bajo dicha premisa, corresponde evaluar, en base los argumentos y/o instrumentales aportados por el Impugnante, si existen nuevos elementos de juicio, que generen convicción en este Colegiado a efectos de revertir la sanción impuesta a través de la resolución impugnada. Debe destacarse que todo acto administrativo goza, por principio, de la presunción de validez. [...]. (Resolución N.º 0019-2017-TCE-S4, de 04-01-2017, f. 4. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2Qmr9At>).

§ 2177. El TCE declara la nulidad de oficio de la resolución sancionatoria, cuando no se convoque en su oportunidad la audiencia pública solicitada por el administrado. 15. [...] [C]onsiderando que, en su oportunidad, no se atendió la solicitud del Impugnante de programar audiencia pública a fin que pueda ejercer su derecho de defensa con la exposición oral de sus argumentos, se habría afectado el debido procedimiento al que tiene derecho todo administrado en un procedimiento administrativo sancionador, recogido por el numeral 2 del artículo 246 de la LPAG, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1.2 del artículo IV de la LPAG, por lo que corresponde declarar la nulidad de oficio del citado acto administrativo, facultad que se encuentra dentro del plazo de prescripción establecido en dicha normativa. **16.** En consecuencia, dado que el órgano que emitió la Resolución N.º 1046-2017-TCE-S1 [a través del cual se dispuso sancionar a la empresa] del 16 de mayo de 2017 fue la Primera Sala del Tribunal y considerando que ésta no se encuentra sometida a subordinación jerárquica, la nulidad podrá ser declarada por el mismo Tribunal, conforme a lo dispuesto en los artículos 11 y 211 de la LPAG. (Resolución N.º 1255-2017-TCE-S1, de 12-06-2017, f. 13. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2G4kzJP>).

§ 2178. En un procedimiento administrativo sancionador la Entidad no forma parte del proceso, por tanto, carece de legitimidad para interponer el recurso de reconsideración. 15. [Los] procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante esta sede son procedimientos bilaterales, cuyas partes son únicamente el Tribunal y los proveedores, participantes, postores, contratistas y expertos independientes que hayan incurrido en una supuesta causal de sanción tipificada en la Ley de Contrataciones del Estado. En ese orden de ideas, la intervención de la entidad (ante la cual se cometió la infracción) en los procedimientos administrativos sancionadores que se tramitan en este Tribunal se encontraba regulada por los artículos 241 y 242 del Reglamento [cfr. art. 259 del Nuevo Reglamento], en cuya virtud la Entidad estaba obligada a informar al Tribunal sobre las supuestas infracciones de las que tome conocimiento y a remitir oportunamente la información que al respecto se le solicite, sin embargo, la entidad no realiza dichas actuaciones en calidad de administrado o parte en el procedimiento administrativo, en la medida que la decisión de imponer o no sanción, que sobre el mismo se pueda adoptar, no afecta su esfera jurídica. Aunado a lo anterior se debe tener en consideración que el Tribunal, órgano autónomo que forma parte de la estructura administrativa del OSCE, es quien determina de oficio el inicio del procedimiento administrativo sancionador, decisión para la cual requiere, de ser el caso, un informe técnico legal y demás documentación que posea la Entidad, por ser la convocante a un proceso selección, siendo esta una colaboradora en el trámite del procedimiento administrativo sancionador. Por lo tanto, se advierte que en el caso concreto la Entidad no forma parte del presente procedimiento, y, por ende, carece de legitimidad para interponer el recurso de reconsideración presentado. (Resolución N.º 1047-2016-TCE-S2, de 23-05-2016, f. 15. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2Lc1qVv>).

§ 2179. El procedimiento administrativo sancionador es un procedimiento bilateral. Falta de legitimidad de la Entidad para interponer el recurso de reconsideración. 8. Al respecto, el artículo 50 de la LPAG, define a los administrados como aquellas personas naturales o jurídicas que participan en un procedimiento administrativo. Asimismo, señala que las entidades podrán, en algunos casos, intervenir como administrados. Por su parte, el artículo 51 de la LPAG establece que respecto de

un procedimiento administrativo concreto se considera administrado a quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos y a aquellos que, sin haber iniciado el procedimiento, posean derechos o intereses legítimos que pueden resultar afectados por la decisión a adoptarse. Ahora bien, el artículo 229 del mismo cuerpo normativo define al procedimiento administrativo sancionador como el procedimiento bilateral a través del cual las entidades establecen la comisión de infracciones administrativas a efectos de imponer sanciones a los administrados. 9. En esa línea de análisis, los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante esta sede son procedimientos bilaterales, cuyas partes son únicamente el Tribunal y los proveedores, participantes, postores, contratistas o expertos que hayan incurrido en una supuesta causal de sanción tipificada en la normatividad de contratación pública, específicamente en la Ley de Contrataciones del Estado; por lo que se advierte que en el caso concreto, la Entidad no forma parte del presente procedimiento, por ende carece de legitimidad para interponer el recurso de reconsideración presentado, toda vez que “(...) los órganos administrativos actuando con imperio, no se encuentran en condiciones de presentar recursos contra actos administrativos de otras autoridades de igual, mayor o menor nivel, en razón a que la propia esencia de la teoría organizativa Jerarquizada permite a las autoridades la aptitud para imprimir la dirección deseada a la gestión pública sin cuestionamientos provenientes de su interior” 10. En atención a lo expuesto, este Tribunal considera que el recurso de reconsideración interpuesto por la Entidad debe ser declarado improcedente, al haberse presentado fuera del plazo otorgados por la normativa especial para tal fin, y al haberse determinado que aquella carece de legitimidad para impugnar el mencionado acto administrativo; siendo preciso señalar que con la presente decisión, se agota la vía administrativa. [...]. (Resolución N.º 2655-2015-TCE-SI, de 19-11-2015, ff. 8 al 10. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2Afz4VU>).

§ 2180. El recurso de consideración suspende la entrada en vigencia de la sanción impuesta en tanto sea resuelta. 17. [...] [T]odo procedimiento administrativo sancionador se entiende culminado cuando la decisión adoptada haya quedado consentida o administrativamente firme; por ello, estando en curso la tramitación del recurso de reconsideración, cuya interposición, en atención a lo dispuesto el artículo 248 del Reglamento [cfr. art. 269 del Nuevo Reglamento], suspende la entrada en vigencia de la sanción impuesta en tanto sea resuelta, corresponde a este Colegiado disponer también la suspensión del presente procedimiento administrativo en el estado actual en el que se encuentra, así como la tramitación del recurso interpuesto hasta que se emita el laudo que ponga fin a la controversia la conclusión del proceso arbitral. (Resolución N.º 2769-2015-TCE-S3, de 03-12-2015, f. 17. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2SxwYHB>).

§ 2181. No existe legalmente previsto en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad que uno de los administrados, destinatario de la decisión del Tribunal en un procedimiento sancionador, pueda plantear, fuera de un recurso de reconsideración, una solicitud de nulidad contra una resolución del OSCE. 2. [...] [L]os administrados pueden plantear la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos correspondientes, Recuérdese que, de conformidad con lo establecido en el artículo 231 del Reglamento, contra lo resuelto por el Tribunal en un procedimiento sancionador puede interponerse recurso de reconsideración. En consecuencia, no existe legalmente previsto en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad que uno de los administrados, destinatario de la decisión del Tribunal en un procedimiento sancionador, pueda plantear, fuera de un recurso de reconsideración, una solicitud de nulidad contra una resolución de este Tribunal, debiendo destacarse que nuestra normativa sólo ha previsto la posibilidad de interponer recurso de reconsideración en tal tipo de procedimiento. Por ende, la solicitud de nulidad de oficio formulada por la empresa, carece de asidero legal, debiendo ser declarada no ha lugar. (Resolución N.º 049-2017-TCE-S2, de 06-01-2017, f. 2. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2sgNslZ>).

REMISIÓN

§ 2181a. Sobre los recursos administrativos. Véase también la jurisprudencia del artículo 41º de la Ley [§ 650 ss.].



Artículo 270: Acción contencioso administrativa

Procede la acción contencioso administrativa ante el Poder Judicial, de conformidad con la Ley de la materia, contra:

- a) La resolución que impone una sanción; o
- b) La resolución que se pronuncia respecto de la reconsideración interpuesta contra una resolución sancionatoria.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2182. El recurso de reconsideración interpuesto contra una resolución sancionatoria, agota la vía administrativa. 17. [...] los documentos cuestionados no eran ajenos a los integrantes del Consorcio y a la propia ejecución de la obra, pues se trataba de cartas fianza sin cuya presentación no hubiera sido posible la firma del Contrato ni el inicio de la ejecución de la obra, motivo por el cual los consorciados, aun cuando no hubieran participado de su obtención, debían tener la diligencia mínima de verificar la validez de dichos instrumentos financieros, para lo cual bastaba con comunicarse con el emisor de los mismos, para que confirme o niegue su validez, más aun considerando, en el caso del Impugnante, que, de acuerdo a la promesa formal de consorcio, era el responsable del 77% de las obligaciones vinculadas a la ejecución de la obra. [...]. 22. [Los] aspectos alegados por el Impugnante carecen de sustento suficiente para revertir el sentido de la Resolución N.º 2858-2016-TCE-S1 del 5 de diciembre de 2016 al no haberse aportado elementos idóneos que desvirtúen los fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, el recurso de reconsideración interpuesto deviene en infundado, confirmando la sanción impuesta al Impugnante; debiendo tenerse presente que, con la presente decisión se agota la vía administrativa y que, de estimarlo conveniente a sus intereses, la empresa ARQUITEMPUS SA puede hacer uso de los mecanismos que la ley prevé. (Resolución N.º 06-2017-TCE-S1, de 03-01-2017, ff. 17 y 22. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2TjF1sd>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 2183. La acción contencioso administrativa no suspende los efectos de los actos administrativos que agotaron la vía administrativa, salvo decisión judicial o norma legal que disponga lo contrario. CONCLUSIONES: 3.1. Por regla general los actos administrativos que agotaron la vía administrativa tienen mérito ejecutorio, y contra ellos sólo cabe interponer acción contenciosa administrativa ante las instancias judiciales, la misma que no suspende sus efectos, salvo decisión judicial o norma legal que disponga lo contrario. 3.2. En materia de contratación pública, la resolución o denegatoria ficta del Tribunal de Contrataciones del Estado ponen fin al procedimiento administrativo impugnatorio y constituyen decisiones de última y definitiva instancia administrativa, por lo que son ejecutables en sus términos. Sin embargo, si el administrado recurre Poder Judicial para cuestionar la decisión, mediante la acción contenciosa administrativa, no se suspende su ejecución, salvo que el órgano jurisdiccional conceda una medida cautelar. 3.3. La ejecución de lo resuelto en última instancia administrativa sólo se suspende por el tiempo de vigencia de la medida cautelar, por lo que de levantarse y dejarse sin efectos aquella medida judicial que afectaba determinado proceso de selección, resulta razonable concluir que no existiría impedimento de su continuación, es decir, para formalizar la suscripción o ejecución del contrato resultante. (Opinión N.º 064-2017/DTN, de 02-03-2017, ff. 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Pmm2L1>).

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera.

En lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, solo en ausencia de estas, las de derecho privado.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2184. **En los procesos de selección no es aplicable la prohibición de solicitar a los administrados la presentación de documentos que hayan sido expedidos por la misma Entidad contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo General. 20.** Por otro lado, el artículo 40.1.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N.º 27444, dispone que las Entidades están prohibidas de solicitar a los administrados la presentación de documentos que hayan sido expedidos por la misma Entidad o por otras Entidades públicas del sector; en cuyo caso corresponde recabarlas a la propia Entidad a solicitud del Administrado. 21. Como es evidente, esta norma no es aplicable a los procesos de selección, pues bastaría que los postores ofrezcan documentos que obran en la Entidad o en alguna dependencia del sector al que pertenece ella, sin presentarlos físicamente, para que el Comité Especial se vea en la obligación de acudir, indagar y obtener la documentación de sus archivos o del de otras Entidades y así desplegar una actividad, que no es su deber ni obligación y que, en puridad, le corresponde desarrollar al propio administrado, quien es el que está en mejor disposición y es el interesado en obtener dicha documentación, lo que además contraviene el Principio de Eficiencia que debe regir las contrataciones del Estado. (Resolución N.º 871-2008-TC-S4, de 28-03-2008, ff. 20 y 21. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2MBiULH>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 2185. **La normativa de contrataciones del Estado prevalece sobre las normas del procedimiento administrativo general. 3.** CONCLUSIÓN. La normativa de contrataciones del Estado prevalece sobre las normas del procedimiento administrativo general, como por ejemplo el Decreto Legislativo N.º 1246, por lo que se encuentran vigentes las disposiciones contenidas en el numeral 5 del artículo 117 del Reglamento [cfr. art. 139.1.d del Nuevo Reglamento] y las Bases Estándar en lo referido a los requisitos para perfeccionar el contrato. (Opinión N.º 079-2017/DTN, de 13-03-2017, f. 3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DsRnJs>).

§ 2186. **Aplicación supletoria de normas de derecho público a los procesos de contratación del Estado. El procedimiento a través del cual se solicita la aplicación del principio de retroactividad benigna se realiza en conformidad a las disposiciones contempladas en la Ley del Procedimiento Administrativo General.** CONSULTA: 2.1. "(...) cuál es la vía legal prevista para solicitar al OSCE la aplicación del Principio de Retroactividad Benigna, establecido en el artículo 230º de la Ley N.º 27444 a las sanciones impuestas que ya agotaron la vía administrativa y que se encuentran actualmente en ejecución." [...] 2.1.2. [...] [En] virtud del principio de 'Irretroactividad' en el marco de lo dispuesto por la LPAG, las disposiciones sancionadoras posteriores que sean más favorables (retroactividad benigna) al infractor o posible infractor -según corresponda- serán aplicadas a los procedimientos en trámite, e incluso a las sanciones impuestas que se encuentran en la etapa de ejecución de la sanción administrativa. 2.1.3. Sobre el particular, corresponde señalar que la normativa de contrataciones del Estado, a través de las disposiciones contenidas en el Reglamento, prevé -entre otros aspectos- las reglas del procedimiento sancionador, las formas de aplicar sanciones, la gradualidad y proporcionalidad de la imposición de la sanción, así como las demás reglas relacionadas con el ejercicio de la potestad sancionadora a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado; no obstante, no detalla el procedimiento mediante el cual se solicita la aplicación del principio de 'Irretroactividad' a sanciones administrativas que se encuentran en

etapa de ejecución. En ese contexto, cabe precisar que la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento ha establecido que *“En lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, solo en ausencia de estas, las de derecho privado”*. (El subrayado es agregado). En esa línea, el numeral 229.2 del artículo 229 de la LPAG establece la aplicación supletoria de sus disposiciones en materia sancionadora a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, las cuales *“deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 230º, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.”* De esta manera, puede desprenderse que las disposiciones contempladas en la LPAG son supletoriamente aplicables a lo no previsto por la normativa de contrataciones del Estado en materia sancionadora. Por tanto, el procedimiento a través del cual se solicita la aplicación del principio de *‘Irretroactividad’* para aquellas sanciones administrativas impuestas por el Tribunal de Contrataciones del Estado a proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas –según corresponda-, se realiza de conformidad con las disposiciones contempladas en la Ley N.º 27444, *Ley del Procedimiento Administrativo General*. (Opinión N.º 119-2017/DTN, de 23-05-2017, ff. 2.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KYJ1uW>).

§ 2187. En el ámbito de contrataciones estatales, no puede aplicarse de manera supletoria el artículo 1700 del Código Civil para convertir un contrato de arrendamiento en uno de duración indeterminada. CONSULTA: *“¿Correspondería debido a la necesidad pública, aplicar en extenso de manera supletoria y/o complementaria, el artículo 1700º del Código Civil a efectos que el referido contrato [de arrendamiento] se convierta en uno de naturaleza indeterminada?”* **2.1.** [...] [La] Primera Disposición Complementaria Final de la Ley señala lo siguiente “La presente Ley y su reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. **2.2.** Efectuadas estas precisiones, corresponde señalar que los contratos celebrados bajo el amparo de la normativa de contrataciones del Estado deben contemplar un plazo de ejecución a efectos de establecer el inicio y la culminación de las prestaciones que deberá efectuar el contratista; dicho plazo debía definirse desde la formulación del requerimiento para posteriormente ser recogido en las Bases y finalmente en el contrato. Así, el artículo 120 del Reglamento [cfr. art. 142 del Nuevo Reglamento] establece las reglas que deben respetarse al establecer el plazo de ejecución contractual, en aquellos contratos realizados por las Entidades Públicas, de acuerdo a lo siguiente: [...] (...) Cuando se trate del arrendamiento de bienes inmuebles, el plazo puede ser hasta por un máximo de tres (3) años prorrogables en forma sucesiva por igual o menor plazo; reservándose la Entidad el derecho de resolver unilateralmente el contrato antes del vencimiento previsto, sin reconocimiento de lucro cesante ni daño emergente, sujetándose los reajustes que pudieran acordarse al Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI.” (El resaltado es agregado) [...] De esta manera, en el caso de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, el plazo de ejecución previsto en el contrato podía ser prorrogado en forma sucesiva por igual o menor tiempo, pero siempre especificándose el periodo a prorrogar. De lo expuesto, se advierte que la normativa de contrataciones del Estado *–la cual prevalece sobre las normas de derecho privado, como por ejemplo el Código Civil–* no admite la posibilidad de que los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, realizados por las Entidades Públicas, puedan tener una duración indeterminada, sino que, por el contrario, dispone que éstos deben tener un plazo de ejecución no mayor de tres (3) años, el cual puede ser prorrogado en forma sucesiva por igual o menor periodo. (Opinión N.º 146-2018/DTN, de 12-09-2018, ff. 2.1 y 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BBiDVa>).

§ 2188. La prohibición contenida en la Ley del Procedimiento Administrativo general, referida a que las entidades no pueden solicitar a los administrados la presentación de la documentación que ellos tengan en su poder o se encuentre en otra entidad pública, no es aplicable en los procedimientos de selección regulados al amparo de la Ley de Contrataciones del Estado. CONSULTA: **2.1.** “a) *“Considerando que el procedimiento de selección es un procedimiento administrativo especial, ¿en la presentación de ofertas por partes de los postores, específicamente en lo referido a la documentación que sirve para acreditar el monto facturado o la experiencia del personal clave, corresponde la aplicación del artículo*

46 del TUO de la LPAG? De ser afirmativa la repuesta, sírvase a indicar si ¿en aplicación del artículo 46 del TUO de la LPAG, para acreditar el monto facturado, los postores pueden indicar la información referida a los contratos que hayan suscrito con la entidad convocante a fin de acreditar el monto facturado, de modo tal que no sea exigible que dicho postor presente en su oferta la documentación señalada en las bases estandarizadas, correspondiendo a la entidad convocante obtener de sus archivos documentos tales como los contratos, órdenes de servicio, conformidad, constancias de presentación o comprobantes de pago? De igual modo, se consulta si, ¿en aplicación del artículo 46 de TUO de LPAG, para acreditar la experiencia del personal clave, los postores pueden indicar la información referida a los contratos que se hayan suscrito con la entidad convocante a fin de acreditar la experiencia de dicho personal, de modo que no sea exigible que dicho postor presente en su oferta la documentación señalada en las bases estandarizadas, correspondiendo a la entidad convocante obtener de sus archivos documentos tales como copia simple del contratos y su respectiva conformidad, constancias, certificados o cualquier otra documentación que, de manera fehaciente demuestre la experiencia del personal propuesto?”

2.1.3. [...] Corresponde señalar que el Texto Único Ordenado (T.U.O.) de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, dispone en su artículo 46 que “(...) para el inicio, prosecución o conclusión de todo procedimiento, común o especial, las entidades quedan prohibidas de solicitar a los administrados la presentación de la siguiente información o la documentación que la contenga: 46.1. Aquella que la entidad solicitante genere o posea como producto del ejercicio de sus funciones públicas conferidas por la Ley o que deba poseer en virtud de algún trámite realizado anteriormente por el administrado en cualquiera de sus dependencias, o por haber sido fiscalizado por ellas, durante cinco (5) años anteriores inmediatos, siempre que los datos no hubieren sufrido variación. Para acreditarlo, basta que el administrado exhiba la copia del cargo donde conste dicha presentación, debidamente sellado y fechado por la entidad ante la cual hubiese sido suministrada. 46.2. Aquella que haya sido expedida por la misma entidad o por otras entidades públicas del sector, en cuyo caso corresponde a la propia entidad recabarla directamente.” (El subrayado es agregado). Como se advierte, en el marco de un procedimiento administrativo común o especial, las entidades se encuentran prohibidas de solicitar a los administrados la presentación de determinada documentación que se encuentre en su poder o en el de otras Entidades públicas del sector.

2.1.4. [...] A partir de lo indicado, puede advertirse que si bien la Ley del Procedimiento Administrativo General se caracteriza por tener una vocación unificadora, pues establece ciertos postulados básicos que sirven como parámetro mínimo al cual debe sujetarse la función administrativa, ha otorgado cierto margen de actuación a las Entidades para que puedan desarrollar, complementar, perfilar y/o reglamentar aquellos aspectos que así lo requieran; asimismo, reconoce la existencia de determinadas situaciones particulares que ameritan un tratamiento diferenciado, pudiendo construirse en tales casos, **procedimientos administrativos especiales debidamente justificados** [...] **2.1.5.** [...] Sumado a ello, debe mencionarse que la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley precisa en su primer párrafo lo siguiente: “La presente Ley y su reglamento **prevalecen** sobre las normas de derecho público y sobre todas de derecho privado que le sean aplicables.” (El resaltado es agregado). En ese sentido, la Ley ha previsto expresamente que la normativa de contrataciones del Estado prevalece sobre las normas del procedimiento administrativo general, dada la especialidad del procedimiento que se regula. Por todo lo antes expuesto, puede concluirse que lo dispuesto en el artículo 46 del T.U.O. de la Ley del Procedimiento Administrativo General no resulta aplicable al procedimiento de selección regulado en la normativa de contrataciones del Estado, por consiguiente, los proveedores se encuentran obligados a presentar toda la documentación prevista en las Bases. (Opinión N.º 178-2018/DTN, de 31-10-2018, ff. 2.1, 2.1.3, 2.1.4 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TZCmoD>).

§ 2189. Mediante Ley se puede crear regímenes legales o especiales de contratación que pueden inaplicar total o parcialmente las disposiciones de la normativa de Contrataciones del Estado. En lo casos en que se cree un régimen especial de contratación, la normativa de Contrataciones del Estado resultará aplicable de manera supletoria en cuanto no resulte incompatible.

2.1.2. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe precisar que mediante ley pueden establecerse disposiciones especiales o excepcionales al régimen general de contrataciones del Estado, inaplicando, parcial o totalmente, sus disposiciones; tal y como lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional: “(...) si bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los prin-

cipios señalados en el artículo 76º de la Constitución, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución, y cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública. Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario.” De lo expuesto, puede advertirse que, mediante Ley, se pueden crear regímenes legales o especiales de contratación, los mismos que tienen naturaleza excepcional, a fin de que las Entidades puedan contratar bienes, servicios u obras aplicando disposiciones distintas a las previstas en la normativa de contrataciones del Estado. Sin embargo, debe tenerse presente que la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley establece que lo siguiente: “La presente Ley y su reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. Asimismo, son de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que no se sujeten al ámbito de aplicación de la presente Ley, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las normas específicas que las regulan y sirvan para cubrir un vacío o deficiencia de dichas normas.” En este sentido, la normativa de contrataciones del Estado resulta de aplicación supletoria a aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que se sujeten a un régimen legal de contratación, siempre que esta aplicación supletoria no resulte incompatible con las normas específicas de dicho régimen. [...] (Opinión N.º 132-2016/DTN, de 17-08-2016, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2S69mKo>).

§ 2190. Adicionalmente, debe mencionarse que pueden existir normas que, aun sin regular contrataciones de bienes, servicios u obras, efectuadas por Entidades con cargo a fondos públicos, establezcan expresamente que, ante vacíos o falencias en sus disposiciones, procede la aplicación supletoria de la normativa de contrataciones del Estado. 2.1.2. [...] Debe tenerse presente que la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley establece que lo siguiente: “La presente Ley y su reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. Asimismo, son de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que no se sujeten al ámbito de aplicación de la presente Ley, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las normas específicas que las regulan y sirvan para cubrir un vacío o deficiencia de dichas normas.” En este sentido, la normativa de contrataciones del Estado resulta de aplicación supletoria a aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que se sujeten a un régimen legal de contratación, siempre que esta aplicación supletoria no resulte incompatible con las normas específicas de dicho régimen. Adicionalmente, debe mencionarse que pueden existir normas que, aun sin regular contrataciones de bienes, servicios u obras, efectuadas por Entidades con cargo a fondos públicos, establezcan expresamente que, ante vacíos o falencias en sus disposiciones, procede la aplicación supletoria de la normativa de contrataciones del Estado. En este último caso, aun cuando estas normas en estricto no configuren un régimen legal o especial de contratación, por disposición expresa establecen la aplicación supletoria de la normativa de contrataciones del Estado. En relación con los supuestos mencionados anteriormente, es necesario precisar que la aplicación supletoria de normas presupone la existencia de una normativa que, siendo aplicable a determinada relación o situación jurídica de manera obligatoria, no regula un caso o supuesto particular (norma suplida), por lo que resulta necesario recurrir a otra normativa distinta con la finalidad de suplir la falencia o vacío existente (norma supletoria). No obstante, la aplicación supletoria de una norma implica un análisis de compatibilidad; esto es, realizar un análisis comparativo de la norma a ser suplida y de la norma supletoria, a efectos de determinar si sus naturalezas son semejantes y, por tanto, compatibles. (Opinión N.º 132-2016/DTN, de 17-08-2016, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2S69mKo>).

Segunda.

Según lo dispuesto en los literales a), b) y c) del artículo 52 de la Ley, el OSCE adopta las medidas necesarias para ejercer la supervisión de las contrataciones, emitiendo resoluciones, pronunciamientos, entre

otros; pudiendo requerir para tal efecto, a través del SEACE u otro medio, información y la colaboración de todas las Entidades que correspondan.

Lo dispuesto por el OSCE producto de sus acciones de supervisión se notifica a través del SEACE y es de cumplimiento obligatorio.

Asimismo, las opiniones mediante las que el OSCE absuelve consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado se publican en el portal institucional del OSCE.

Tercera.

Mediante Acuerdo de Consejo Directivo del OSCE se aprueban precedentes administrativos sobre la normativa de contrataciones del Estado que son de observancia obligatoria desde su publicación en el Diario Oficial "El Peruano". El precedente establecido en el Acuerdo conserva su carácter obligatorio mientras no sea modificado mediante otro Acuerdo posterior, debidamente sustentado o por norma legal. El órgano de línea del OSCE que tiene como función absolver consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, es el responsable de presentar al Consejo Directivo la propuesta de precedente administrativo de observancia obligatoria. ⁽¹⁾

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

(1) Rectificado por fe de erratas (12-01-2019).

Cuarta.

Si durante la fase de actuaciones preparatorias, las Entidades advierten que es posible la participación de ejecutores o consultores de obras que gozan del beneficio de la exoneración del IGV prevista en la Ley N.º 27037, se tiene en cuenta lo siguiente:

1. El valor referencial del procedimiento de selección es único e incluye todos los conceptos que incidan sobre el objeto de la contratación, incluido el Impuesto General a las Ventas (IGV).
2. Las bases del respectivo procedimiento de selección establecen además del valor referencial, los límites de este, con y sin IGV.
3. El postor que goza de la exoneración prevista en la Ley N.º 27037, Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía, formula su oferta teniendo en cuenta exclusivamente el total de los conceptos que conforman el valor referencial, excluido el Impuesto General a las Ventas (IGV).
4. El postor que no goza de la exoneración prevista en la Ley N.º 27037, Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía, formula su oferta teniendo en cuenta el valor referencial incluido el Impuesto General a las ventas (IGV).
5. La admisión de las ofertas que presenten los postores depende de si aquellas se encuentran dentro de los límites establecidos en el artículo 28.2 de la Ley de Contrataciones del Estado. Las ofertas que no incluyan el IGV son contrastadas con los límites del valor referencial sin IGV.

La inclusión en las bases de las disposiciones referidas a la aplicación del beneficio de la exoneración del IGV se da independientemente del lugar en que se convoque el procedimiento de selección o se suscriba el respectivo contrato.

Quinta.

Para el cómputo de los plazos aplicables al procedimiento de selección, de impugnación y el procedimiento sancionador, no aplica el término de la distancia.

Sexta.

El Presidente del Tribunal es elegido por el pleno de los Vocales en funciones, por el periodo de un (1) año. Los resultados de la elección son comunicados por el Presidente al Consejo Directivo con la propuesta de conformación de las Salas. Antes del vencimiento de su mandato, es obligación del Presidente convocar a Sala Plena para efectuar la nueva elección.

Séptima.

Los insumos directamente utilizados en los procesos productivos por las empresas del Estado que se dediquen a la producción de bienes o prestación de servicios, pueden ser contratados aplicando el procedimiento de selección de Adjudicación Simplificada.

Octava.

El OSCE puede utilizar plataformas informáticas para la tramitación electrónica de los procedimientos administrativos de su competencia, debiendo para tal efecto observar lo dispuesto en la Ley N.º 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales. Todos los actos emitidos electrónicamente, en tanto sean emitidos de acuerdo a las formalidades establecidas en dicha Ley, tienen pleno efecto jurídico para las partes del procedimiento, Administración Pública y terceros.

El acceso a la información se regula conforme a lo establecido en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su Reglamento, pudiendo OSCE atender dichos pedidos a través de la remisión de la versión digital de los documentos. A solicitud del interesado, dichos pedidos son atendidos a través de la impresión de la versión digital, autenticada por el funcionario competente.

El OSCE puede implementar mecanismos electrónicos para recibir la documentación de las partes o de terceros y para notificar los actos administrativos emitidos durante sus procedimientos, pudiendo establecer la obligatoriedad del uso de los referidos mecanismos electrónicos, en tanto estos observen los procedimientos y formalidades establecidos en el TUO de la N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

La implementación y disposiciones referidas al uso de las plataformas informáticas o la sustitución de las mismas, son establecidas mediante Directiva.

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2191. **Implementación de lo dispuesto por la octava disposición complementaria final del Reglamento.** [...] [Los] Vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado acordaron, por unanimidad, proceder con la implementación inmediata de lo dispuesto en la Octava Disposición Complementaria Final del Reglamento, modificada por el Decreto Supremo N.º 056-2017.EF; por tanto, aprobaron: Elegir al señor Vocal Víctor Manuel Villanueva Sandoval como Presidente del Tribunal de Contrataciones del Estado, por el periodo de un (01) año, con efectividad a la fecha de suscripción del presente Acuerdo. (Acuerdo N.º 02-2017-TCE, de 03-04-2017. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. [EP, 19-04-2017, p. 28]. Texto completo: <bit.ly/2DH5wBA>).

Novena.

Todos los pagos que la Entidad deba realizar a favor del contratista para la cancelación de los bienes, servicios en general y consultorías objeto del contrato, se efectúan mediante transferencias electrónicas a través del abono directo de los montos correspondientes en la cuenta bancaria del contratista en el Banco

de la Nación u otra entidad del Sistema Financiero Nacional, en los plazos y condiciones pactados y conforme a las disposiciones del Sistema Nacional de Tesorería.

La Dirección General del Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas determina los casos excepcionales a lo señalado, así como el tratamiento especial o alternativo a aplicarse en dichos casos.

Para efectos del pago mediante transferencias electrónicas, la Entidad hace uso obligatorio del número del CCI proporcionado por el contratista para la suscripción del contrato. En los casos que el contratista no hubiese proporcionado el indicado número a la Entidad, el Banco de la Nación procede a la apertura de oficio de una cuenta bancaria a su nombre para el abono de los correspondientes pagos.

Décima.

El Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE, la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas y la Central de Compras Públicas - PERÚ COMPRAS, el Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud - CENARES pueden realizar Compras Corporativas con administración delegada que comprende las acciones necesarias que permitan a estas Entidades realizar la homogeneización y/o estandarización de los bienes o servicios en general, los actos preparatorios, el procedimiento de selección para obtener una oferta por el conjunto de los requerimientos de las Entidades participantes, incluyendo la suscripción de los contratos correspondientes con el proveedor o proveedores seleccionados, así como la administración del contrato durante su vigencia, es decir, hasta su finalización con la emisión de la última conformidad.

Para ello, las Entidades participantes suscriben, previamente, convenios institucionales con una de las Entidades indicadas en el numeral anterior, a las que se denomina Entidad encargada para demandar la provisión de los bienes y/o servicios en general susceptibles de homogeneizar y estandarizar, a fin que esta última sea quien efectúe todos los actos necesarios para su contratación. Asimismo, las Entidades participantes, asumen en virtud de los convenios suscritos, las obligaciones que correspondan al pago por los servicios en general o bienes que les brindará el proveedor seleccionado por la entidad encargada. Para el caso de los procesos que convoque la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, CENARES y PERÚ COMPRAS, el contrato es suscrito por dichas entidades, según corresponda, por las Entidades que solicitaron la compra corporativa y por el proveedor seleccionado.

La suscripción del contrato se ajusta a los plazos y condiciones previstas en el presente Reglamento, correspondiendo a la Entidad encargada comunicar a las entidades participantes los resultados del procedimiento, dentro de un plazo no mayor de tres (3) días hábiles de suscrito el contrato, con la finalidad de informar las condiciones obtenidas para la prestación de los bienes y/o servicios en general.

La Entidad encargada, al suscribir el contrato, asume la calidad de Entidad contratante y, por ende, todas las obligaciones y derechos que le asisten como tal; siendo la responsable de otorgar la conformidad por el íntegro de las prestaciones efectuadas, previa validación con las entidades que reciben el bien o servicio en general, así como de disponer la cesión de pago a favor de las entidades destinatarias del bien o servicio provisto, en las proporciones que les correspondan, sin que ello implique la cesión de su posición de sujeto contractual frente al contratista.

Decimoprimer.

Dentro del supuesto de hecho de la infracción establecida en el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, referida a la presentación de información inexacta, se encuentra comprendida la presentación de garantías que no hayan sido emitidas por las empresas indicadas en el numeral 33.2 del artículo 33 de la Ley.

Decimosegunda.

Para los servicios a los que hace referencia el Decreto Supremo N.º 034-2008-MTC, Reglamento Nacional de Gestión de Infraestructura Vial, la Entidad determina el valor referencial. Para su determinación el área usuaria proporciona los componentes o rubros, a través de una estructura que permita al órgano competente determinar el valor referencial. En estos casos, la Entidad rechaza las ofertas que excedan el valor referencial o que se encuentran por debajo del ochenta por ciento (80%) del valor referencial.

En los documentos del procedimiento de selección de los servicios señalados en el numeral anterior incluyen fórmulas de reajustes. Tanto la elaboración como la aplicación de las fórmulas de reajuste polinómicas se sujetan a lo dispuesto en el Decreto Supremo N.º 011-79-VC y sus modificatorias, ampliatorias y complementarias.

La conformidad de estos contratos se emite en un plazo máximo de veinte (20) días. De existir observaciones, la Entidad las comunica al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de cinco (5) ni mayor de veinte (20) días. Subsanadas las observaciones dentro del plazo otorgado, no corresponde la aplicación de penalidades.

Decimotercera.

El OSCE mediante directiva desarrolla progresivamente el expediente de contratación digital y el Cuaderno de Obra digital, así como las herramientas informáticas que permitan su operatividad.

Decimocuarta.

El OSCE realiza acciones destinadas a promover la contratación pública de innovación que permita identificar e implementar soluciones tecnológicas o de servicio para la gestión pública.

Decimoquinta.

El OSCE en el marco de las acciones que promuevan la integridad en las compras públicas convoca a los distintos organismos competentes a fin de efectuar coordinaciones y actividades conjuntas.

Decimosexta.

Para las contrataciones que se realicen en virtud de lo dispuesto por la Decimoctava Disposición Complementaria Final de la Ley, las entidades consideran lo siguiente:

1. La contratación se realiza por el tiempo necesario y en tanto se realice y concluya el proceso de promoción correspondiente. El plazo máximo de contratación se sujeta a lo establecido en el artículo 58 del Decreto Legislativo N.º 1362, Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público privadas y proyectos en activos.
2. En el contrato que se suscriba se establecen las funciones y obligaciones que éste asume en representación del Estado, para garantizar la continuidad del proyecto, salvaguardar la infraestructura existente y/o garantizar la provisión del servicio.

El proceso de contratación se inicia aun cuando existan controversias entre las partes del contrato objeto de caducidad.

Decimoséptima.

El plazo de las contrataciones para servicios de operación y mantenimiento de redes de infraestructura de telecomunicaciones financiadas por el Estado, a que se refiere la Decimonovena Disposición Complementaria Final de la Ley, no puede ser mayor de tres (3) años.

Decimoctava.

Los sectores del Gobierno Nacional, de acuerdo con sus competencias, pueden aprobar directivas específicas para la determinación del alcance de la modificación del diseño de ingeniería al que se hace referencia en la definición de mayor metrado contenida en el anexo 1 del Reglamento.

Decimonovena.

La obligatoriedad de someter a Junta de Resolución de Disputas las controversias surgidas en los contratos de obra por montos superiores a veinte millones con 00/100 Soles (S/ 20 000 000,00) a la que se refiere el numeral 243.4 del artículo 243 es aplicable para los procedimientos de selección convocados a partir del año 2020.

Vigésima.

Los Ministerios articulan y ponen a disposición de las Entidades plataformas informáticas y herramientas de posicionamiento espacial, tales como la georreferenciación, en obras y consultoría de obras.

Vigésimoprimera.

En las compras corporativas cuyo objeto sea la adquisición de productos farmacéuticos y dispositivos médicos, procede la cesión de posición contractual entre Entidades siempre que: i) la Entidad cedente haya acreditado la desaparición o disminución de la necesidad, ii) la Entidad cedida acredite su necesidad, así como la disponibilidad de los créditos presupuestarios correspondientes, iii) no se haya ejecutado la prestación que es materia de cesión; y, iv) exista aceptación del contratista. En estos casos, las Entidades involucradas realizan el deslinde de responsabilidades que corresponda.

Vigesimosegunda.

Los Ministerios y sus organismos públicos, programas o proyectos adscritos pueden difundir a través del SEACE el requerimiento determinado por el área usuaria con la finalidad de recibir consultas y observaciones de los proveedores del rubro que permitan su perfeccionamiento. Dichas Entidades pueden utilizar, adicionalmente, otros medios a fin de que los proveedores tengan conocimiento de la difusión del requerimiento.

La formulación de consultas y observaciones al requerimiento se realiza a través del SEACE dentro del plazo mínimo de cinco (5) días hábiles desde el día siguiente de la difusión del requerimiento, constituyendo la única oportunidad en el proceso de contratación para efectuarla.

En el plazo máximo de tres (3) días hábiles de formuladas las referidas consultas y observaciones, se publica en el SEACE la absolución preliminar, elaborada por el área usuaria y el cronograma para la realización del acto público de absolución presencial.

En un plazo que no exceda los tres (3) días hábiles de publicada la absolución preliminar, la Entidad realiza en acto público la absolución presencial. El órgano encargado de las contrataciones conduce el acto



público y establece el orden de participación de los proveedores. El área usuaria absuelve las consultas y observaciones sobre el requerimiento y, de ser necesario, amplía el sustento técnico. El acto público de absolución presencial no excede los tres (3) días hábiles desde su inicio.

El acta de absolución presencial es publicada en el SEACE al día hábil siguiente de culminado el acto público. Los documentos que se generen como producto de la absolución de consultas y observaciones al requerimiento se remiten en copia al representante del Sistema Nacional de Control, quien puede participar en calidad de veedor. Cuando se emplee esta herramienta, dentro del procedimiento se selección no procede formular consultas u observaciones al requerimiento. Las Bases estándar que apruebe el OSCE, consideran estas disposiciones.

OPINIONES DEL OSCE

§ 2192. Alcances de la participación del representante del Sistema Nacional de Control. Su actuación no debe interferir en el desarrollo del procedimiento de selección. CONSULTA: "(...) Respecto al alcance y facultades que otorga la normativa de contrataciones del Estado a la participación del Veedor, representante del Sistema Nacional de Control (...) precisando si tales facultades (previstas en los artículos 53, 54, 62, 69 y 75 del Reglamento) implican el acceso a la documentación materia de evaluación por parte del veedor; obtención de copias fotostáticas, autenticadas o certificadas de la misma; efectuar tomas fotográficas y de video de la documentación y/o actividades desarrolladas u otras propias de la labor de control en los actos citados en el párrafo anterior y todo el procedimiento de selección, tanto público como privado". 2.2. [...] [El] rol que le otorga la normativa de contrataciones del Estado al Representante del Sistema Nacional de Control se refiere a la posibilidad de participar en los procedimientos de selección únicamente en calidad de veedor, ello significa, por ejemplo, que no cuenta con las facultades propias del Comité de Selección ni las del Órgano Encargado de las Contrataciones; es decir, su actuación no debe interferir el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de las funciones que le corresponden conforme a la normativa de control gubernamental. 2.3. Efectuadas las precisiones anteriores y en atención a la consulta formulada, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado únicamente contempla la participación de Representantes del Sistema Nacional de Control en determinadas actuaciones en calidad de veedor, sin que tal normativa haya previsto que dicho representante cuente con la posibilidad de obtener copias fotostáticas autenticadas o certificadas de la documentación materia de observación, efectuar tomas fotográficas o de video a la documentación que obra en el expediente de contratación, entre otros, correspondiendo para ello evaluar la normativa que regula la actuación de dichos Representantes en el marco del Sistema Nacional de Control. (Opinión N.º 199-2017/DTN, de 14-09-2017, ff. 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KZvFie>).

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

Primera.

Los procedimientos de selección iniciados antes de la entrada en vigencia del presente Decreto Supremo, se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria. Igual regla se aplica para el perfeccionamiento de los contratos que deriven de los mencionados procedimientos de selección.

COMUNICADO DEL OSCE

- (i) Comunicado N.º 001-2019-OSCE (07-02-2019): Bases y solicitudes de expresión de interés estándar contenidas en la Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD. Las Bases y Solicitud de Expresión de Interés Estándar contenidas en la Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001) no resultan aplicables a la siguiente convocatoria de los procedimientos declarados desiertos que fueron convocados originalmente antes del 30 de enero del 2019. En tal sentido, para la siguiente convocatoria de dichos procedimientos se deben usar los documentos estándar vigentes a la fecha de la convocatoria original. Texto completo: <bit.ly/2GlnFC9>.

Segunda.

Los Vocales del Tribunal elegidos por Concurso Público en el marco del Decreto Supremo N.º 034-2015-EF, que aprueba el procedimiento para el Concurso Público de evaluación y selección de los vocales del Tribunal, mantienen su cargo hasta el cumplimiento del plazo señalado en el artículo 60 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N.º 30225, contados desde la fecha de su designación, sin perjuicio de las causales de remoción correspondientes. ⁽¹⁾

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

(1) Rectificado por fe de erratas (12-01-2019).

Tercera.

El OSCE implementa el Sistema Nacional de Arbitraje (SNA-OSCE) como principal herramienta virtual para la sistematización de la información arbitral a su cargo, conforme a lo establecido en la Directiva que se apruebe para tal fin.

Cuarta.

En tanto se implemente el catálogo único de bienes y servicios regulado en el artículo 14 del Decreto Legislativo N.º 1439, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Abastecimiento, las Entidades usan el Catálogo Único de Bienes Servicios y Obras (CUBSO) para la programación de las contrataciones en el PAC y la convocatoria de procedimientos de selección en el SEACE. Asimismo, los proveedores usan dicho catálogo para la inscripción y renovación de inscripción en el RNP.

El CUBSO es una herramienta basada en un estándar de categorización internacional, en la que sistemáticamente se clasifican e identifican mediante una codificación a los bienes, servicios en general, consultorías y obras susceptibles de ser requeridas por las Entidades, permitiendo disponer de información homogénea y ordenada para la contratación pública. El código CUBSO es la representación numérica conformada por 16 dígitos que identifica al bien, servicio en general, consultoría y obra, basado en un estándar de categorización internacional.

El órgano encargado de las contrataciones o el miembro del comité de selección que efectúe el registro de las contrataciones programadas en el PAC y/o la convocatoria de los procedimientos de selección en el SEACE, según corresponda, es responsable de seleccionar el Código CUBSO cuyo título coincida o, en su defecto, guarde mayor relación con el bien, servicio en general, consultoría y obra a contratar. En caso se considere que no existe un código idóneo o se advierta alguna inconsistencia en los códigos del CUBSO, se solicita a través del SEACE la creación de un nuevo código o la reubicación, modificación e inactivación de los códigos CUBSO que sean necesarios, siguiendo el procedimiento previsto en la Directiva que apruebe el OSCE.

Las Entidades especializadas, peritos o instituciones privadas están obligadas a remitir la información que el OSCE requiera para la implementación y/o actualización de los Códigos CUBSO.

El OSCE efectúa acciones de revisión del uso adecuado del CUBSO por parte de las Entidades. De advertir su uso inadecuado, notifica a las Entidades para que se adopten las medidas que correspondan, según el procedimiento previsto en la Directiva del OSCE. ^(a)

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 007-2016-OSCE/CD, "Catálogo único de bienes, servicios y obras (CUBSO)" (EP, 09-01-2016) [D-008].

Quinta.

En tanto se implemente el Sistema Nacional de Abastecimiento, aprobado mediante Decreto Legislativo N.º 1439, para la elaboración del Plan Anual de Contrataciones, las Entidades siguen las siguientes reglas:

1. Durante la fase de programación y formulación presupuestaria, las áreas usuarias de las Entidades programa, en el Cuadro de Necesidades, sus requerimientos de bienes, servicios en general, consultorías y obras cuya contratación se convoque en el año fiscal siguiente, para cumplir los objetivos y resultados que se buscan alcanzar, sobre la base del proyecto de Plan Operativo Institucional respectivo, adjuntando, para tal efecto, una descripción general de lo que se va contratar que son remitidos por las áreas usuarias.

2. Para elaborar el Cuadro Consolidado de Necesidades, el órgano encargado de las contrataciones, en coordinación con el área usuaria, consolida y valoriza las contrataciones requeridas.

3. Antes de la aprobación del proyecto de presupuesto de la Entidad, las áreas usuarias en coordinación con la oficina de presupuesto y planeamiento o la que haga sus veces efectúan los ajustes necesarios a sus requerimientos programados en el Cuadro Consolidado de Necesidades en armonía con las prioridades institucionales, actividades y metas presupuestarias previstas, remitiendo sus requerimientos priorizados al órgano encargado de las contrataciones, con base a lo cual se elabora el proyecto del Plan Anual de Contrataciones.

4. Para elaborar el proyecto del Plan Anual de Contrataciones, el órgano encargado de las contrataciones, en coordinación con el área usuaria, determina el monto estimado de las contrataciones de la Entidad.

5. Una vez aprobado el Presupuesto Institucional de Apertura, el órgano encargado de las contrataciones, en coordinación con las áreas usuarias de la Entidad y la oficina de presupuesto y planeamiento o la que haga sus veces, ajusta el proyecto del Plan Anual de Contrataciones.

6. El Plan Anual de Contrataciones contempla las contrataciones de bienes y servicios a ser efectuadas mediante Compras Corporativas, así como las contrataciones por Acuerdo Marco. Las contrataciones iguales o menores a ocho (8) UIT a ser efectuadas mediante Compras Corporativas se incluyen en el Plan Anual de Contrataciones.

7. El Plan Anual de Contrataciones es aprobado por el Titular de la Entidad o por el funcionario a quien se hubiera delegado dicha facultad, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la aprobación del Presupuesto Institucional de Apertura.

El OSCE establece las disposiciones relativas al contenido, registro de información y otros aspectos referidos al Plan Anual de Contrataciones.

Sexta.

La implementación de licitaciones públicas y concursos públicos electrónicos se realiza de forma progresiva, de acuerdo a lo establecido por el OSCE mediante comunicado.

En tanto no se implemente lo dispuesto en el numeral anterior, la presentación de ofertas y otorgamiento de la buena pro, según corresponda, se realizan en acto público en presencia de notario o juez de paz en el lugar indicado en las bases, en la fecha y hora establecidas en la convocatoria, salvo que estos se posterguen de acuerdo a lo establecido en la Ley y el Reglamento.

El acto público de presentación de ofertas se inicia cuando el comité de selección empieza a llamar a los participantes en el orden en que se registraron en el procedimiento, para que entreguen sus ofertas. Si al momento de ser llamado el participante no se encuentra presente, se le tiene por desistido. Para Licitación Pública y concursos públicos de servicios en general cumple con lo siguiente:

1. Las ofertas se presentan por escrito, rubricadas, foliadas y en un (1) sobre cerrado. La presentación puede realizarse por el mismo participante o a través de un tercero, sin que se exija formalidad alguna para ello.

2. En la apertura del sobre que contiene la oferta, el comité de selección anuncia el nombre de cada participante y el precio de la misma; asimismo, verifica la presentación de los documentos requeridos en

los literales a), b), c), e) y f) del artículo 52. De no cumplir con lo requerido, la oferta se considera no admitida. Esta información se consigna en el acta, con lo cual se da por finalizado el acto público. Después de abierto el sobre que contiene la oferta, el notario o juez de paz procede a sellar y firmar cada hoja de los documentos de la oferta.

3. En el caso de ejecución de obras, el comité de selección devuelve las ofertas que no se encuentren dentro de los límites del valor referencial, teniéndose estas por no admitidas.

4. En caso el comité de selección, previo a la evaluación, determinase que las ofertas no responden a las características y/o requisitos funcionales y condiciones de las especificaciones técnicas o términos de referencia, según corresponda, especificados en las bases, las declara no admitidas.

5. El criterio de desempate previsto en el literal b) del numeral 74.2 artículo 74 requiere de la citación oportuna de los postores que hayan empatado y se realiza en acto público, de acuerdo a lo señalado en el segundo párrafo de la presente disposición.

Tratándose de Concurso Público para consultorías se cumple con lo siguiente:

1. Las ofertas se presentan por escrito, rubricadas, foliadas, y en dos (2) sobres cerrados, uno de los cuales contiene la oferta técnica y, el otro, la económica. La presentación puede realizarse por el mismo participante o a través de un tercero, sin que se exija formalidad alguna para ello.

2. El comité de selección solo abre los sobres que contienen las ofertas técnicas, debiendo anunciar el nombre de cada uno de los proveedores; asimismo, verifica la presentación de los documentos requeridos en los literales a), b), c), d) y e) del artículo 52. De no presentar lo requerido, la oferta se considera no admitida. Esta información se consigna en acta, con lo cual se da por finalizado el acto público. Después de abierto cada sobre que contiene la oferta técnica, el notario o juez de paz procede a sellar y firmar cada hoja de los documentos de la oferta técnica.

3. Las ofertas económicas permanecen cerradas y quedan en poder de un notario público o juez de paz hasta el acto público de otorgamiento de la buena pro. En caso el comité de selección no admita la oferta técnica, procede a devolver el sobre que contiene la oferta económica, salvo que el postor deje constancia de su disconformidad en el acta, debiendo el notario o juez de paz mantenerla en custodia hasta el consentimiento de la buena pro.

4. En caso el comité de selección, previo a la calificación y evaluación, determinase que las ofertas no responden a los términos de referencia especificados en las bases, las declara no admitidas.

En el acto público de otorgamiento de la buena pro para consultorías cumple con lo siguiente:

1. Se devuelven los sobres que contienen la oferta económica de aquellos postores que no fueron admitidos, o que fueron descalificados, o que no cumplen con el puntaje mínimo establecido en las bases, salvo que el postor deje constancia de su disconformidad en el acta, debiendo el notario o juez de paz mantenerla en custodia hasta el consentimiento de la buena pro.

2. Se anuncia el nombre de los postores que alcanzaron el puntaje técnico mínimo, se abren los sobres que contienen sus ofertas económicas y se anuncia el precio total de las ofertas.

3. Después de abierto cada sobre que contiene la oferta económica el notario público o juez de paz procede a sellar y firmar dicha oferta.

4. En el caso de consultoría de obras, el comité de selección rechaza las ofertas que no se encuentren dentro de los límites del valor referencial.

5. El criterio de desempate previsto en el literal b) del numeral 84.2 artículo 84 se realiza en este acto. En los actos públicos se puede contar con un representante del Sistema Nacional de Control, quien participa como veedor y suscribe el acta correspondiente.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2193. Las propuestas no pueden ser devueltas sin antes haberse efectuado la apertura correspondiente. La sola presentación de la oferta implica que esta sea examinada por el comité de selección. El secreto de las ofertas conduce a la mejor oferta posible, sobre la base de la competen-



cia y la prudencia. 4. [...] De esta manera, se colige que uno de los requisitos formales de la propuesta es su presentación en sobre cerrado y secreto, el cual debe ser exigido por la entidad convocante y ser cumplido por los postores, condición que se mantiene hasta el acto de apertura de todas las propuestas. En este sentido, DROMI sostiene que “El secreto de las ofertas conduce a la mejor oferta posible, sobre la base de la competencia y de la prudencia, sin poner en peligro el interés de la Administración licitante ni el del oferente. La finalidad de esta exigencia está dada por los principios jurídicos de igualdad y libre concurrencia que inspiran al procedimiento de licitación pública. [...] 9. [...] Que una vez que el Comité [...] recibe las propuestas, las mismas no pueden ser devueltas sin antes haberse efectuado la apertura correspondiente, a fin que se siga con las formalidades que guarda cada etapa del proceso de selección, máxime si la presentación de la propuesta constituye uno de los actos de mayor trascendencia para los postores, dado que a partir de allí se define la suerte de los oferentes, el cual tiene como contrapartida obligatoria la recepción de las propuestas por parte de la Entidad convocante, a fin que esta proceda a su calificación y evaluación. Al respecto, DROMI señala que, “en este sentido, la sola presentación de la oferta y su mera recepción o aceptación, generan el derecho para el licitador de seguir participando en la licitación, y de que su propuesta sea examinada; pero no impide su ulterior rechazo o desestimación. [Por tanto], la recepción de todas las ofertas es ineludible” (Resolución N.º 152-2006-TC-SU, de 09-03-2006, ff. 4 y 9. Sala Única. Texto completo: <bit.ly/2EvBqnu>).

Séptima.

El OSCE desarrolla la funcionalidad para la subsanación electrónica y hace de conocimiento de los usuarios, a través de un comunicado, el momento en el que su utilización es obligatoria. Durante el periodo previo al comunicado la subsanación de ofertas se realiza a través de la Unidad de Trámite Documentario de la Entidad, salvo que el postor haya podido realizarla en el acto público de presentación de ofertas o de otorgamiento de buena pro, dejándose constancia de ello en el acta respectiva. La subsanación corresponde realizarla al mismo postor, su representante legal o apoderado acreditado.

Octava.

En tanto se implemente la certificación de los responsables de las áreas involucradas en la gestión de la Cadena de Abastecimiento Público a cargo del Sistema Nacional de Abastecimiento, aprobado mediante Decreto Legislativo N.º 1439, el OSCE establece las estrategias, los procedimientos, condiciones, vigencia y requisitos para la certificación, pudiendo incluir niveles y perfiles, entre otros.

Novena.

Las modificaciones incorporadas por el Decreto Legislativo N.º 1444 al artículo 45 de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, referido a los medios de solución de controversias de la ejecución contractual, y sus normas reglamentarias aprobadas mediante el presente Decreto Supremo, se aplican a las controversias que surjan de los contratos derivados de los procedimientos de selección convocados a partir de la entrada en vigencia de dichas modificaciones. Las controversias que surjan de las órdenes de compra o de servicio derivadas de Acuerdos o Convenios Marco, se resuelven mediante conciliación y/o arbitraje de acuerdo con las disposiciones vigentes en la fecha de perfeccionamiento de la orden respectiva.

Las modificaciones al Reglamento de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, referidas a las infracciones éticas de los árbitros y su régimen sancionador, aprobadas mediante el presente Decreto Supremo, se aplican a las infracciones cometidas desde la entrada en vigencia de las mismas, a pesar de que las controversias se refieran a un contrato derivado de un procedimiento de selección convocado con anterioridad.

Décima.

La implementación del RNA-OSCE implica la desactivación de la Nómina de Profesionales Aptos para Designación Residual del OSCE y del Registro Nacional de Árbitros a que hacía referencia en los artículos 189 y 200, respectivamente, del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo N.º 056-2017-EF.

Los profesionales que se encuentran registrados en la Nómina de Profesionales Aptos para Designación Residual del OSCE pasan a formar parte de forma automática del RNA-OSCE, hasta la fecha de término señalada en la Resolución de inscripción o renovación.

Decimoprimera.

El Registro Nacional de Árbitros al que se refiere el artículo 200 del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo N.º 056-2017-EF, se mantiene activo para los arbitrajes que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la Ley N.º 30225 y su modificatoria aprobada mediante el Decreto Legislativo N.º 1341 hasta que el OSCE mediante comunicado determine su cancelación, momento desde el cual se utiliza el RNA- OSCE para todo efecto. Desde la entrada en vigencia de las modificaciones realizadas por el Decreto Legislativo N.º 1444 no es posible inscribirse en el referido registro.

Decimosegunda.

Los procedimientos administrativos ante el RNP, se realizan electrónicamente de forma progresiva en la medida que se encuentren implementados en la plataforma del OSCE. En tanto no se culmine la implementación mencionada, son realizados conforme a lo establecido en el TUPA y la directiva correspondiente.

Decimotercera.

Los consultores de obras que obtuvieron de oficio la categoría D, en 1 o más especialidades por la implementación de la décima disposición complementaria transitoria del Reglamento de la Ley de Contrataciones aprobado por Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, solicitan la actualización técnica en un plazo de noventa (90) días hábiles de la entrada en vigencia el reglamento, con la finalidad de otorgarle la categoría que le corresponda, caso contrario el OSCE de oficio le asigna la categoría A.



ANEXO N.º 1 (1) DEFINICIONES

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

(1) Rectificado por fe de erratas (12-01-2019).

Acto de corrupción: Es el requerimiento o aceptación por, o el ofrecimiento u otorgamiento a, ya sea directa o indirectamente, un servidor público o persona que ejerce funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas.

Bases: Documento del procedimiento de Licitación Pública, Concurso Público, Adjudicación Simplificada y Subasta Inversa Electrónica que contiene el conjunto de reglas formuladas por la Entidad para la preparación y ejecución del contrato.

Bases integradas: Documento del procedimiento de Licitación Pública, Concurso Público y Adjudicación Simplificada cuyo texto incorpora las modificaciones que se hayan producido como consecuencia de las consultas, observaciones, la implementación del pronunciamiento emitido por el OSCE, según sea el caso; o, cuyo texto coincide con el de las bases originales en caso de no haberse presentado consultas y/u observaciones, ni se hayan realizado acciones de supervisión.

Bienes: Son objetos que requiere una Entidad para el desarrollo de sus actividades y el cumplimiento de sus funciones y fines.

Bienes o servicios comunes: Son bienes y servicios comunes aquellos que, existiendo más de un proveedor en el mercado, cuentan con características o especificaciones usuales en el mercado, o han sido estandarizados como consecuencia de un proceso de homogeneización llevado a cabo al interior del Estado, cuyo factor diferenciador entre ellos es el precio en el cual se transan, siendo que la naturaleza de los mismos les permite cumplir sus funciones sin requerir de otros bienes o servicios conexos, por ende está en capacidad de desarrollar las mismas como una unidad. La Central de Compras Públicas - PERÚ COMPRAS los incorpora, mediante la aprobación de fichas técnicas, dentro del Listado de Bienes y Servicios Comunes.

Buena pro administrativamente firme: Se produce cuando habiéndose presentado recurso de apelación, ocurre alguno de los siguientes supuestos: i) Se publica en el SEACE que el recurso de apelación ha sido declarado como no presentado o improcedente; ii) Se publica en el SEACE la resolución que otorga y/o confirma la buena pro; y iii) Opera la denegatoria ficta del recurso de apelación.

Calendario de avance de obra valorizado: El documento en el que consta la valorización de las partidas de la obra, por períodos determinados en las bases o en el contrato y que se formula a partir del Programa de Ejecución de Obra.

Calendario del procedimiento de selección: El cronograma de la ficha de convocatoria en el que se fijan los plazos de cada una de las etapas del procedimiento de selección.

Certificado SEACE: Mecanismo de identificación y seguridad conformado por un código de usuario y una contraseña, que es otorgado por el OSCE a solicitud de una Entidad, proveedor, árbitro u otro usuario autorizado y que permite acceder e interactuar con el SEACE.

Comité Técnico Especializado: Órgano Colegiado con alto conocimiento técnico en el objeto del proceso de la compra corporativa, cuya función principal es realizar la homogeneización de las especificaciones técnicas o términos de referencia de los bienes y/o servicios en general.

Consorcio: El contrato asociativo por el cual dos (2) o más personas se asocian, con el criterio de complementariedad de recursos, capacidades y aptitudes, para contratar con el Estado.

Consultoría en general: Servicios profesionales altamente calificados.

Consultoría de obra: Servicios profesionales altamente calificados consistente en la elaboración del expediente técnico de obras, en la supervisión de la elaboración de expediente técnico de obra o en la supervisión de obras.

Contrato: Es el acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la Ley y el Reglamento.

Contrato original: Es el contrato suscrito como consecuencia del otorgamiento de la buena pro en las condiciones establecidas en los documentos del procedimiento de selección y la oferta ganadora.

Contrato actualizado o vigente: El contrato original afectado por las variaciones realizadas por los reajustes, prestaciones adicionales, reducción de prestaciones, o por ampliación o reducción del plazo, u otras modificaciones del contrato.

Contratista: El proveedor que celebra un contrato con una Entidad de conformidad con las disposiciones de la Ley y el Reglamento.

Control: Es la capacidad de dirigir o de determinar las decisiones del directorio, la junta de accionistas o socios, u otros órganos de decisión de una persona jurídica.

Cuaderno de Obra: El documento que, debidamente foliado, se abre a la fecha de entrega del terreno y en el que el inspector o supervisor y el residente anotan las ocurrencias, órdenes, consultas y las respuestas a las consultas.

Documentos asociados: Documentos elaborados y aprobado por PERÚ COMPRAS, que contienen: i) reglas, requisitos, plazos, criterios de admisión y evaluación, texto del Acuerdo Marco, entre otros, que se aplican para los procedimientos de selección de proveedores, ii) reglas especiales para la contratación a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco, y, iii) reglas para la extensión de vigencia, incorporación de proveedores u otras similares. Estas reglas pueden ser puestas a disposición a través de manuales, guías, instructivos u otros que sean aplicables.

Diseño de ingeniería: Son los cálculos de diseño que han servido para el dimensionamiento y/o determinación de las características físico-mecánicas de los componentes de una obra realizados por especialistas de ingeniería o arquitectura. No se consideran cambios de diseño de ingeniería los cambios en las dimensiones o características físico mecánicas producto de replanteos o adecuaciones a la situación real del terreno que no impliquen la necesidad de nuevos cálculos.

Especificaciones Técnicas: Descripción de las características técnicas y/o requisitos funcionales del bien a ser contratado. Incluye las cantidades, calidades y las condiciones bajo las que se ejecutan las obligaciones.

Estandarización: Proceso de racionalización consistente en ajustar a un determinado tipo o modelo los bienes o servicios a contratar, en atención a los equipamientos preexistentes.

Estudio básico de ingeniería: Es el documento técnico formulado a partir de fuentes de información básica disponible, que permiten estimar razonablemente, entre otros, la magnitud, características, plazo y el presupuesto de un proyecto de ingeniería; así como para determinar los Términos de Referencia. Sirve de base para definir posteriormente la ingeniería de detalle a ser desarrollada durante la etapa de diseño.

Expediente Técnico de Obra: El conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios.

Ficha Técnica: Documento estándar mediante el cual se uniformiza la identificación y descripción de un bien o servicio común, a fin de facilitar la determinación de las necesidades de las Entidades para su contratación y verificación al momento de la entrega o prestación a la Entidad.

Gastos Generales: Son aquellos costos indirectos que el contratista efectúa para la ejecución de la prestación a su cargo, derivados de su propia actividad empresarial, por lo que no pueden ser incluidos dentro de las partidas de las obras o de los costos directos del servicio.

Gastos Generales Fijos: Son aquellos que no están relacionados con el tiempo de ejecución de la prestación a cargo del contratista.

Gastos Generales Variables: Son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y por lo tanto pueden incurrirse a lo largo de todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista.

Grupo económico: Es el conjunto de personas, naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, conformadas por al menos dos (2) de ellas, donde alguna ejerce el control sobre la o las demás o cuando el control corresponde a una o varias personas naturales que actúan como unidad de decisión.

Homogeneización: Es el proceso mediante el cual, al interior de las entidades, se definen las características o prestaciones de los requerimientos a contratar, sobre la base del análisis de sus propias necesidades y, los bienes y servicios ofertados en el mercado.

Hitos: Son puntos de referencia que marcan eventos importantes en la ejecución de un proyecto y que sirven para supervisar su avance.

Liquidación de contrato: cálculo técnico efectuado, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene como finalidad determinar el costo total del contrato y su saldo económico.

Lote: Conjunto de bienes del mismo tipo.

Mayor metrado: Es el incremento del metrado de una partida prevista en el presupuesto de obra, indispensable para alcanzar la finalidad del proyecto, resultante del replanteo y cuantificación real respecto de lo considerado en el expediente técnico de obra y que no proviene de una modificación del diseño de ingeniería.

Metrado: Es el cálculo o la cuantificación por partidas de la cantidad de obra a ejecutar, según la unidad de medida establecida.

Mora: El retraso parcial o total, continuado y acumulativo en el cumplimiento de prestaciones consistentes en la entrega de bienes, servicios en general, consultorías o ejecución de obras sujetos a cronograma y calendarios contenidos en los documentos del procedimiento de selección y/o contratos.

Obra: Construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos.

Operación asistida: Operación por el contratista de una obra ejecutada bajo la modalidad de llave en mano, que puede incluir, además, el mantenimiento, reparación, capacitación, entre otros aspectos, en atención y cumplimiento a los términos de referencia y condiciones establecidas en el contrato. Esta operación asistida implica la puesta en marcha de la instalación construida, así como la transferencia de tecnologías, conocimientos, procesos, entrenamiento del personal, entre otros, hasta que la Entidad toma el control definitivo de las instalaciones.

Organismos Internacionales: Es toda organización instituida por dos o más Estados soberanos mediante un tratado u otro instrumento regido por el derecho internacional público, que se encuentra dotada de personalidad jurídica internacional propia y que se encuentra debidamente acreditada en el Perú, a través del sector competente. Además de los Estados, los Organismos Internacionales pueden contar entre sus miembros con otras entidades públicas.

Paquete: Conjunto de bienes, servicios en general o consultorías distintas pero vinculados entre sí, o de obras de naturaleza similar.

Participante: Proveedor que ha realizado su registro para intervenir en un procedimiento de selección.

Partida: Cada una de las partes que conforman el presupuesto de una obra y precio unitario.

Postor: La persona natural o jurídica que participa en un procedimiento de selección, desde el momento en que presenta su oferta.

Prestación: La ejecución de la obra, la realización de la consultoría, la prestación del servicio o la entrega del bien cuya contratación se regula en la Ley y en el Reglamento.

Prestación adicional de obra: Aquella no considerada en el expediente técnico de obra, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional.

Prestación adicional de supervisión de obra: Aquella no considerada en el contrato original, que resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la finalidad de la contratación, que puede provenir de: i) deficiencias u omisiones en los términos de referencia de supervisión de obra; ii) prestaciones adicionales de obra; y, iii) variaciones en el plazo de obra o en el ritmo de trabajo de obra distintas a las prestaciones adicionales de obra.

Presupuesto adicional de obra: Es la valoración económica de la prestación adicional de una obra.

Presupuesto de Obra: Es el valor económico de la obra estructurado por partidas con sus respectivos metrados, análisis de precios unitarios, gastos generales, utilidad e impuestos.

Prestación nueva de obra: La no considerada en el expediente técnico de obra, ni en el contrato original, cuya realización no es indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta principal de la obra. Estas prestaciones se ejecutan mediante un nuevo contrato, para lo cual se aplican los procedimientos establecidos en la Ley y su Reglamento.

Procedimiento de selección: Es un procedimiento administrativo especial conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos administrativos, que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las Entidades del Estado van a celebrar un contrato para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías o la ejecución de una obra.

Proforma de contrato: El proyecto del contrato a suscribirse entre la Entidad y el postor ganador de la buena pro y que forma parte de las bases.

Programa de ejecución de obra: Es la secuencia lógica de actividades constructivas que se realizan en un determinado plazo de ejecución; la cual comprende solo las partidas del presupuesto del expediente técnico, así como las vinculaciones que pudieran presentarse. El programa de ejecución de obra se elabora aplicando el método CPM y es la base para la elaboración del calendario de avance de obra valorizado.

Proveedor: La persona natural o jurídica que vende o arrienda bienes, presta servicios en general, consultoría en general, consultoría de obra o ejecuta obras.

Proyectista: Consultor de obra que ha elaborado el expediente técnico de obra.

Requerimiento: Solicitud del bien, servicio en general, consultoría u obra formulada por el área usuaria de la Entidad que comprende las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el Expediente Técnico de Obra, respectivamente, así como los requisitos de calificación que corresponda según el objeto de la contratación.

Requisitos de la Entidad: Documento elaborado por la Entidad para contratar la ejecución de obras que incluyen la elaboración del expediente técnico, en el que se describe el propósito para el cual la obra se ejecuta y se especifica, entre otras cosas, el de alcances de la obra, criterios técnicos, criterios para las pruebas de aceptación y de desempeño, criterios para la evaluación del diseño de las obras, partidas con sumas provisionales.

Ruta Crítica del Programa de Ejecución de Obra: Es la secuencia programada de las partidas de una obra cuya variación afecta el plazo total de ejecución de la obra.

Servicio: Actividad o labor que requiere una Entidad para el desarrollo de sus actividades y el cumplimiento de sus funciones y fines. Los servicios pueden clasificarse en servicios en general, consultoría en general y consultoría de obra. La mención a consultoría se entiende que alude a consultoría en general y consultoría de obras.

Servicio en general: Cualquier servicio que puede estar sujeto a resultados para considerar terminadas sus prestaciones.

Subcontratista Especializado: Es una persona natural o jurídica especializada en diseño, supervisión o actividades constructivas que contribuye con su experiencia a que el postor en los contratos de diseño y construcción cumpla con los requisitos de calificación.



Suministro: La entrega periódica de bienes requeridos por una Entidad para el desarrollo de sus actividades y el cumplimiento de funciones y fines.

Términos de Referencia: Descripción de las características técnicas y las condiciones en que se ejecuta la contratación de servicios en general, consultoría en general y consultoría de obra. En el caso de consultoría, la descripción además incluye los objetivos, las metas o resultados y la extensión del trabajo que se encomienda (actividades), así como si la Entidad debe suministrar información básica, con el objeto de facilitar a los proveedores de consultoría la preparación de sus ofertas.

Trabajo similar: Trabajo o servicio de naturaleza semejante a la que se desea contratar, independientemente de su magnitud y fecha de ejecución, aplicable en los casos de servicios en general y de consultoría.

Tramo: Parte de una obra que tiene utilidad por sí misma.

Valorización de una obra: Es la cuantificación económica de un avance físico en la ejecución de la obra, realizada en un período determinado.

ANEXO N.º 2 PROCEDIMIENTOS ⁽¹⁾ (a)

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

(1) Rectificado por fe de erratas (12-01-2019).

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

(a) Véase la Directiva N.º 015-2016-OSCE/CD, "Procedimiento para la inscripción y renovación de inscripción de proveedores de bienes y servicios en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)" (EP, 11-01-2016) [D-011].

1. Certificación por parte del OSCE de los servidores del órgano encargado de las contrataciones de las Entidades

1.1. Las condiciones para lograr la certificación por parte del OSCE son las siguientes:

- Obtener en el examen de certificación, el puntaje mínimo establecido para cada nivel de la siguiente manera:

o Nivel Básico, mínimo 30 puntos

o Nivel Intermedio, mínimo 43 puntos

o Nivel Avanzado, mínimo 58 puntos.

- Para el Nivel 1 Básico: Ser egresado de educación superior técnica o universitaria y como mínimo 3 años de experiencia laboral general y 1 año de experiencia laboral específica en logística pública y/o privada.

- Para el Nivel 2 Intermedio: Contar con título profesional técnico o Bachiller Universitario y contar con un mínimo de 5 años de experiencia laboral en general, de los cuales por lo menos 2 años son de experiencia relacionada a contrataciones públicas

- Para el Nivel 3 Avanzado: Contar con título profesional técnico o Bachiller Universitario y con un mínimo de 7 años de experiencia laboral en general, de los cuales por lo menos 4 años son de experiencia relacionada a contrataciones públicas.

1.2. Para tal efecto, los profesionales y técnicos que requieran ser certificados presentan su solicitud según Formulario aprobado, efectuar el pago de la tasa correspondiente, y cumplir con los siguientes requisitos, según el nivel obtenido en el examen de certificación:

a. Formación Académica

- Nivel 1 Básico: Copia simple de constancia de egresado de educación superior técnica o universitaria.

- Nivel 2 Intermedio y 3 Avanzado: Copia simple de grado de Bachiller o Título Profesional Técnico. En caso el grado académico o Título Universitario se encuentre registrado en el Registro de Grados y Títulos de la SUNEDU, no se requiere presentar copias de dichos grados o títulos.

b. Experiencia laboral

- Resolución de nombramiento o designación en el cargo o puesto y resolución de cese, en caso no continúe en el ejercicio del cargo o puesto, en caso de no contar con resolución de cese y de existir continuidad laboral, última boleta de pago, o documento emitido por el área de recursos humanos o el que haga sus veces, que dé cuenta de la continuidad del servicio.

- Contrato de locación u orden de servicio, acompañado de su respectiva conformidad. - Contrato CAS o última adenda, acompañada con última boleta de pago.

- Conformidad del servicio o constancia de prestación emitida por el órgano encargado de las contrataciones o funcionario autorizado de la Entidad.

- Cualquier otra documentación que acredite de manera fehaciente la experiencia.

- Constancia o certificado de trabajo emitido por el área de recursos humanos o la que haga sus veces o funcionario competente.

- Cualquier otra documentación que acredite de manera fehaciente la experiencia.

1.3. Los servidores del órgano encargado de las contrataciones, certificados, que requieran recategorizar a un nivel de certificación, necesitan cumplir con las condiciones y requisitos del nivel superior.

2. Inscripción en el RNP

2.1. Son condiciones para inscribirse en el RNP las siguientes:

2.1.1. La persona natural nacional y extranjera domiciliada, la persona jurídica nacional y las sucursales de personas jurídicas extranjeras requieren estar inscritas con la condición de activo y domicilio habido, en el Registro Único de Contribuyentes de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT. Los nombres, denominación o razón social y el domicilio fiscal son los que figuran actualizados en SUNAT.

La condición antes descrita no requiere ser cumplida por persona natural o jurídica extranjera no domiciliada en el Perú.

2.1.2. Las personas jurídicas extranjeras pueden inscribirse en el RNP como:

a) Domiciliada (Sucursal): Persona jurídica extranjera que ha constituido una sucursal en el Perú, inscrita en SUNARP. La sucursal cuenta con representante legal inscrito ante SUNARP; o

b) No Domiciliada (Matriz): Persona jurídica extranjera que no ha constituido sucursal en el Perú. Para la persona jurídica extranjera no domiciliada se considera como domicilio el declarado en el formulario.

El representante legal del proveedor extranjero cuenta con la facultad de representarlo en procedimientos administrativos ante entidades públicas, debidamente inscrita en SUNARP.

2.1.3. Las personas naturales o jurídicas no se encuentran con sanción vigente de inhabilitación o tener suspendido su derecho a participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y contratar con el Estado. De encontrarse en alguna de tales situaciones, no pueden acceder a la inscripción o reinscripción en ninguno de los registros del RNP.

2.1.4. Además del cumplimiento de las condiciones antes descritas, los proveedores cumplen, en cada caso, las siguientes:

2.1.4.1. Proveedores de Bienes y Servicios

a) La persona natural se encuentra en pleno ejercicio de sus derechos civiles, y, en el caso de persona extranjera que actúe con apoderado, éste cuenta con facultades de representación en procedimientos administrativos ante entidades públicas, inscritas en Registros Públicos del Perú.

b) En el caso de la persona jurídica nacional:

b.1) Estar constituida conforme a la Ley aplicable.



b.2) El objeto social, los fines y/o actividades corresponden a la provisión de bienes y/o servicios, según sea el caso, y estar inscritos en la SUNARP.

b.3) Contar con información actualizada inscrita en la SUNARP de acuerdo a la forma societaria o modalidad empresarial adoptada por la persona jurídica.

b.4) El representante legal inscrito en la SUNARP, cuenta con facultades de representación en procedimientos administrativos ante entidades públicas.

c) En el caso de la persona jurídica extranjera domiciliada y no domiciliada:

c.1) Estar constituidas conforme a la Ley de su país de origen.

c.2) El objeto social, los fines y/o actividades corresponden a la provisión de bienes y/o servicios, según el caso, y estar inscritos ante autoridad competente en su lugar de constitución. Las personas jurídicas extranjeras domiciliadas presentan información de la matriz.

c.3) Contar con información actualizada de la matriz, inscrita en la autoridad competente en su lugar de constitución, respecto de la fecha de constitución, capital social suscrito y pagado, patrimonio, número total de acciones o participaciones, valor nominal, objeto social, fecha de designación de los miembros de los órganos de administración y del representante legal, y fecha de adquisición de la condición de socio, participacionista o titular, según corresponda.

2.1.4.2. Ejecutores de obras y consultores de obras

a) Capacidad legal

a.1) La persona natural se encuentra en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

a.2) En el caso de la persona jurídica nacional:

a.2.1) Ser persona jurídica con fines de lucro constituida como sociedad al amparo de la Ley General de Sociedades y normas complementarias, o como empresa individual de responsabilidad limitada. El objeto social corresponde a la ejecución de obras y/o consultoría de obras y estar inscrito en la SUNARP.

a.2.2) Cuenta con información actualizada inscrita en la SUNARP de acuerdo a la forma societaria o modalidad empresarial adoptada por la persona jurídica. Cuando no se pueda verificar la distribución accionaria y/o la fecha de ingreso de los accionistas en la documentación presentada por el proveedor, acredita dicha información con copia del libro de matrícula de acciones.

a.3) En el caso de la persona jurídica extranjera con fines de lucro:

a.3.1) Estar constituidas conforme a la Ley de su país de origen.

a.3.2) El objeto social corresponde a la ejecución de obras y/o consultoría de obras, según el caso, y estar inscrito ante autoridad competente en su lugar de constitución.

a.3.3) La persona jurídica extranjera acredita la información de la matriz respecto de la fecha de constitución, capital social suscrito y pagado, número total de acciones o participaciones, valor nominal, objeto social, fecha de designación de los miembros de los órganos de administración, representante legal y fecha de adquisición de la condición de socio, participacionista o titular, con copia del documento oficial emitido por la autoridad competente en su lugar de constitución. Cuando no se pueda verificar la distribución accionaria y/o la fecha de ingreso de los accionistas en la documentación presentada por el proveedor, se acredita dicha información con copia de documento similar al libro de matrícula de acciones y/o escritura pública y/o acta de la Junta General de Accionistas.

b) Solvencia económica

b.1) Para determinar el estado de solvencia económica de los ejecutores de obras y consultores de obras, se toma en cuenta lo siguiente:

b.1.1) La calificación del proveedor, persona natural o jurídica nacional, según el último reporte de la Central de Riesgos de la SBS.

b.1.2) Resultado de los ratios de medición de solvencia económica para las personas naturales o jurídicas nacionales y extranjeras, de acuerdo a la información financiera consignada en el campo de la solvencia económica de la solicitud respectiva.

b.2) En los casos de insolvencia patrimonial a causa de pérdidas acumuladas, el proveedor restaura su solvencia patrimonial restableciendo el equilibrio entre el capital y el patrimonio neto, el cual es acreditado de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento y la Directiva correspondiente.

c) Capacidad técnica

Se acredita con la experiencia como consultor de obras o ejecutor de obras, según corresponda. No son considerados como experiencia aquellos contratos suscritos contraviniendo la Ley y el Reglamento, bajo responsabilidad del proveedor.

Las personas naturales que se inscriban como ejecutores de obras o consultores de obras, tienen alguna de las profesiones previstas en la Directiva que emita el OSCE.

2.2. El procedimiento de inscripción para los proveedores de bienes y servicios es de aprobación automática, mientras que el procedimiento de inscripción para los ejecutores y consultores de obras es de evaluación previa.

2.3. Para su inscripción en el RNP, los proveedores presentan una solicitud al OSCE según el Formulario aprobado, adjuntando el comprobante de pago de la tasa que se establezca en el TUPA de la Entidad, debiendo cumplir además, para cada caso, los siguientes requisitos:

2.3.1. Proveedores de bienes y servicios

a. Personas extranjeras no domiciliadas con representante legal en el Perú

- Copia de la escritura pública inscrita en Registros Públicos o ante autoridad competente en su país de origen o documento oficial emitido por la autoridad registral, institución o autoridad competente en su país de origen, que acredite que su objeto social, fines y/o actividades correspondan a la provisión de bienes y/o servicios.

b. Personas extranjeras no domiciliadas sin representante legal en el Perú

- Documento firmado por el Titular de la Entidad que designa al funcionario o servidor público responsable del procedimiento. - En el caso de las personas jurídicas, copia de la escritura pública inscrita en Registros Públicos o autoridad competente en su país de origen o documento oficial emitido por la autoridad registral, institución o autoridad competente en su país de origen, que acredite que su objeto social, fines y/o actividades correspondan a la provisión de bienes y/o servicios.

2.3.2. Consultores de obras

a. Persona natural

Para la inscripción

- Documento expedido por el colegio profesional correspondiente, que acredite la fecha de incorporación en el Colegio Profesional de Arquitectos o de Ingenieros. En caso no se visualice dicha información en la página web del Colegio Profesional de Arquitectos o de Ingenieros, se presenta documento expedido por el Colegio Profesional correspondiente.

- Copia simple del contrato de consultoría de obra, cuya antigüedad no es menor a la que se establece para los requisitos de calificación en los procedimientos de selección de Concurso Público, la misma que se mide desde la fecha de culminación de la consultoría de obra hasta la fecha de su registro en el módulo de experiencia.

Para la asignación de categoría

- Copia simple del contrato de consultoría de obra.

- Copia simple del documento emitido por el contratante, donde indique el nombre del contratista o consorcio; objeto y monto del contrato; fecha de culminación de la consultoría; monto del presupuesto de obra establecido en el expediente técnico (o el que haga sus veces). En caso de supervisión de obra, el monto total de la obra y el porcentaje del consorcio, de ser el caso.

a.1. Consultorías de obras culminadas en el Perú

- En estos casos, el documento de conformidad del contrato emitido por el contratante indica, además, el RUC del contratista; en caso de consorcio se precisa el nombre y RUC respecto de cada uno de los consorciados con sus respectivos porcentajes de participación y la responsabilidad de cada uno de ellos;



ubicación y descripción de los trabajos efectuados en la obra que se proyectó o que se supervisó, según corresponda.

- En caso corresponda, por la naturaleza de la consultoría de obra, copia del documento de aprobación del expediente técnico, emitido por la autoridad competente u órgano técnico de la contratante.

- Copia del presupuesto de obra, determinado en el expediente técnico.

- Copia de los comprobantes de pago emitidos por el Proveedor.

b. Persona jurídica nacional

Para la inscripción

- La persona jurídica que por su tipo societario no se encuentre obligada a inscribir en Registros Públicos su distribución accionaria presenta copia simple del libro de matrícula de acciones y su hoja de apertura debidamente legalizada o escritura pública o acta de la Junta General de Accionistas de la empresa donde figure dicha información, según corresponda, en la cual figuren sus socios, así como el número de acciones que le corresponde a cada uno de ellos y su fecha de ingreso.

Cuando las acciones sean cotizadas en bolsa, para efectos de acreditar a los socios, fecha de ingreso y distribución de acciones, presenta el certificado que emite el organismo pertinente (bolsa de valores) o documento suscrito por el órgano de administración que cuente con facultades para realizar dichas declaraciones.

- Copia simple de la declaración jurada anual del Impuesto a la Renta tercera categoría del último Ejercicio gravable declarada a la SUNAT y la Constancia de Presentación respectiva; o los Estados Financieros Auditados individuales del Último Ejercicio económico, conteniendo como mínimo el Dictamen de auditor independiente, Estado de Situación Financiera, Estado de Resultados y las Notas Contables respectivas; o Estados Financieros situacionales cuando se acredite no haberse encontrado obligado a presentar la última declaración de Renta tercera categoría a SUNAT.

- Documentos para acreditar mejora sobre la (s) deuda (s) reportada (s) con calificación distinta a la "Normal (0)" en la Central de Riesgos de la SBS y AFP. comprobante de pago, constancia de cuotas no vencidas, cronograma de refinanciamiento, constancia de no adeudos, según corresponda.

- Si de la evaluación llevada a cabo por OSCE se advierte que el Proveedor no acredita cumplir con la condición de solvencia, al no acreditar ratios de endeudamiento y liquidez corriente, presenta Estados Financieros situacionales.

- Para los casos de insolvencia patrimonial a causa de pérdidas del ejercicio o acumuladas, el proveedor la restaura restableciendo el equilibrio económico entre el capital y el patrimonio neto para cumplir con los parámetros de medición de solvencia económica establecidos para el RNP; luego de formalizada y materializada la medida adoptada, reflejar su nueva posición a través de Estados Financieros Situacionales debidamente sustentados.

Para la asignación de categoría

- Los mismos documentos exigidos para personas naturales.

c. Persona jurídica extranjera

Para la inscripción

- Copia de documento oficial emitido por autoridad registral, institución o autoridad competente en su país de origen, según sea el caso, que acredite la información actualizada declarada en el formulario oficial respecto de la conformación jurídica de la matriz, o, en su defecto, copia de la escritura pública, donde conste su inscripción ante entidad similar a Registros Públicos o ante autoridad competente en su país de origen.

Cuando en dichos documentos no figure la distribución de acciones y/o la fecha de ingreso de los socios, presenta copia del documento similar al libro de matrícula de acciones y su hoja donde conste la legalización de la apertura del libro o escritura pública o acta de la Junta General de Accionistas de la empresa donde figure dicha información, según corresponda. Excepcionalmente, cuando el país de origen no expida los instrumentos antes mencionados, puede presentar documento emitido por el órgano de administración que cuente con facultades para realizar dichas declaraciones.

- Cuando las acciones sean cotizadas en bolsa, para efectos de acreditar a los socios, fecha de ingreso y distribución de acciones, presenta el certificado que emite el organismo pertinente (bolsa de valores) o documento suscrito por el órgano de administración que cuente con facultades para realizar dichas declaraciones.

- Estados Financieros Auditados individuales del Último Ejercicio económico; o los Estados Financieros Auditados consolidados en los que se pueda evidenciar de forma individual la información financiera de la empresa que solicita su inscripción; o Estados Financieros situacionales en los casos que correspondan; para todos los casos, conteniendo como mínimo el Dictamen de auditor independiente, Estado de Situación Financiera, Estado de Resultados, y las Notas Contables respectivas.

- Si de la evaluación llevada a cabo por OSCE se advierte que el Proveedor no acredita cumplir con la condición de solvencia, respecto a los ratios de endeudamiento y liquidez corriente, se le puede requerir presentar cronograma mensual de las amortizaciones durante el ejercicio siguiente de las cuentas que conforman el total pasivo y/o el total pasivo corriente respectivamente, en el Estado de Situación Financiera materia de evaluación.

- En los casos de insolvencia patrimonial a causa de pérdidas del ejercicio o acumuladas, el proveedor la restaura restableciendo el equilibrio económico entre el capital y el patrimonio neto para cumplir con los parámetros de medición de solvencia económica establecidos para el RNP; luego de formalizada y materializada la medida adoptada, reflejar su nueva posición a través de Estados Financieros Situacionales debidamente sustentados.

Para la asignación de categoría

- Los mismos documentos exigidos para personas naturales.

2.3.3. Ejecutores de obras

a. Persona natural nacional

Para la inscripción

- Copia simple de la declaración jurada anual del Impuesto a la Renta tercera categoría del último Ejercicio gravable declarada a la SUNAT y la Constancia de Presentación respectiva; o los Estados Financieros Auditados individuales del último Ejercicio económico (conteniendo como mínimo el Dictamen de auditor independiente; Estado de Situación Financiera, Estado de Resultados y las Notas Contables respectivas); o Estados Financieros situacionales cuando se acredite no haberse encontrado obligado a presentar la última declaración de Renta tercera categoría a SUNAT. Para quienes inician actividades económicas en el ejercicio económico que solicitan su inscripción, copia simple del Libro de Inventarios y Balances, o Libro Diario, o Libro Diario de Formato Simplificado, en el que se muestre el registro de la cuenta Capital.

- Documentos para acreditar mejora sobre la (s) deuda (s) reportada (s) con calificación distinta a la "Normal (0)" en la Central de Riesgos de la SBS y AFP. comprobante de pago, constancia de cuotas no vencidas, cronograma de refinanciamiento, constancia de no adeudos, según corresponda.

- Si de la evaluación llevada a cabo por OSCE se advierte que el Proveedor no acredita cumplir con la condición de solvencia, al no acreditar ratios de endeudamiento y liquidez corriente, presenta Estados Financieros situacionales.

- Para los casos de insolvencia patrimonial a causa de pérdidas del ejercicio o acumuladas, el proveedor la restaura restableciendo el equilibrio económico entre el capital y el patrimonio neto para cumplir con los parámetros de medición de solvencia económica establecidos para el RNP; luego de formalizada y materializada la medida adoptada, reflejar su nueva posición a través de Estados Financieros Situacionales debidamente sustentados.

Para la asignación de Capacidad Máxima de Contratación

- Copia simple del contrato de ejecución de obras.

- Copia simple del documento emitido por el contratante, donde indique el nombre del contratista o consorcio; objeto y monto del contrato; descripción de los trabajos efectuados en la obra, fecha de suscripción del contrato, monto del contrato, plazo de ejecución de la obra, fecha de culminación de obra, fecha de recepción de obra, monto total de obra (solo el componente de obra).

a.1. Consultorías de obras culminadas en el Perú

- En estos casos, el documento de conformidad del contrato emitido por el contratante indica, además, el RUC del contratista; en caso de consorcio se precisa el nombre y RUC respecto de cada uno de los consorciados con sus respectivos porcentajes de participación y la responsabilidad de cada uno de ellos; y, ubicación de la obra.

- En caso corresponda, por la naturaleza de la obra, presenta copia del documento de conformidad de obra emitido por la autoridad competente u órgano técnico de la contratante.

- Copia de los comprobantes de pago emitidos por el Proveedor.

b. Persona Natural extranjera

Para la inscripción

- Estados Financieros Auditados individuales del Último Ejercicio económico de la persona que solicita su inscripción o Estados Financieros situacionales en los casos que correspondan (conteniendo como mínimo el Dictamen de auditor independiente, Estado de Situación Financiera, Estado de Resultados y las Notas Contables respectivas).

Si de la evaluación llevada a cabo por OSCE se advierte que el Proveedor no acredita cumplir con la condición de solvencia, ratios de endeudamiento y liquidez corriente, se le puede requerir presentar cronograma mensual de las amortizaciones durante el ejercicio siguiente de las cuentas que conforman el total pasivo y/o el total pasivo corriente respectivamente, en el Estado de Situación Financiera materia de evaluación.

En los casos de insolvencia patrimonial a causa de pérdidas del ejercicio o acumuladas, el proveedor la restaura restableciendo el equilibrio económico entre el capital y el patrimonio neto para cumplir con los parámetros de medición de solvencia económica establecidos para el RNP; luego de formalizada y materializada la medida adoptada, reflejar su nueva posición a través de Estados Financieros Situacionales debidamente sustentados.

Para la asignación de Capacidad Máxima de Contratación

- Los mismos documentos exigidos para la asignación de Capacidad Máxima de Contratación - personas naturales.

c. Persona jurídica nacional

Para la inscripción

- Los mismos documentos exigidos para la inscripción de Consultores de Obras - personas jurídicas nacionales.

Para la asignación de Capacidad Máxima de Contratación

- Los mismos documentos exigidos para la asignación de Capacidad Máxima de Contratación - personas naturales.

d. Persona jurídica extranjera

Para la inscripción

- Los mismos documentos exigidos para la inscripción de Consultores de Obras - personas jurídicas extranjeras. Para la asignación de Capacidad Máxima de Contratación - Los mismos documentos exigidos para la asignación de Capacidad Máxima de Contratación - personas naturales.

2.4. Los documentos provenientes del extranjero son expedidos por autoridad, institución o persona competente en su lugar de constitución y cuentan con las legalizaciones de la Oficina Consular Peruana y del Ministerio de Relaciones Exteriores en el Perú o contar con Apostilla en el caso de países integrantes del Convenio de La Haya. Las legalizaciones o la Apostilla constan en el documento en idioma original y no en la traducción.

Cuando los documentos no figuren en idioma español, se presenta la respectiva traducción por traductor público juramentado o traductor colegiado certificado, según corresponda.

3. Ampliación de Categorías para Consultores de Obras

3.1. Los Consultores de obra pueden ampliar su Categoría, lo cual les permite participar en procedimientos de selección que tengan por objeto consultorías de obras de mayor valor referencial.

3.2. Son condiciones para solicitar la ampliación de la Categoría:

- Contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores como consultor de obras. - Tener actualizada la información legal y financiera en el RNP.

- Presentar consultorías de obras nuevas que no se encuentren inscritas en el módulo del registro de experiencia.

3.3. El procedimiento para ampliar la Categoría de los Consultores de Obra se inicia con la presentación del Formulario aprobado, adjuntando copia simple del pago de la tasa correspondiente, así como los siguientes requisitos:

a. Consultorías de Obras culminadas en el Perú

a.1. En el marco de la Ley de Contrataciones del Estado

- Constancia de Prestación según formato que figura en el Portal Institucional del OSCE u otro documento, emitido por la entidad contratante, el mismo que, entre otros datos, contiene la siguiente información: Entidad contratante, procedimiento de selección, nombre del contratista; el nombre y RUC de cada consorciado con su respectivo porcentaje de consorcio y obligaciones de ser el caso; ubicación de la obra proyectada o supervisada según corresponda; objeto de la consultoría, fecha de suscripción del contrato, monto del contrato, plazo contractual; días de ampliación de plazo otorgado (si los hubiere), fecha de culminación de la consultoría de obra, monto del presupuesto establecido en el expediente técnico. Adicionalmente, para el caso de supervisión de obra, número de adicionales de obra, monto de los adicionales y de los deductivos de obra y consigna el monto total de obra.

a.2. Fuera del marco de la Ley de Contrataciones del Estado

- Copia simple del contrato de consultoría de obra.

- Copia simple del (o los) documento(s) de conformidad del contrato emitido por el contratante, donde indique el nombre del contratista y RUC, en caso de consorcio hace dicha precisión respecto a cada uno de los consorciados con sus respectivos porcentajes de participación y la responsabilidad de cada uno de ellos; ubicación de la obra que se proyectó o que se supervisó, según corresponda; descripción de los trabajos efectuados en la obra que se proyectó o supervisó, según corresponda; monto del contrato; fecha de culminación de la consultoría; monto del presupuesto de obra establecido en el expediente técnico.

- En caso corresponda, por la naturaleza de la consultoría de obra, copia del documento de aprobación del expediente técnico, emitido por la autoridad competente.

- Copia del presupuesto de obra, determinado en el expediente técnico.

- Copia de los comprobantes de pago.

b. Consultorías de obras culminadas en el extranjero

- Copia simple del contrato de consultoría de obra.

- Copia simple del (o los) documento(s) emitido por el contratante, donde indique nombre del contratista o consorcio, objeto del contrato, el monto del contrato vigente, la fecha de culminación de la consultoría, el monto del presupuesto de obra establecido en el expediente técnico (o el que haga sus veces), monto total de la obra para el caso de supervisión de obra y el porcentaje del consorcio de ser el caso.

En todos los casos, la antigüedad requerida respecto de los trabajos de consultoría de obra, es la misma que se establece para los requisitos de calificación en los procedimientos de selección de Concurso Público, la misma que se mide desde la fecha de culminación de la consultoría de obra hasta la fecha de su registro en el módulo de experiencia.

3.4. En lo referente a los documentos emitidos en el extranjero rige lo dispuesto en el numeral 2.4 del artículo 2 del presente Anexo.

4. Aumento de Capacidad Máxima de Contratación

4.1. Los ejecutores de obra pueden aumentar su Capacidad Máxima de Contratación.



4.2. Son condiciones para solicitar el aumento de la Capacidad Máxima de Contratación:

- Contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores como ejecutor de obras.
- Tener actualizada la información legal y financiera en el RNP.
- Presentar obras nuevas que no se encuentren inscritas en el módulo del registro de experiencia.

4.3. El procedimiento para aumentar la Capacidad Máxima de Contratación se inicia con la presentación del Formulario aprobado, adjuntando copia simple del pago de la tasa correspondiente, así como los siguientes requisitos:

a. Ejecución de obras culminadas en el Perú

a.1. En el marco de la Ley de Contrataciones del Estado

- Constancia de Prestación según formato que figura en el Portal Institucional del OSCE u otro documento, emitido por la entidad contratante, el mismo que, entre otros datos, contiene la siguiente información: Entidad contratante, procedimiento de selección, nombre y RUC del contratista, nombre y RUC de cada consorciado con su respectivo porcentaje de consorcio y descripción de obligaciones de ser el caso; nombre del supervisor de obra, lugar de ubicación de la obra, objeto del contrato de obra, fecha de suscripción del contrato, monto del contrato, plazo de ejecución de obra, días de ampliación de plazo otorgado, si los hubiera, fecha de culminación de obra, fecha de recepción de obra, fecha de liquidación de obra; número de adicionales de obra, número de arbitrajes, monto de las penalidades por retraso u otro; monto de los adicionales de obra, monto de los deductivos de obra si los hubieran; y monto total de la obra (solo del componente de obra).

a.2. Fuera del marco de la Ley de Contrataciones del Estado

- Copia simple del contrato de ejecución de obras.

- Copia simple del (de los) documento(s) emitido por el contratante, que contenga la siguiente información: el nombre del contratista o consorcio, el nombre y RUC de cada uno de los consorciados con su respectivo porcentaje de participación (y la responsabilidad de cada uno de ellos de ser el caso); ubicación de la obra, descripción de los trabajos efectuados en la obra, fecha de suscripción del contrato, monto del contrato, plazo de ejecución de la obra, fecha de culminación de obra, fecha de recepción de obra, monto total de obra (solo el componente de obra).

- En caso corresponda, por la naturaleza de la obra, presenta copia del documento de conformidad de obra emitido por la autoridad competente.

- Copia de las facturas o boletas de ventas emitidas.

c. Ejecución de obras culminadas en el extranjero

- Copia simple del contrato de obra.

- Copia simple del (de los) documento(s) emitido por el contratante, donde indique el nombre del contratista o consorcio, el porcentaje de participación en consorcio de ser el caso; descripción de los trabajos efectuados en la obra, fecha de suscripción del contrato, monto del contrato, plazo de ejecución, fecha de culminación de obra, fecha de recepción de obra y monto final de obra (solo el componente de obra).

d. Subcontratos de ejecución de obras al amparo de la Ley de Contrataciones del Estado

- Copia simple del contrato de ejecución de obra.

- En caso dicho documento se encuentre registrado en el SEACE, basta precisar en la solicitud el número de contrato, nomenclatura del procedimiento de selección y el nombre de la entidad contratante.

- Copia simple de la autorización de la Entidad Contratante para la celebración del subcontrato.

- Copia del subcontrato.

- Copia simple del (o los) documento(s) emitido por el contratista principal, el cual indique: entidad contratante, procedimiento de selección, subcontratista; supervisor de obra, ubicación de la obra, objeto del subcontrato de obra, fecha de suscripción del subcontrato, monto del subcontrato, plazo de ejecución del subcontrato de obra, días de ampliación de plazo otorgado, fecha de culminación del subcontrato de obra, fecha de recepción del subcontrato de obra, fecha de liquidación del subcontrato de obra, número de adicionales del subcontrato de obra, monto de las penalidades por retraso u otro; monto de los adicionales

del subcontrato de obra, monto de los deductivos del subcontrato de obra, y monto total del subcontrato de obra.

- Copia de las facturas emitidas.

En todos los casos, la antigüedad requerida respecto de los trabajos de ejecución de obra es la misma que se establece para los requisitos de calificación en los procedimientos de selección de Licitación Pública, la que se mide desde la fecha de culminación de la obra hasta la fecha de su registro en el módulo de experiencia.

4.4 En lo referente a los documentos emitidos en el extranjero rige lo dispuesto en el numeral 2.4. del artículo 2 del presente Anexo.

5. Constancia de capacidad de libre contratación

5.1. Son condiciones para solicitar la Constancia de capacidad de libre contratación:

- Contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores como ejecutor de obras.
- No encontrarse sancionado por el Tribunal.
- Figurar como adjudicatario de la buena pro consentida en la ficha del proceso del SEACE.
- El procedimiento de selección no debe encontrarse suspendido por una acción de supervisión del OSCE. - Que el proveedor cuente con la capacidad libre de contratación necesaria por el monto con el cual participa en el procedimiento de selección; y, en el caso de consorcios, por el monto del porcentaje de obligaciones.
- Haber efectuado la declaración de récord de obras, por lo menos, hasta el antepenúltimo mes anterior a la fecha de presentación de la solicitud.

5.2. El procedimiento para emitir la Constancia de capacidad de libre contratación se inicia con la presentación del Formulario aprobado, a partir del día hábil en que figure el estado consentido del procedimiento de selección en la ficha correspondiente del SEACE. Dicho estado comprende al consentimiento de la buena pro como al agotamiento de la vía administrativa, cuando corresponda.

5.3. A dicha solicitud adjunta copia simple del pago de la tasa correspondiente.

5.4. Adicionalmente, en caso de consorcios, se adjunta copia simple de la promesa de consorcio legalizada del expediente de contratación

6. Información a ser brindada por el OSCE

Sin perjuicio de la información que el OSCE se encuentra obligado a brindar en cumplimiento de lo dispuesto por el TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, el OSCE puede brindar la siguiente información que requieran los administrados, previo pago de la tasa que se establezca en el TUPA de la Entidad:

a. Información sobre la inscripción de proveedores que comprende: estado de la inscripción, vigencia histórica de la inscripción, especialidad y categoría del consultor de obras, capacidad máxima y capacidad libre de contratación del ejecutor de obras, récord y estado de sanciones impuestas por el Tribunal y otros organismos autorizados por Ley, así como otros datos existentes en la base de datos. No comprende información cuyo conocimiento pueda afectar el derecho a la intimidad personal o familiar y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional de acuerdo a lo establecido en el inciso 5) del artículo 2 de la Constitución Política; ni las materias protegidas por el secreto bancario, tributario, comercial e industrial.

b. Listado de proveedores según domicilio por ubigeo (zona geográfica), capacidad de contratación, especialidad, categoría, récord de sanciones y otra información existente en la base de datos del RNP.

c. Información sobre la declaración de récord de ejecución de obras y consultorías de obras. Dicha información incluye datos sobre el procedimiento de selección, entidad contratante, fecha de suscripción del contrato, monto contratado, entre otras, declaradas ante el RNP por parte del ejecutor o consultor de obras.

Para acceder a la información antes descrita, los administrados la solicitan según el Formulario aprobado, adjuntando copia del comprobante de pago de la tasa correspondiente.

7. Inscripción en el Registro Nacional de Árbitros



7.1. Son condiciones para inscribirse en el Registro Nacional de Árbitros del OSCE las siguientes:

a) Contar con Título Profesional.

b) Acreditar la siguiente formación mínima:

- El profesional abogado, para el caso de árbitro único y presidente de tribunal arbitral, acredita capacitaciones realizadas por universidades licenciadas que demuestren su especialización en contrataciones con el Estado, arbitraje y derecho administrativo, cada uno no menor de ciento veinte (120) horas académicas; o de ser docente universitario acredita como mínimo dos (2) años, cuatro (4) semestres o doscientos cuarenta (240) horas académicas en cualquiera de dichas especialidades.

- El profesional o experto, para el caso de integrante de un tribunal arbitral, acredita como mínimo capacitación realizada por universidades licenciadas que acrediten su especialización en contrataciones con el Estado, no menor de ciento veinte (120) horas académicas; o de ser docente universitario acredita como mínimo dos (2) años, cuatro (4) semestres o doscientos cuarenta (240) horas académicas en la especialidad.

c) Acreditar la siguiente experiencia laboral mínima:

- El profesional abogado, para el caso de árbitro único y presidente de tribunal arbitral, acredita como mínimo cinco (5) años de experiencia en contrataciones con el Estado y/o derecho administrativo y/o arbitraje mediante el ejercicio de la función pública o privada de la profesión y/o en arbitrajes actuando como árbitro, abogado o secretario arbitral.

- El profesional o experto, para el caso de integrante de un tribunal arbitral acredita como mínimo cinco (5) años de experiencia en contrataciones con el Estado mediante el ejercicio de la función pública o privada de la profesión actuando como árbitro o secretario arbitral.

d) Aprobar la evaluación de conocimientos, con una nota mínima de catorce (14) y la entrevista personal para ser incorporado en el RNA - OSCE.

e) No tener más de dos (02) recusaciones fundadas resueltas por el OSCE y/o por cualquier otra institución arbitral en arbitrajes sobre contrataciones con el Estado, en los dos (2) últimos años.

f) No haber sido excluido o suspendido del RNA.

g) No encontrarse incurso en algunos de los supuestos de impedimentos en el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

h) No tener prohibiciones, incompatibilidades, antecedentes penales o policiales y sanciones.

i) No haber sido sancionado por el Consejo de Ética.

j) No haber sido destituido o despedido de la función pública y/o jurisdiccional o no haber sido despedido por falta grave de la función privada.

k) No haber sido excluido y/o suspendido de otros registros o nóminas de árbitros por cuestionamientos a la ética.

l) No se encuentre involucrado en hechos o circunstancias que representen razonablemente un potencial riesgo para el interés público y que por su importancia afecten o pongan en duda seriamente su idoneidad moral o profesional

7.2. Para su inscripción en el RNA, los profesionales presentan una solicitud al OSCE según el Formulario aprobado, adjuntando el comprobante de pago de la tasa que se establezca en el TUPA de la Entidad, Curriculum Vitae, Compromiso según formato aprobado por el OSCE de someterse a la evaluación y capacitarse durante el periodo de inscripción en la materia de derecho administrativo y contrataciones con el Estado, debiendo cumplir además, para cada caso, los siguientes requisitos:

a. Para acreditar la formación mínima

- Copia simple de certificados, constancia, diplomados u otros programas de estudios especializados similares / maestrías / doctorados que acrediten la especialización.

- Copia simple del documento que cuenten con la información mínima siguiente: identificación del centro de estudios, expedido y firmado por la autoridad competente, nombre del solicitante, materia de la especialización que se dictó, los años, semestres u horas académicas de la materia de especialización que se desee acreditar como docente.

En caso el grado académico o Título Universitario se encuentre registrado en el Registro de Grados y Títulos de la SUNEDU, no se requiere presentar copias de dichos grados o títulos.

b. Para acreditar la experiencia laboral mínima

- Copia simple de la constancia o certificado de trabajo emitido por el área de recursos humanos o la que haga sus veces o funcionario competente.

- Copia simple de la orden del servicio y conformidad del servicio o constancia de prestación emitida por el órgano encargado de las contrataciones o funcionario autorizado de la Entidad.

- Copia simple del contrato, el mismo que incluye el detalle de las funciones desempeñadas.

- Copia simple de recibos por honorarios detallando el concepto del servicio.

- Copia simple de documentos que acrediten experiencia en arbitraje en contrataciones con el Estado actuando como árbitro, abogado o secretario arbitral.

Los documentos permiten verificar fehacientemente el inicio y culminación de la experiencia a acreditar.

c. Declaración Jurada que señale el cumplimiento de las demás condiciones

8. Proveedores inscritos en el RNP que no cuentan con vigencia en el Registro.

Aquellos proveedores que a la fecha de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N.º 1341 no hubieren contado con inscripción vigente en el RNP, pueden reinscribirse para contar con vigencia indeterminada en dicho Registro siempre y cuando cumplan con lo siguiente:

- Proveedores de Bienes y Servicios

Cumplen las condiciones y sigue el procedimiento previsto para la inscripción de proveedores de Bienes y Servicios. - Consultores de Obras Cumplen las condiciones y sigue el procedimiento previsto para la inscripción de Consultores de Obras salvo en lo concerniente a la asignación de Categoría, en cuyo caso cumple los requisitos del procedimiento de Ampliación de Categoría de Consultores de Obras.

- Ejecutores de Obras

Cumplen las condiciones y sigue el procedimiento previsto para la inscripción de Ejecutores de Obras salvo en lo concerniente a la asignación de Capacidad Máxima de Contratación, en cuyo caso cumple los requisitos del procedimiento de Aumento de Capacidad Máxima de Contratación.

En el caso de Consultores de Obra y Ejecutores de Obras, se reevalúa la categoría de las especialidades o se realiza el recálculo de su capacidad máxima de contratación.

9. Opiniones

La emisión de las opiniones mediante las que cuales el OSCE absuelve consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado se solicita conforme a lo señalado en el TUPA. Las opiniones emitidas se publican en el portal institucional del OSCE.

De conformidad con lo previsto en el literal n) del artículo 52 de la Ley, la emisión de opiniones a solicitud de las Entidades públicas es gratuita. Tratándose del sector privado y la sociedad civil pagan el derecho de tramitación previsto en el TUPA.

OPINIONES DEL OSCE

§ 2194. Una persona jurídica matriz que posee una sucursal domiciliada en el país y esta última cuenta con inscripción en el RNP, no podrá efectuar un nuevo registro como persona jurídica extranjera no domiciliada, aún si la sucursal tuviese un objeto social más limitado. CONSULTA: “En virtud a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 46 de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado y conforme al ítem 43 del texto Único de Procedimientos Administrativos del OSCE, por medio de la presente solicitamos que la Subdirección evalúe y me responda por escrito, si es procedente o improcedente la solicitud de inscripción de una empresa extranjera no domiciliada, que a su vez tiene una sucursal, la cual, si bien está inscrita en el RNP, tiene un objeto social más limitado, contabilidad independiente y registro tributario de Perú” [...] 2.2. Sobre el particular, es importante mencionar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 396 de la Ley N.º 26887, Ley General de Sociedades, es sucursal “(...) todo establecimiento



secundario a través del cual una sociedad desarrolla, en lugar distinto a su domicilio, determinadas actividades comprendidas dentro de su objeto social. La sucursal carece de personería jurídica independiente de su principal. Está dotada de representación legal permanente y goza de autonomía de gestión en el ámbito de las actividades que la principal le asigna, conforme a los poderes que otorga a sus representantes”. (El subrayado es agregado). De acuerdo con la disposición citada, la sucursal (establecimiento secundario) guarda una relación de identidad con su respectiva matriz (sociedad principal) puesto que ambas constituyen la misma persona jurídica, ello independientemente del grado de autonomía que alcance la sucursal en la gestión de la actividad asignada por la matriz. En línea con lo señalado, tal como se ha explicado anteriormente, la matriz y la sucursal constituyen la misma persona jurídica; por tanto, en el RNP solo puede inscribirse una de estas, la persona jurídica extranjera no domiciliada (matriz) o la persona jurídica extranjera domiciliada (sucursal), conforme al procedimiento previsto en el artículo 238 del Reglamento [cfr. art. 11 del Nuevo Reglamento].

2.3. Ahora bien, la consulta plantea el supuesto en el cual la sucursal inscrita en el RNP, contiene un objeto social más limitado, contabilidad independiente y registro tributario en el Perú, motivos por los cuales se requiere precisar si sería posible que la matriz solicite su inscripción en el RNP como persona jurídica extranjera no domiciliada, al existir diferencias en sus elementos de constitución y operación. Al respecto, Enrique Elías Laroza, señala que “(...) el establecimiento de una sucursal no conlleva en modo alguno la creación de una persona jurídica diferente. Se trata simplemente de la dispersión territorial de los establecimientos de una determinada sociedad, que mantiene su unidad jurídica como sujeto de derecho”. (El subrayado es agregado). De esta manera, la persona jurídica societaria extranjera no ve afectada su unicidad e integridad por la conformación de determinadas sucursales en el país, ya que los actos que estas realicen recaerán, en todos los casos, en la esfera jurídica de la sociedad principal, en virtud de la responsabilidad que asume esta última por los actos y operaciones que realicen sus establecimientos. Asimismo, como se ha indicado en el numeral anterior, la Ley General de Sociedades desarrolla el concepto de sucursal describiéndola como todo establecimiento secundario a través del cual una sociedad desarrolla, en lugar distinto a su domicilio, determinadas actividades comprendidas dentro de su objeto social; por tanto, la sucursal debe desarrollar actividades que son parte del objeto principal de la matriz, encontrando estrecha vinculación entre ambas. Distinto es el caso de una *filial y/o subsidiaria* que constituye un ente con personalidad jurídica y entidad societaria propia, que se relaciona en un plano económico con una empresa matriz, pudiendo dedicarse a un objeto diferente de la segunda. Dicha caracterización de la filial o subsidiaria sustenta que a ésta se le pueda considerar como sujeto de derechos, obligaciones y responsabilidades, con independencia de la vinculación económica que mantenga con la matriz, siendo posible en este caso, una inscripción independiente en el RNP.

2.4. En consecuencia, una persona jurídica extranjera que se encuentra domiciliada en el país (sucursal) y cuenta con inscripción en el RNP como tal, no podrá efectuar un nuevo registro como extranjero no domiciliado, toda vez que como ya se ha señalado la matriz y la sucursal, constituyen una misma persona jurídica. (Opinión N.º 190-2016/DTN, de 02-12-2016, ff. 2.2, 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LBsZYy>).

§ 2195. **En un procedimiento de renovación de inscripción de ejecutores de obra, los proveedores incluidas las personas jurídicas extranjeras, deben observar lo dispuesto en el Reglamento, el TUPA del OSCE y la Directiva.** CONSULTA: 2.1. “¿Ante un procedimiento de renovación de Ejecutores de obras públicas para persona jurídica extranjera, teniendo en cuenta que no existe un criterio uniforme entre lo dispuesto por el Reglamento de la Ley de Contrataciones, la Directiva y el TUPA del OSCE, a cuál o cuáles de los ellos deberíamos acogernos?”. 2.1.1. [...] Al respecto, es preciso anotar que el Texto Único de Procedimientos Administrativos -TUPA del OSCE **no** forma parte de la normativa de contrataciones del Estado, sino que constituye un documento de gestión que contiene toda la información relativa a los requisitos y procedimientos administrativos que el público usuario debe tener en cuenta para solicitar algún trámite ante el OSCE. [...]. 2.1.2. Sobre el particular, debe mencionarse que el artículo 46 de la Ley establece que el Registro Nacional de Proveedores (RNP) es el sistema de información oficial único de la Administración Pública, que tiene por objeto registrar y mantener actualizada durante su permanencia en el registro, la información general y relevante de los proveedores interesados en participar en las contrataciones que realiza el Estado. En ese contexto, el tercer párrafo del citado artículo dispone

que para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista del Estado se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores; precisando que *“Únicamente en el Reglamento de la presente Ley se establecen la organización, funciones y los requisitos para el acceso, permanencia y retiro del registro”*. (El subrayado es agregado). [...] **2.1.4.** [...] [Tal] como lo dispone el artículo 238 del Reglamento [cfr. art. 9 del Nuevo Reglamento], todas las personas que deseen participar en procedimientos de selección y contratar con las Entidades, incluidas las personas jurídicas extranjeras, deben inscribirse como proveedores en el Registro Nacional de Proveedores; **para lo cual deberán cumplir lo establecido en el Reglamento, el TUPA del OSCE y la Directiva correspondiente**. Así, el numeral 238.9 del artículo 238 del Reglamento [cfr. numeral 2 del Anexo de Procedimientos del Nuevo Reglamento] dispone que *los procedimientos de inscripción para los ejecutores de obra -y consultores de obra- son de evaluación previa*, en virtud de los cuales, los proveedores -incluidas las personas jurídicas extranjeras- deben cumplir los siguientes requisitos: *i) Capacidad legal; ii) Solvencia Económica; y, iii) Capacidad técnica*. En concordancia con lo dispuesto en el Reglamento, la Directiva N.º 016-2016-OSCE/CD **[D-010]** (en adelante, la “Directiva”) contiene los lineamientos respecto de los *procedimientos para la inscripción y renovación de inscripción de ejecutores de obra* -entre otros procedimientos que se realizan- en el Registro Nacional de Proveedores; estableciendo que los proveedores -entre ellos, las personas jurídicas extranjeras- serán evaluados conforme a los siguientes aspectos: *i) Evaluación legal, que consiste en la evaluación de la capacidad legal del proveedor para contratar con el Estado; ii) Evaluación contable, consistente en la evaluación de la solvencia económica del ejecutor de obra; y, iii) Evaluación técnica, la cual consiste en la evaluación de la capacidad técnica del proveedor, aspectos que, como se observa, están comprendidos en los requisitos que establece el Reglamento para acceder a dicho registro*. De lo expuesto, se puede observar que los procedimientos para la inscripción y renovación de inscripción de ejecutores de obra en el Registro Nacional de Proveedores, *contemplan el cumplimiento de los requisitos que establece el Reglamento para el acceso a dicho registro*; en razón de lo cual, en el marco de un procedimiento de renovación de inscripción de ejecutores de obra, los proveedores -incluidas las personas jurídicas extranjeras- deben observar lo dispuesto en el Reglamento, el TUPA del OSCE y la Directiva, entendiéndose que el alcance de estos dos últimos dispositivos es concordante con lo dispuesto en el Reglamento. (Opinión N.º 078-2018/DTN, de 06-06-2018, ff. 2.1, 2.1.1. 2.1.2 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KDiL9f>).

§ 2196. Los proveedores extranjeros no domiciliados que se identifican en el RNP con “código de proveedor extranjero” deben suscribir el contrato consignando su identificación fiscal correspondiente pudiendo usar el número de RUC para tales efectos. CONSULTA: **2.1.** *“¿Es posible que un ESTABLECIMIENTO PERMANENTE que haya obtenido la Buena Pro en algún proceso de selección, pueda suscribir el contrato con la entidad pública convocante utilizando como identificación fiscal el RUC otorgado por parte de SUNAT, a pesar que exista un código de proveedor extranjero no domiciliado que es otorgado al momento de su registro como proveedor de bienes y servicios?”*. [...] **2.1.3.** [...] [La Directiva N.º 015-2016-OSCE/CD **[D-011]** regula el procedimiento para la inscripción y renovación de inscripción de proveedores de bienes y servicios en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), que obligatoriamente deben aplicar: *(i) Proveedores de bienes y/o servicios nacionales y extranjeros domiciliados (sucursal); (ii) proveedores de bienes y/o servicios extranjeros no domiciliados con representante legal o apoderado en el Perú; y, (iii) proveedores de bienes y/o servicios extranjeros no domiciliados sin representante legal o apoderado en el Perú*. Así, el numeral 7.2 de la Directiva N.º 015-2016-OSCE/CD establece el procedimiento de inscripción y renovación de inscripción que, para estos efectos, deben cumplir los proveedores extranjeros no domiciliados con representante legal o apoderado en el Perú; precisando que una vez iniciado el trámite de inscripción, y realizado el pago de la tasa, el RNP otorga a dichos proveedores un usuario denominado “código de proveedor extranjero no domiciliado” y la clave del RNP. Por lo expuesto, se infiere que los proveedores de bienes y/o servicios extranjeros no domiciliados con representante legal o apoderado en el Perú deben contar con un “código de proveedor extranjero”, cuyo uso permite verificar si su inscripción en el RNP se encuentra vigente durante todas las etapas del proceso de contratación. **2.1.4.** Precisando lo anterior, el “código de proveedor extranjero” permite verificar si los proveedores extranjeros no domiciliados mantienen vigente su inscripción en el RNP durante todo el proceso de



contratación en el que participan -incluyendo la etapa del otorgamiento de la Buena Pro y de la suscripción del contrato-; mientras que, por otro lado, el Registro Único de Contribuyentes (RUC) es la identificación fiscal ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT, y se encuentra regulado en el marco de la legislación tributaria nacional. En ese sentido, se advierte que la funcionalidad del “código de proveedor extranjero” y la funcionalidad de la identificación fiscal de los proveedores - sea RUC o la que corresponda, de acuerdo al país de origen - responde, en cada caso, a naturalezas distintas. 2.1.5. Por tanto, los proveedores extranjeros no domiciliados que se identifican en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) con “código de proveedor extranjero” deben suscribir el contrato consignando su identificación fiscal correspondiente - pudiendo ser el número de RUC en caso de contar con el -; sin perjuicio de la obligación de mantener vigente su inscripción en el RNP durante todas las etapas del proceso de contratación. (Opinión N.º 149-2016/DTN, de 09-09-2016, ff. 2.1, 2.1.4 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2GB6G6t>).

CUARTA PARTE

DIRECTIVAS DEL OSCE

I. BASES ESTÁNDAR

D-001

DIRECTIVA N.º 001-2019-OSCE/CD

BASES Y SOLICITUD DE EXPRESIÓN DE INTERÉS ESTÁNDAR PARA LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN A CONVOCAR EN EL MARCO DE LA LEY N.º 30225

(Aprobada por la Resolución N.º 013-2019-OSCE/PRE [EP, 29-01-2019]).^{(i) (ii)}

COMUNICADO DEL OSCE

- (i) Comunicado N.º 001-2019-OSCE (07-02-2019): Bases y solicitudes de expresión de interés estándar contenidas en la Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD. Texto completo: <bit.ly/2GlnFC9>.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2197. En caso se determine que adicionalmente a la declaración jurada de cumplimiento de especificaciones técnicas, el postor deba presentar algún otro documento complementario, este será requerido como documentación de presentación obligatoria para la admisión de la oferta. Se incurre en un vicio de nulidad si se solicita como documentación de presentación obligatoria un documento que debió ser requerido como requisito de calificación. 25. [...] [Tal] como se encuentra establecido en las bases estándar de la Adjudicación Simplificada para la contratación de bienes, aprobada mediante la Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)], cuyo uso es de cumplimiento obligatorio, en caso se determine que adicionalmente a la declaración jurada de cumplimiento de las Especificaciones Técnicas, el postor deba presentar algún otro documento para acreditar las características y/o requisitos funcionales y condiciones de las Especificaciones Técnicas relacionadas al bien tales como: autorizaciones relacionadas al producto, folletos, instructivos, catálogos o similares, debe consignarse ello, como parte de la documentación de presentación obligatoria para la admisión de la oferta, precisándose que en dicho literal no debe detallarse ningún documento vinculado a los requisitos de calificación del postor, tales como: i) capacidad legal, ii) capacidad técnica y profesional: experiencia del personal clave y iii) experiencia del postor. Tampoco se puede incluir documentos referidos a cualquier tipo de equipamiento, infraestructura, soporte, calificaciones y experiencia del personal en general. 26. Ahora bien, de la revisión de los documentos materia de cuestionamiento, se aprecia que los mismos están relacionados autorizaciones con las que debe contar el postor para poder realizar el suministro del bien [...], por lo que dicho requerimiento debió ser incluido como parte de los requisitos de calificación, situación que no se advierte del caso de autos. [...] 28. [...] [Conforme] a lo previsto en el [...] Reglamento, el órgano a cargo del procedimiento de selección (el Comité de selección o el Órgano Encargado de las Contrataciones), según corresponda, es competente para preparar los documentos del procedimiento de selección (entre los cuales se encuentran las bases).

I. FINALIDAD

Orientar a las Entidades sobre el contenido y obligatoriedad de la utilización de las Bases y Solicitud de Expresión de interés Estándar para los procedimientos de selección que convoquen en el marco de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y sus modificatorias.

II. OBJETO

Regular el contenido y obligatoriedad de la utilización de las Bases y Solicitudes de Expresión de Interés Estándar que forman parte de la presente directiva.

III. ALCANCE

La presente directiva es de cumplimiento obligatorio para todas las Entidades que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme al artículo 3 de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y sus modificatorias.

IV. BASE LEGAL

- Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y sus modificatorias.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF.

V. REFERENCIAS

En la presente directiva se utilizarán las siguientes referencias:

29. [Se] aprecia que el Comité de Selección incurrió en un vicio de nulidad al transgredir la normativa en contrataciones del Estado, pues elaboró bases contraviniendo lo dispuesto en el artículo 2 del Anexo 1 del Reglamento del Registro de Hidrocarburos, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N.º 191-2011-05/CD y modificatorias, así como el artículo 16 de la Ley, 28 del Reglamento [cfr. art. 49 del Nuevo Reglamento], y la Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD, ya que requirió como documentación de presentación obligatoria para la admisión de la oferta, documentación que debió ser requerida como requisito de calificación, aunado al hecho de existir contradicción entre la documentación requerida, ya que quien cuenta con registro de consumidor directo no puede comercializar uno de los productos requeridos en las base [...]. (Resolución N.º 2929-2016-TCE-S1, de 12-12-2016, ff. 25, 26, 28 y 29. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2DHMf5w>).

§ 2198. Constituye en vicio la consignación de un horario de atención menor a las 8 horas para recibir consultas y observaciones. 3. De una revisión del contenido de las bases se aprecia que en el numeral 2.1 “Calendario del procedimiento de selección” del capítulo II se precisó que las consultas y observaciones a las bases debían presentarse en el horario desde las 08:30 a las 14:00 horas, lo que concuerda con lo establecido en la ficha electrónica del SEACE. Sin perjuicio de ello, en dicho extremo de las bases, como nota al pie de página, se precia lo siguiente: *“Al consignar el horario de atención, debe tenerse en cuenta que el **horario de atención no podrá ser menor a ocho (8) horas**”*. (Resaltado es agregado) [...] **5.** Al respecto, debe tenerse presente que las bases estándar correspondientes a la adjudicación simplificada para la adquisición de bienes, aprobada mediante la Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (**D-001**)] [...], establecen que el horario de atención para recibir las consultas y observaciones a las bases es de 8 horas, como mínimo, conforme a la nota de pie de página obrante en el folio que ha sido reproducida en las bases integradas conforme se reseña en el fundamento 3 precedente. Cabe recalcar que, pese a ello, se estableció un horario de

- Ley: Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y sus modificatorias.
- Reglamento: Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF.
- Directiva: La presente directiva.
- OSCE: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

VI. DISPOSICIONES GENERALES

6.1. De conformidad con lo dispuesto en el literal f) del artículo 52 de la Ley, el OSCE tiene la función de emitir directivas, documentos estandarizados y documentos de orientación en materia de su competencia.

6.2. El numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento establece que el OSCE aprueba los documentos estándar que debe utilizar obligatoriamente el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones a cargo de los procedimientos de selección que lleven a cabo las Entidades.

VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

7.1. DE LA PRESENTACIÓN DE LAS BASES ESTÁNDAR

Las Bases y Solicitudes de Expresión de Interés Estándar aprobadas por el OSCE inician con una página que contiene el tipo de procedimiento y el objeto para el que han sido diseñados. Asimismo, indica el instrumento con el cual se aprobó dicho documento.

atención de solo 5 horas y 30 minutos. **6.** Corresponde precisar que el horario de atención contemplado en las bases estándar guarda concordancia con lo establecido en el artículo 138 de la LPAG, en virtud del cual establece el horario de atención de las entidades para la realización de cualquier actuación se rige por ciertas reglas, estableciendo en su numeral 1: *“Son horas hábiles las correspondientes al horario alado para el funcionamiento de la entidad, sin que en ningún caso la atención a los usuarios pueda ser inferior a ocho horas diarias consecutivas”*. (Resaltado es agregado) [...] **9.** [S]egún se advierte, el cronograma de las bases y la ficha electrónica SEACE consignaron un horario menor a las 8 horas para recibir consultas y observaciones, lo que, a todas luces, vulnera lo establecido en las bases estándar correspondientes a la adjudicación simplificada para la adquisición de bienes, vicio que resulta determinante si tiene en cuenta que el empleo de un horario menor al mínimo requerido para la atención al usuario ha dado lugar a que no se consideren ni absuelvan las consultas y observaciones del Impugnante. (Resolución N.º 0350-2017-TCE-S1, de 20-03-2017, ff. 3, 5, 6 y 9. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2Pv9RjP>).

§ 2199. Principio de eficacia y eficiencia. No se puede acreditar mediante una declaración jurada el requisito de calificación relativo al “Equipamiento”. **10.** Tal como se aprecia del texto de las bases integradas, para acreditar el requisito de calificación “equipamiento” se solicitó de manera alternativa documentos que sustenten la propiedad, posesión, compromiso de venta o alquiler u otro documento que acredite la disponibilidad; en su defecto, dicha acreditación se podría efectuar mediante declaración jurada, lo que sería en este último caso verificado al inicio del servicio, ello en atención a la Absolución de Consultas y Observaciones, respuesta a la Consulta N.º 02 [...]. **11.** Ahora bien, considerando que el artículo 28º [49º] del Reglamento ha establecido que la Entidad no puede imponer requisitos distintos a los señalados en el presente artículo y en los documentos estándar aprobados por el OSCE, cabe traer a colación el texto de las bases estándar para la contratación de servicios en general. **12.** Así tenemos

A continuación, en una segunda página se muestra la simbología utilizada en el contenido de las Bases y Solicitudes de Expresión de Interés Estándar, las características y parámetros que debe presentar el archivo electrónico y contiene indicaciones acerca del uso de tal archivo.

La tercera página muestra lo que será la carátula o primera hoja propiamente del documento que apruebe la Entidad. En esta página se consignará el tipo y objeto del procedimiento, su nomenclatura, el número de convocatoria y finalmente, se describe el objeto de la contratación.

7.2. CONTENIDO DE LAS BASES ESTÁNDAR

Las Bases y Solicitudes de Expresión de Interés Estándar elaboradas por el OSCE y que forman parte de esta directiva, contienen las disposiciones y condiciones generales de contratación.

Las Bases y Solicitudes de Expresión de Interés Estándar contienen una sección general que contempla las reglas de procedimiento y de ejecución contractual aplicables a los procedimientos de selección previstos en la normativa de contrataciones del Estado.

Asimismo, contienen una sección específica que contempla las condiciones particulares del procedimiento de selección, así como los formatos y anexos.

Corresponde a cada Entidad consignar la información que corresponda al objeto de la convocatoria.

Para su incorporación en el texto de las Bases y Solicitudes de Expresión de Interés Estándar se ha incluido espacios a ser completados por cada Entidad, de acuerdo al objeto

que [...] la Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD “Bases y solicitud de Expresión de Interés Estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley N.º 30225” [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)] [...] contiene las Bases Estándar de Concurso Público para la contratación de servicios en general, donde se señala respecto al requisito de calificación relativo a la “capacidad técnica y profesional / equipamiento” lo siguiente: [...] **Equipamiento** [...] *Acreditación:* [...] Copia de documentos que sustenten la propiedad, la posesión, el compromiso de compra venta o alquiler y otro documento que acredite la disponibilidad y/o cumplimiento de la especificaciones del equipamiento requerido. [...] **13.** Del análisis efectuado a lo señalada en el Reglamento, la Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD y el contenido de las bases, se puede concluir que al absolver una consulta, la Entidad contravino lo señalado en el artículo 28 del Reglamento y las bases estandarizadas de concurso público para la contratación de servicios en general, al haber establecido de manera alternativa, la posibilidad de acreditar mediante declaración jurada el requisito de calificación referido al equipamiento. Esta disconformidad de las bases con el ordenamiento vigente, ha tenido directa incidencia en la presente controversia, pues tal como se aprecia de los argumentos planteados por las partes, precisamente se cuestiona la forma que el impugnante acreditó el requisito de calificación “equipamiento”. [...] **19.** Además de acuerdo al principio de eficacia y eficiencia, previsto en el literal f) del artículo 2 de la Ley, el proceso de contratación debe garantizar la efectiva satisfacción del interés público. En el caso del requisito de calificación relativo al “Equipamiento”, la normativa antes referida procura salvaguardar esa efectiva satisfacción, exigiendo la presentación de documentos que acrediten contar con el mismo, objetivo que no se considera garantizado con una mera declaración jurada. De ahí que las bases estándar han establecido la forma en que se debe acreditar el referido requisito de calificación. **20.** En este contexto, la vulneración de los principios bajo comentario, al afectar derechos fundamentales que los administrados gozan dentro de todo procedimiento, vician la actuación administrativa de la autoridad que actúa, decide o resuelve dentro de esta circunstancia. (Resolución N.º 2724-2016-TCE-S4, de

de la convocatoria, a su naturaleza y complejidad, y a las particulares condiciones que se hayan requerido para su contratación.

Las condiciones especiales incluyen, entre otras, las características técnicas de los bienes, servicios u obras requeridos por la Entidad, el valor referencial, de ser el caso, requisitos, montos, fechas, datos, así como toda condición relativa a la ejecución de la prestación. Dicha información debe estar contenida y sustentada en el respectivo expediente de contratación.

Además, la sección específica contiene los requisitos de calificación, los factores de evaluación a determinar, la forma de acreditación, así como la metodología de asignación de puntaje. La determinación de cada uno de los factores de evaluación que serán aplicados en el procedimiento de selección es de exclusiva responsabilidad del Comité de selección, con excepción de lo dispuesto en las Bases de Concurso de Proyectos Arquitectónicos, debiendo tener en cuenta que los factores deben permitir la selección de la mejor oferta en relación con la necesidad que se requiere satisfacer.

Adicionalmente, en el texto de las Bases y Solicitudes de Expresión de Interés Estándar se han incorporado notas denominadas "Importante" y notas al pie que brindan información acerca de aspectos que deben ser considerados en el momento de emplear dichos documentos.

7.3. DE LA OBLIGATORIEDAD

Las Bases y Solicitudes de Expresión de Interés Estándar que forman parte de la presente directiva son de utilización obligatoria por parte de las Entidades en los procedimientos

16-11-2016, ff. 10, 11, 12, 13, 19 y 20. Cuarta Sala. Tribunal de Contrataciones. Texto completo: <bit.ly/2DiVZly>.

OPINIONES DEL OSCE

§ 2200. Las Bases y solicitud de expresión de interés estándar aprobadas mediante Directiva del OSCE contiene disposiciones de cumplimiento obligatorio para todas las Entidades que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. 2.2.3. Al respecto, mediante Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)] el OSCE aprobó las Bases y Solicitud de Expresión de Interés Estándar para convocar los procedimientos de selección en el marco de la Ley N.º 30225, cuyas disposiciones son de cumplimiento obligatorio para todas las Entidades que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. Sobre el particular, cabe anotar que los documentos Estándar elaborados por el OSCE contemplan las reglas del procedimiento de selección y de ejecución contractual, de acuerdo al objeto de la contratación; precisando *-entre otros puntos-* los requisitos de calificación que deben acreditar los postores. Así, para convocar los procedimientos de selección, las áreas usuarias de cada Entidad deben consignar adecuadamente la información que corresponda al objeto de la contratación, utilizando *-para tal efecto-* los documentos estándar aprobados por el OSCE. 2.2.4. Conforme a lo anterior, se aprecia los requisitos de calificación que son fijados por el área usuaria en el requerimiento, deben consignarse en los documentos del procedimiento de selección conforme a los documentos Estándar aprobados por el OSCE; en esa medida, corresponde a los postores acreditar el cumplimiento de la totalidad de requisitos exigidos en la etapa de calificación. No obstante, es pertinente señalar que si el comité de selección u órgano encargado de las contrataciones advierte la necesidad de solicitar al postor la subsanación de algún defecto en los documentos de la oferta durante la etapa de calificación,



de selección que convoquen, estando prohibido modificar la sección general, bajo causal de nulidad del procedimiento de selección.

En el caso de la sección específica, ésta debe ser modificada mediante la incorporación de la información que corresponde a la contratación en particular, según las instrucciones previstas en dicha sección. Respecto de la proforma del contrato puede incluirse cláusulas adicionales a las previstas o adecuar las que se encuentran propuestas en dicha proforma, dependiendo del objeto del contrato, siempre que dichas incorporaciones o adecuaciones no resulten contrarias a la normativa de contrataciones del Estado.

7.4. ALCANCES

La presente directiva contiene las siguientes Bases y Solicitudes de Expresión de Interés Estándar (publicadas en <http://portal.osce.gob.pe>) [también en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/node/282>]:

7.4.1. Respetto de la contratación de bienes

Bases Estándar de Licitación Pública

Bases Estándar de Adjudicación Simplificada

Bases Estándar de Subasta Inversa Electrónica

7.4.2. Respetto de la contratación de suministro

Bases Estándar de Licitación Pública

Bases Estándar de Adjudicación Simplificada

dicha oferta se encontrará vigente *-condicionada a su subsanación efectiva-* hasta el plazo de tres (3) días hábiles como máximo. Precizando lo anterior, debe indicarse que si el postor no cumple con los requisitos de calificación su oferta debe ser descalificada, de acuerdo a lo establecido en los artículos 55 y 63 del Reglamento [cfr. art. 75 y 82 del Nuevo Reglamento]. (Opinión N.º 197-2016/DTN, de 09-12-2016, ff. 2.2.3 y 2.2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: bit.ly/2TBkfVz).

§ 2201. Las Entidades no están facultadas para realizar modificaciones a las bases estándar aprobadas por el OSCE. 2.1.3. Por su parte, debe mencionarse que los procedimientos de selección que se convoquen deben emplear alguna de las bases estandarizadas aprobadas mediante Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)], según el objeto y tipo de procedimiento de selección. Estas bases estándar no pueden ser objeto de modificación por parte de las Entidades, limitándose estas últimas a registrar determinada información en la Sección Específica, conforme a las instrucciones indicadas en las mismas bases. En ese sentido, las Entidades no se encuentran en la facultad de realizar modificaciones a las bases estándar aprobadas por el OSCE, ni mucho menos consignar una disposición contrataría a la normativa de contrataciones del Estado, como sería eliminar la posibilidad de que la garantía por la interposición de un recurso de apelación pueda estar constituida en un depósito en la cuenta bancaria de la Entidad, en el caso de que dicha instancia sea la que resuelva el recurso. [...] (Opinión N.º 046-2017/DTN, de 16-02-2017, f. 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: bit.ly/2TtyIf7).

§ 2202. Se considerará como actual al domicilio que consigna el personal clave en el anexo “carta de compromiso”, pudiendo este domicilio coincidir o no con el registrado en el D.N.I. CONSULTA: 2. “Cuando el anexo “carta de compromiso del personal clave” hace referencia a domicilio legal ¿Es el mismo domicilio establecido en el artículo 33º del Código Civil como residencia habitual de la persona

7.4.3. Respecto de la contratación de servicios

Bases Estándar de Concurso Público

Bases Estándar de Adjudicación Simplificada

Bases Estándar de Subasta Inversa Electrónica

7.4.4. Respecto de la contratación de consultoría en general

Bases Estándar de Concurso Público

Bases Estándar de Adjudicación Simplificada

Solicitud de Expresión de Interés Estándar para Selección de Consultores **Individuales****7.4.5. Respecto de la contratación de consultoría de obra**

Bases Estándar de Concurso Público

Bases Estándar de Concurso de Proyectos Arquitectónicos

Bases Estándar de Adjudicación Simplificada

7.4.6. Respecto de la contratación de obras

Bases Estándar de Licitación Pública

Bases Estándar de Adjudicación Simplificada

VIII. DISPOSICIÓN FINAL

La presente directiva es aplicable a los procedimientos de selección que se convoquen a partir de su entrada en vigencia.

en un lugar?” [...] **2.2.** [...] [En] el ámbito legal del procedimiento administrativo general, la notificación personal se efectúa, en primer lugar, en el domicilio indicado en el expediente o el último domicilio que el administrado haya consignado ante la entidad administrativa; sin embargo, en caso el administrado no haya indicado domicilio, la autoridad deberá emplear, en segundo lugar, el domicilio señalado en el Documento Nacional de Identidad (D.N.I.). **2.3.** De modo complementario a lo antes expuesto, corresponde señalar que el artículo 33 del Código Civil establece que: “El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar.” [...] **2.4.** Entonces, aplicando supletoriamente lo regulado por el T.U.O. de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el domicilio, en el marco de un procedimiento de selección, es el que consigna el personal clave en el referido anexo (carta de compromiso) de las Bases Estandarizadas, en virtud de que el mismo forma parte de un expediente de contratación, pudiendo este coincidir o no con el registrado en el D.N.I. (Opinión N.º 019-2018/DTN, de 09-02-2018, ff. 2, 2.2, 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2P448MR>).

§ 2203. Los proveedores se encuentran obligados a presentar toda la documentación prevista en las Bases estandarizadas, no siendo aplicable lo establecido en el art. 46 del T.U.O. de la LPAG sobre la prohibición de las Entidades a solicitar documentación que se encuentren en su poder.

CONSULTA: **2.1.** “[...] ¿En aplicación del artículo 46 de TUO de LPAG, para acreditar la experiencia del personal clave, los postores pueden indicar la información referida a los contratos que se hayan suscrito con la entidad convocante a fin de acreditar la experiencia de dicho personal, de modo que no sea exigible que dicho postor presente en su oferta la documentación señalada en las bases estandarizadas, correspondiendo a la entidad convocante obtener de sus archivos documentos tales como copia simple del contratos y su respectiva conformidad, constancias, certificados o cualquier otra documentación que, de manera fehaciente demuestre la experiencia del personal propuesto?” [...] **3.** CONCLUSIÓN: El artículo 46 del T.U.O. de la Ley del

Procedimiento Administrativo General no resulta aplicable al procedimiento de selección regulado en la normativa de contrataciones del Estado, por consiguiente, los proveedores se encuentran obligados a presentar toda la documentación prevista en las Bases. (Opinión N.º 178-2018/DTN, de 31-10-2018, ff. 2.1 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TZCmoD>).

§ 2204. Acreditación de la experiencia en obras en general y acreditación de la experiencia en obras similares. CONSULTA: 2.1. “*Teniendo en consideración el art. 28 Requisitos de Calificación del Reglamento de la Ley y la Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)] ¿las obras que se originan en base a contratos privados, que cumplan con los requisitos de acreditación, tales como: contrato de construcción de obra, que cuente con la debida conformidad y/o certificado de conformidad que acredite la culminación de la obra, así como, se identifique el metraje total y valor de la obra, se deben considerar como obras similares y/o generales a fin de acreditar la experiencia en la actividad?*”. [...] CONCLUSIONES. 3.1. Para la acreditación de la experiencia en obras en general es necesario que el postor presente, dentro de su propuesta, copia simple de contratos y cualquier otra documentación que evidencie la culminación de la obra así como el monto total de su ejecución; mientras que, para la acreditación de la experiencia en obras similares, es necesario -además- que la documentación mencionada se encuentre referida a una obra que cuente con las características de aquella que se desea contratar, según lo establecido en las Bases del procedimiento de selección. (Opinión N.º 120-2017/DTN, de 24-05-2017, ff. 2.1 y 3.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FMEzk7>).

§ 2205. La vigencia del poder expedida por los registros públicos se contabiliza desde la fecha de expedición de dicho documento. CONSULTA: “*La fecha de emisión se contabiliza desde la fecha que aparece el sello de “entregado” por Registros Públicos o se contabiliza desde la fecha de expedición que aparece en el certificado de vigencia de poder. Esta disposición que se contabilice desde la emisión puede ser excluida de las bases al momento de convocarse el proceso*”. [...] CONCLUSIONES: 3.1. La vigencia de poder expedida por los registros públicos debe contar con una antigüedad no mayor de treinta (30) días calendario a la presentación de ofertas, periodo que se computa desde la fecha de expedición de dicho documento registral por parte del Registrador o el abogado certificador autorizado, y no respecto de la fecha de entrega de tal documento público al interesado. 3.2. La disposición señalada no puede ser objeto de modificación por parte de la Entidad en mérito a la convocatoria de un procedimiento de selección, debiendo ceñirse a las condiciones contempladas en las Bases Estándar. (Opinión N.º 008-2017/DTN, de 11-01-2017, ff. 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RrZYW>).

§ 2206. Subsanción de la acreditación de la capacidad del representante legal del postor. *¿Es motivo de no admisión de la oferta de un postor, el hecho que, en la carta poder otorgada por el representante legal no se haya consignado que el mandatario va a efectuar la representación o intervención a nombre de una determinada empresa, en un procedimiento de selección en específico, cuando en dicho poder se estableció también que las facultades otorgadas son simplemente enunciativas y no limitativas, siendo su intención la de otorgar este poder con las más amplias facultades y sin restricción de ninguna clase?* 3.1. En caso el postor actúe a través de representante legal, apoderado o mandatario, el órgano a cargo del procedimiento de selección deberá revisar de manera integral los alcances de la vigencia de poder presentada, a efectos de determinar que dicha persona cuenta con las facultades de representación suficientes para suscribir la oferta. 3.2. El órgano a cargo del procedimiento de selección es el responsable de evaluar, para cada caso en concreto, si determinado error u omisión es subsanable, de acuerdo a lo señalado en el artículo 39 del Reglamento [cfr. art. 60 del Nuevo Reglamento] y tomando en consideración los criterios desarrollados en la presente opinión. (Opinión N.º 129-2018/DTN, de 22-08-2018, ff. 3.1 al 3.2. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2HtSqq6>).

§ 2207. La experiencia del postor también puede ser acreditada a través de comprobantes de pago cuya cancelación se demuestre fehacientemente. CONSULTA: 2.2. “*¿[P]ara los fines de la acreditación de la experiencia del postor las conformidades de servicio o constancias de culminación del mismo solo serán válidas si se asocian a contratos (en la medida que las bases estándar vinculan a “contratos con*

su respectiva conformidad”) o también pueden ser utilizadas como elementos de vinculación o cohesión para grupos de facturas o comprobantes de pago?” [...] **2.2.2.** [...] Al respecto, la experiencia del postor es un requisito de calificación tal como lo señala el artículo 28 del Reglamento. Asimismo, las Bases Estándar aprobadas mediante Directiva N.º 001-2017-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (**D-001**)] establecieron que para acreditar la experiencia debía presentarse *-por ejemplo, en el caso de servicios en general bajo un procedimiento de selección de concurso público-* “(...) copia simple de (i) contratos u órdenes de servicios, y su respectiva conformidad o constancia de prestación; o (ii) comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente, con [CONSIGNAR TIPO DE DOCUMENTOS QUE DEBE PRESENTARSE, COMO POR EJEMPLO, VOUCHER DE DEPÓSITO, REPORTE DE ESTADO DE CUENTA, CANCELACIÓN EN EL DOCUMENTO, ENTRE OTROS], correspondientes a un máximo de veinte (20) contrataciones”. Así, la experiencia se acredita mediante la presentación de copia simple de: contratos y su respectiva conformidad o constancia de prestación; o, a través de comprobantes de pago cuya cancelación se demuestre fehacientemente, pudiendo dichos comprobantes estar referidos a una misma relación contractual. (Opinión N.º 149-2018/DTN, de 13-09-2018, ff. 2.2 y 2.2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2P6G0cw>).

§ 2208. La expresión “cualquier otra documentación” que pueda ser usada para acreditar la experiencia del postor en la realización de obras, debe entenderse como todo documento emitido con ocasión de la ejecución de la obra que cumpla con demostrar aquello que se acredita. CONSULTA: 2.1. *“Al señalar que una de las formas que tiene el postor para probar su experiencia en facturación de obras generales y similares será con el contrato y cualquier documentación de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida, así como su monto total, ¿Qué se entiende por cualquier otra documentación y, si ésta documentación deberá ser expedido u otorgado por la Entidad contratante?”*. [...] De lo señalado, se observa que las bases estándar al establecer la forma en la cual deberá acreditarse el requisito de calificación “experiencia del postor”, precisan que la documentación que sirve para dicho fin necesariamente debe acreditar de manera fehaciente que la obra fue concluida así como también el monto total de ejecución de la misma. Asimismo, si bien se lista una serie de documentos con los cuales se puede acreditar la experiencia, también se menciona que -además de los contratos- podrá ser a través de cualquier otra documentación, emitida por la Entidad contratante entendiéndose como tal a todo documento emitido con ocasión de la ejecución de la obra que cumpla con demostrar de manera indubitable aquello que se acredita, por ejemplo mediante, las resoluciones de liquidación de obra, las actas de recepción de conformidad, entre otros. (Opinión N.º 185-2017/DTN, de 29-08-2017, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PiO5uM>).

§ 2209. El monto total ejecutado de una obra incluye tanto el monto del contrato como los adicionales y deductivos generados en el transcurso de la ejecución. CONSULTA: 2.2. *“Teniendo en cuenta que una de las formas de acreditar la experiencia del postor, tanto en la facturación de obras generales como obras similares, es mediante la presentación de contratos y cualquier otra documentación de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida, así como su monto total; ¿Cuándo se refiere al monto total, en el supuesto que la documentación presentada no consigne este monto total, solo indique el monto del contrato, adicionales y deductivos; en este caso el monto total ejecutado debe obtenerse de la operación aritmética que resulta de aplicar el monto del contrato, adicionales y deductivos?”*. [...] [Con] relación al monto de la obra, es importante mencionar que este se encuentra comprendido tanto por el monto del contrato por aquellos adicionales y deductivos que se hubieren generado durante la ejecución. Es así que con la finalidad de conocer la real ejecución de un contrato de obra, a efectos de acreditar la experiencia, las bases definen el tipo de documentación a partir de la cual pueda determinarse indubitadamente cuál fue el monto total de la ejecución, debiendo además constar que la obra ha concluido en su totalidad. En sentido, para que un Comité pueda validar el monto total ejecutado de una obra, será necesario que el postor presente aquella documentación a partir de la cual pueda determinarse indubitadamente el mismo, entendiéndose que debe comprender tanto el monto del contrato como los adicionales y deductivos generados en el transcurso de la ejecución. (Opinión N.º 185-2017/DTN, de 29-08-2017, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PiO5uM>).

§ 2210. **Formas de acreditar la experiencia del postor.** CONSULTA: 2.3. *“La experiencia del postor podría acreditarse con el monto del contrato y que no se desconocerá su experiencia, así no se cuente con los documentos de valorización ni con Resolución de liquidación?”*. Conforme a lo indicado al absolver las consultas anteriores, y atendiendo a lo previsto en las bases estándar para la ejecución de obras, el requisito de calificación “experiencia del postor” se acredita con copia simple de contratos y sus respectivas actas de recepción y conformidad; con copia simple de contratos y sus respectivas resoluciones de liquidación; o con copia simple de contratos y cualquier otra documentación de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida, así como su monto total, siendo que este último comprende tanto los adicionales como deductivos que se hubieren generado durante la ejecución. (Opinión N.º 185-2017/DTN, de 29-08-2017, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2PiO5uM>).

§ 2211. **La experiencia del personal profesional clave no puede acreditarse mediante declaración jurada.** CONSULTA: 2.1. *“Dado que las Bases estandarizadas no contemplan como sustentar la experiencia del profesional clave, cuando es el mismo consultor titular de la consultoría como persona natural quien participa como personal clave, y considerando que en las personas jurídicas o consorcios el representante legal si lo puede hacer. (...) ¿Es factible acreditar experiencia como profesional clave a través de una Declaración Jurada que deje constancia de la participación del Consultor como parte del personal clave, adjuntando la Constancia de Prestación o conformidad de la consultoría, o conformidad del servicio, Resolución de Aprobación de Consultoría, otorgado por la Entidad al contratante consultor”. [...] 2.1.3. [...] [C]onsiderando que la experiencia del personal profesional clave requiere ser constatada a fin de garantizar que tales personas cuentan con las capacidades necesarias para ejecutar las actividades requeridas, la presentación de una declaración jurada no constituye un medio idóneo que permita realizar ello. Por lo expuesto, puede concluirse que no es posible sustentar la experiencia del personal clave mediante la presentación de una declaración jurada, puesto que la normativa de contrataciones del Estado prevé que su acreditación debe realizarse documentalmente, a través de (i) copia simple de contratos y su respectiva conformidad o (ii) constancias o (iii) certificados o (iv) cualquier otra documentación que de manera fehaciente demuestre la experiencia del personal clave propuesto. (Opinión N.º 118-2018/DTN, de 09-08-2018, ff. 2.1 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2E9RIHK>).*

§ 2212. **Si bien los profesionales deben encontrarse colegiados y habilitados para el ejercicio de su profesión, la relevancia de dicho requerimiento no coincide necesariamente con la presentación de las ofertas, así como tampoco con la suscripción del contrato, sino con el inicio de su participación efectiva del contrato.** CONSULTA: 2. *“¿Es posible considerar cumplida la exigencia de presentación de título revalidado por la SUNEDU, si el postor ganador presenta la colegiatura y el certificado de habilidad, en los cuales se precisa el título obtenido?” (...) [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. En el marco de un procedimiento de selección cuyas bases prevean, como requisito de calificación, la “formación académica” del personal o plantel profesional clave, los postores deben acreditar dicho requisito -en la etapa de calificación- a través de la presentación de la copia simple del diploma de bachiller o del título profesional correspondiente; siendo que en el caso de profesionales extranjeros, tal requisito deberá acreditarse con la copia simple del documento de la revalidación o del reconocimiento del grado académico o título profesional otorgados en el extranjero, extendido por la autoridad competente en el Perú, conforme a la normativa especial de la materia. 3.2. A efectos de perfeccionar el contrato, el postor deberá presentar -entre otros requisitos- los documentos previstos en los documentos del procedimiento de selección; siendo que cuando en éstos se exija la acreditación de la “formación académica” del personal o plantel profesional clave, el postor deberá presentar, en el caso de profesionales extranjeros, los documentos de la revalidación o del reconocimiento del grado académico o título profesional otorgados en el extranjero, extendido por la autoridad competente en el Perú, conforme a la normativa especial de la materia. 3.3. La acreditación de la habilitación y colegiatura de los profesionales que conforman el “personal profesional clave” debe requerirse para el inicio de su participación efectiva en el contrato, tanto para aquellos profesionales titulados en el Perú, como para aquellos titulados en el extranjero; en atención al “Principio de Libertad*

de concurrencia'. (Opinión N.º 225-2017/DTN, de 11-10-2017, ff. 2, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RZuEcO>).

§ 2213. En el caso de profesionales extranjeros, tal requisito deberá acreditarse además con la copia simple del documento de la revalidación o del reconocimiento del grado académico o título profesional otorgados en el extranjero, extendido por la autoridad competente en el Perú. CONSULTA: 2. *“De acuerdo con el Reglamento de la Ley de Contrataciones, en el caso de propuestas técnicas que contengan profesionales extranjeros; en qué etapa el postor debe acreditar que los citados profesionales estén reconocidos por una Universidad autorizada por la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria - SUNEDU y habilitados por el colegio profesional que les corresponde. ¿En la etapa de su calificación o para la suscripción del contrato como requisito indispensable? (...)”*. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. En el marco de un procedimiento de selección cuyas bases prevean, como requisito de calificación, la “formación académica” del personal o plantel profesional clave, los postores deben acreditar dicho requisito -en la etapa de calificación-, a través de la presentación de la copia simple del diploma de bachiller o del título profesional correspondiente; siendo que en el caso de profesionales extranjeros, tal requisito deberá acreditarse además con la copia simple del documento de la revalidación o del reconocimiento del grado académico o título profesional otorgados en el extranjero, extendido por la autoridad competente en el Perú, conforme a la normativa especial de la materia. 3.2. La acreditación de la habilitación y colegiatura de los profesionales que conforman el “personal profesional clave” debe requerirse para el inicio de su participación efectiva en el contrato, tanto para aquellos profesionales titulados en el Perú, como para aquellos titulados en el extranjero; en atención al ‘Principio de Libertad de concurrencia’. (Opinión N.º 220-2017/DTN, de 09-10-2017, ff. 2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UHybOs>).

§ 2214. Es posible subsanar la legalización de firmas en una oferta presentada, aplica para la promesa de consorcio y para la carta de compromiso del personal clave. Pueden ser materia de subsanación la rúbrica y la foliación; por lo expuesto, se advierte que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto la posibilidad de subsanar otros errores materiales o formales en dichos documentos. CONSULTA: 2.1. *“En una oferta presentada es subsanable la oferta técnica, cuando en determinada documentación no contengan la firma del notario en la parte de certificación de la firma, consignándose únicamente los sellos notariales o contenga información discrepante. En ese contexto, en el supuesto que fuese subsanable ¿debe exigirse que el documento a subsanar haya sido emitido con anterioridad a la fecha establecida para la presentación de ofertas?”*. [...] 2.2. *“Asimismo, se requiere conocer si en una oferta presentada es subsanable el documento que contiene la oferta económica, en tanto dicho documento hace referencia a un procedimiento de selección convocado por otra Entidad y/o esté dirigido a otra Entidad y/o se consigne algún dato que discrepe con el procedimiento de selección.”*. [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. El único supuesto regulado por la normativa de contrataciones del Estado, en virtud del cual es posible subsanar la legalización de firmas en una oferta presentada, aplica para la promesa de consorcio y para la carta de compromiso del personal clave, conforme a lo establecido en las Bases Estándar aprobadas mediante Directiva N.º 001-2017-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)]. Cabe indicar que tales documentos no se enmarcan dentro del supuesto contenido en el tercer párrafo del artículo 39 del Reglamento. 3.2. Respecto de los documentos que contienen el precio ofertado u oferta económica, pueden ser materia de subsanación la rúbrica y la foliación; por lo expuesto, se advierte que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto la posibilidad de subsanar otros errores materiales o formales en dichos documentos, salvo los contemplados en el cuarto párrafo del artículo 39 del Reglamento. (Opinión N.º 178-2017/DTN, de 25-08-2017, ff. 2.1, 2.2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EnFxlj>).

§ 2215. Los postores pueden acreditar su experiencia presentando la reproducción de contratos electrónicos. CONSULTA: 2. *“(...) solicitamos su opinión sobre la validez del CONTRATO ELECTRÓNICO (...) y confirme que este contrato electrónico equivale a contrato firmado a mano, (...)”*. [...] 2.2. [...] Como se aprecia, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado la experiencia del postor para la ejecución de un servicio en general se mide a través de su facturación, tanto en servicios similares

al objeto de la convocatoria y/o en la actividad, la cual puede acreditarse mediante la presentación de la copia simple de contratos u órdenes de servicios y su respectiva conformidad por la prestación efectuada. 2.3. En este punto, es importante señalar que la contratación pública no puede ser ajena a los avances del comercio electrónico dentro del territorio nacional o en los países de los cuales provienen los distintos proveedores de bienes, servicios y obras. En ese sentido, la normativa de contrataciones del Estado contempla la posibilidad que los postores acrediten su experiencia a través de la presentación de contratos en los que se demuestre que han ejecutado prestaciones iguales o similares a las que la Entidad requiere contratar, sin establecer que dicha experiencia solo puede acreditarse mediante la presentación de contratos convencionales; pues de hacerlo, ciertos proveedores no podrían participar en los procesos de contratación del Estado cuando su experiencia se encuentre sustentada en contratos de carácter electrónico, a pesar de estar debidamente calificados para ejecutar la prestación requerida por la Entidad. Por lo expuesto, cuando se trate de la contratación de servicios en general, los postores pueden acreditar su experiencia presentando la reproducción de contratos electrónicos que hayan celebrado a los que deberá adjuntar la respectiva conformidad por la prestación efectuada o comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental o fehacientemente con los documentos que señalan las Bases. (Opinión N.º 163-2017/DTN, de 31-07-2017, ff. 2, 2.2 y 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QijMJp>).

§ 2216. Para la convocatoria de una Adjudicación Simplificada, derivada de un Concurso Público declarado desierto, corresponde aplicar las Bases Estándar del procedimiento de Adjudicación Simplificada que forman parte de la Directiva vigente con las modificaciones introducidas por otra resolución posterior. Véase la jurisprudencia del artículo 65º del Nuevo Reglamento [§ 1454]. (Opinión N.º 200-2016/DTN, de 20-12-2016, f. 3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2sH5iVP>).

II. TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

D-002

DIRECTIVA N.º 009-2017-OSCE/CD

LINEAMIENTOS PARA LA EJECUCIÓN DE LA SANCIÓN DE MULTA IMPUESTA POR EL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

(Aprobada por la Resolución N.º 009-2017-OSCE/CD [EP, 31-03-2017])

I. FINALIDAD

La presente Directiva regula los lineamientos para la ejecución de la sanción de multa impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

II. OBJETO

Establecer el procedimiento y responsabilidades para la ejecución de las resoluciones firmes, a través de las cuales el Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona con multa a los proveedores que incurren en infracciones administrativas, de conformidad con lo previsto en el artículo 50 de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y en el artículo 225 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.

III. ALCANCE

La presente Directiva es de obligatoria aplicación para los órganos del OSCE que intervengan en cualquiera de las etapas del procedimiento de ejecución de la sanción de multa, así como para los proveedores (incluyendo a las Entidades que actúan como proveedores) sancionados con multa impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

IV. BASE LEGAL

- Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.
- Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

En la presente Directiva se utilizarán las siguientes referencias:

- Ley: Ley de Contrataciones del Estado.
- OSCE: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- Reglamento: El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- RNP: Registro Nacional de Proveedores.
- SITCE: Sistema Informático del Tribunal de Contrataciones del Estado
- TCE: Tribunal de Contrataciones del Estado

VI. DISPOSICIONES GENERALES

6.1. El procedimiento para la ejecución de la sanción de multa:

El procedimiento para la ejecución de la sanción de multa establecido en la presente Directiva contiene los actos necesarios para extinguir la obligación de pago de la multa impuesta por el TCE mediante resolución firme, así como los plazos aplicables y las obligaciones y responsabilidades de quienes participan en el mismo.

La obligación de pago de la multa impuesta se extingue al día hábil siguiente de haberse verificado el depósito respectivo al OSCE, según lo dispuesto por el artículo 225 del Reglamento.

El procedimiento tiene las siguientes etapas:

- a) El registro de la multa;
- b) La comunicación del pago de la multa;
- c) La verificación del pago;
- d) La suspensión del proveedor;
- e) El levantamiento de la suspensión del proveedor; y
- f) Finalización del procedimiento para la ejecución de la sanción de multa.

6.2. Registro de la multa

El procedimiento para la ejecución de la sanción de multa se inicia con el registro en el SITCE de la resolución que impone la sanción, luego de que esta haya quedado firme por haber transcurrido el plazo de cinco (5) días hábiles sin que se haya interpuesto el recurso de reconsideración contra esta, o porque, habiéndose presentado el recurso, este fue desestimado.

6.3. Comunicación del pago de la multa

El proveedor sancionado debe pagar el monto íntegro de la multa y comunicar al OSCE dicho pago, adjuntando el comprobante original respectivo. En caso no notifique el pago al OSCE dentro de los siete (7) días hábiles siguientes de haber quedado firme la resolución sancionadora, la suspensión decretada como medida cautelar operará automáticamente.

El pago se efectuará en la cuenta del OSCE en el Banco de la Nación, cuyo número será indicado en la resolución sancionadora.

La comunicación del pago se efectúa a través de la presentación del formulario denominado "Comunicación de Pago de Multa" únicamente en la mesa de partes de la sede central del OSCE o en cualquiera de sus Oficinas Desconcentradas. El proveedor sancio-

nado es responsable de consignar correctamente los datos que se precisan en el citado formulario.

6.4. La verificación del pago

Una vez comunicado correctamente el pago íntegro de la multa, el OSCE, a través de la Unidad de Finanzas de la Oficina de Administración, tiene un plazo máximo de tres (3) días hábiles, contados desde el día hábil siguiente de la comunicación del pago, para verificar la realización del depósito en la cuenta respectiva y registrar el resultado de dicha verificación en el SITCE.

La verificación del pago se registra en el SITCE cuando se haya constatado el ingreso de los fondos depositados por el proveedor sancionado en la cuenta bancaria del OSCE; de lo contrario, debe registrarse la falta de pago.

En concordancia con lo establecido en el artículo 225 del Reglamento, la obligación de pago de la sanción de multa se extingue el día hábil siguiente de la verificación del depósito y su registro en el SITCE.

6.5. Suspensión del proveedor

La condición de proveedor suspendido se genera el día siguiente al vencimiento del plazo de siete (7) días hábiles de haber quedado firme la resolución sancionadora sin que el proveedor sancionado efectúe y comunique el pago del monto íntegro de la multa.

De igual forma, la condición de proveedor suspendido se genera el día siguiente a aquel en que la Unidad de Finanzas de la Oficina de Administración del OSCE verifique que la comunicación de pago del proveedor sancionado no ha sido efectiva, salvo que aún no hubiera vencido el plazo de siete (7) días hábiles de haber quedado firme la resolución sancionadora.

La suspensión impide al proveedor sancionado participar en cualquier procedimiento de selección o en procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, y contratar con el Estado. Asimismo, el proveedor suspendido no podrá inscribirse ni reactivar la vigencia de su inscripción en el Registro Nacional de Proveedores, ni aumentar su capacidad máxima de contratación o ampliar su especialidad.

El SITCE automáticamente incluye al proveedor sancionado en el Registro de suspendidos del RNP, a fin de que se impida la emisión de la constancia de capacidad libre de contratación.

6.6. Levantamiento de la suspensión del proveedor

Cuando el proveedor comunique el pago de la multa con posterioridad a su suspensión, dicha suspensión se levantará automáticamente el día siguiente de haber sido registrada en el SITCE la verificación del pago.

6.7. Finalización del procedimiento para la ejecución de la sanción de multa

El procedimiento para la ejecución de la sanción de multa concluye con el pago y su verificación.

VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

7.1. Responsabilidades del Tribunal de Contrataciones del Estado

7.1.1. La Sala respectiva del Tribunal de Contrataciones del Estado, en la Resolución a través de la cual imponga la sanción de multa, se pronunciará estableciendo expresamente las siguientes indicaciones:

- El monto exacto de la multa impuesta, expresado en soles.
- El nombre o razón o denominación social y número de RUC o código de proveedor extranjero no domiciliado del proveedor sancionado.
- La referencia sobre el procedimiento de pago.

7.1.2. Cuando la resolución que impone la multa haya quedado firme, la Secretaría del Tribunal de Contrataciones del Estado registrará la sanción en el SITCE, asegurando la correcta notificación al proveedor sancionado.

7.2. Responsabilidad del proveedor sancionado

7.2.1. Pagar y comunicar el pago de la multa oportuna y adecuadamente. El proveedor sancionado tiene un plazo de siete (7) días hábiles, contados desde el día siguiente de haber quedado firme la resolución sancionadora, para pagar la multa y comunicar dicho pago al OSCE, sin que se genere la condición de suspendido, siguiendo los lineamientos establecidos en el numeral 2 de las Disposiciones Generales de la presente Directiva y en la propia resolución sancionadora.

7.2.2. El pago debe efectuarse mediante depósito en efectivo o cheque de gerencia no negociable en la cuenta que el OSCE abrirá para tal efecto en el Banco de la Nación, cuyo número figurará en la resolución sancionadora.

7.2.3. Luego de efectuar el depósito respectivo, el proveedor sancionado debe adjuntar el comprobante de pago original al formulario denominado "Comunicación de Pago de Multa" a que se refiere la Primera Disposición Final de esta Directiva, y presentarlo únicamente en la mesa de partes de la sede central o en cualquiera de las Oficinas Desconcentradas del OSCE.

7.2.4. La correcta consignación de los datos requeridos en el Formulario de "Comunicación de Pago de Multa" es de entera responsabilidad del proveedor sancionado. La ausencia de información o su consignación inexacta o errónea generará, sin trámite previo, la ineficacia de la comunicación de pago a los efectos del procedimiento para la ejecución de la sanción de multa.

7.3. Responsabilidad del personal de la mesa de partes

7.3.1. Recibir la comunicación del pago de la multa a través de la mesa de partes de la sede central o de las Oficinas Desconcentradas del OSCE: El personal de la mesa de partes deberá recibir el formulario denominado "Comunicación de Pago de Multa", verificando que el mismo se encuentre debidamente llenado. Cualquier omisión o deficiencia detectada será comunicada de manera referencial al usuario al momento de la presentación del formulario.

7.3.2. Registrar la comunicación de pago de la multa: Una vez recibido el formulario denominado "Comunicación de Pago de Multa", el personal de mesa de partes deberá registrarlo en el Sistema de Trámite Documentario del OSCE.

Tratándose de la recepción a través de la mesa de partes de una Oficina Desconcentrada, adicionalmente, el encargado enviará un correo electrónico al responsable designado por la Unidad de Finanzas de la Oficina de Administración, adjuntando una copia escaneada del formulario y del comprobante de pago adjunto, el mismo día de recibidos.

7.4. Responsabilidad de la Unidad de Finanzas de la Oficina de Administración.

7.4.1. Verificarla realización del pago de la multa: El plazo máximo para la verificación del pago y su registro en el SITCE es de tres (3) días hábiles contados desde el día hábil siguiente de la presentación del documento denominado "Comunicación de Pago de Multa".

7.5. Gestión de pagos no ejecutados

Corresponderá al órgano competente del OSCE, disponer y gestionar las acciones necesarias para ejecutar el pago de la multa. Para tal efecto, corresponderá a la Unidad de Finanzas de la Oficina de Administración informar sobre dicha situación al día siguiente de ocurrido.

VIII. DISPOSICIONES FINALES

8.1. El proveedor que comunique el pago de la multa conforme a lo previsto en esta directiva debe usar obligatoriamente el formulario "COMUNICACIÓN DE PAGO DE MULTA", adjunto como ANEXO a la presente Directiva.

8.2. La presente Directiva regirá a partir del día siguiente de la publicación de la Resolución que la aprueba en el Diario Oficial "El Peruano".

8.3. A partir de la vigencia de la presente Directiva deróguese la Directiva N.º 011-2016-OSCE/CD.

IX. ANEXO

- Anexo N.º 1 - Comunicación de Pago de Multa [**Véase:** <bit.ly/2tPeZ55>]

Jesús María, marzo de 2017

D-003**DIRECTIVA N.º 002-2013-OSCE/CD****LINEAMIENTOS PARA EL PROCEDIMIENTO DE ASIGNACIÓN DE EXPEDIENTES EN EL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**

(Aprobada por la Resolución N.º 100-2013-OSCE/PRE [EP, 15-03-2013])

I. FINALIDAD

Implementar mejoras en el procedimiento de asignación de expedientes en el Tribunal de Contrataciones del Estado.

II. OBJETO

Normar el procedimiento y responsabilidades para la asignación de los expedientes de apelación, revisión y sanción a través del Sistema del Tribunal de Contrataciones del Estado.

ACUERDO DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2217. **Acuerdo de Sala Plena referido a trámite de expedientes sancionadores que se encuentran en la secretaría del Tribunal, luego de haberse emitido en ellos: i) un acuerdo de inicio de procedimiento sancionador, ii) un acuerdo de suspensión, y iii) una resolución de sanción.** Luego del debate correspondiente, los vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado acordaron por unanimidad lo siguiente: **1.** Por el acto procesal del Pase a Sala, la Sala designada aleatoriamente por el Sistema Informático del Tribunal de Contrataciones del Estado (SITCE), asume competencia sobre el expediente administrativo, el cual es entregado al Vocal ponente, conforme a lo establecido en la Directiva N.º 002-2013-OSCE/CD [D-003]. La competencia sobre el expediente asignado es de la Sala asignada por el SITCE, aun cuando el Vocal ponente haya cesado en sus funciones o se encuentre conformando otra Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado. **2.** Luego de emitir un Acuerdo o Resolución, la Sala correspondiente deriva el expediente a la Secretaría del Tribunal, para su custodia, impulso y seguimiento; en tales casos, el Presidente de la Sala deberá emitir los decretos de impulso y demás actos procesales que sean necesarios. En caso la Sala no se encuentre en funciones, dicha función será asumida por el Presidente del Tribunal de Contrataciones del Estado, hasta su nueva entrega a la Sala, cuando corresponda. **3.** En caso se emita un nuevo decreto de pase a Sala, el expediente es entregado al Vocal ponente original, quien nuevamente asume las funciones establecidas en la Directiva N.º 002-2013-OSCE/CD, salvo que este no integrara la Sala, en cuyo caso deberá designarse nuevo Vocal ponente entre los integrantes de dicha Sala, a través del SITCE. **4.** Si la Sala original no estuviera en funciones al momento de emitirse el nuevo decreto de pase a Sala, se procederá a la asignación aleatoria del expediente a través del SITCE, entre todas las Salas del Tribunal, entregándose el expediente al Vocal ponente que corresponda, de conformidad con lo establecido en la Directiva N.º 002-2013-OSCE/CD. **5.** Dejar sin efecto el Acuerdo de Sala Plena N.º 8-2012 del 8 de noviembre del 2012. (Acuerdo

III. ALCANCE

La presente directiva es de aplicación obligatoria para el Tribunal de Contrataciones del Estado y la Dirección del SEACE.

IV. BASE LEGAL

4.1. Resolución Ministerial N.º 789-2011-EF-10 que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OSCE.

4.2. Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

V. DEFINICIONES

5.1 Para el procedimiento de asignación de expediente en el Tribunal de Contrataciones del Estado se utilizarán las siguientes definiciones:

- **Abstención:** Se define como abstención a la obligación de inhibirse del trámite de un determinado expediente que tiene un Vocal que se encuentre incurso en algunas de las causales previstas en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Se aplica en lo que corresponda a los Especialistas Legales.
- **Actor.** Se define como Actor a la persona o sistema que participa en las actividades del proceso.
- **Acuerdo de Sala:** Son aquellas decisiones emitidas por las Salas del Tribunal a través de las cuales se dispone actuaciones procedimentales respecto del expediente sometido a su consideración

N.º 3-2015-TCE, de 19-06-2015. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. Texto completo: <bit.ly/2S5M32Y>).

- **Asignación de expediente:** Cuando a un actor se le hace responsable del trámite de un determinado expediente (sea expediente de apelación, revisión o sanción), a fin de que ejecute las acciones que corresponden de acuerdo al ámbito de su competencia y responsabilidad.
- **Estado del expediente:** Son los diversos estados registrados en el Sistema del Tribunal y que indican el grado de avance en las actividades para su resolución.
- **Expediente:** Conjunto de documentos en el que aparecen todas las actuaciones referidas a un procedimiento administrativo.
- **Reasignación de expediente:** Es la acción de volver a asignar un expediente a un vocal o Especialista Legal antes de Pase a Sala por una causal específica.
- **Resolución:** Es la decisión que emite el Tribunal de Contrataciones del Estado acerca de determinado expediente.
- **Sistema de Tribunal:** Aplicativo informático de software que brinda soporte tecnológico a los procesos del Tribunal de Contrataciones del Estado.

5.2 Definición de los actores que participan en el procedimiento:

- **Administrado:** Es aquella persona natural o jurídica que presenta, en forma individual o en consorcio, según corresponda, un expediente de apelación, revisión o sanción ante el Tribunal de Contrataciones del Estado.
- **Presidente del Tribunal:** Es la máxima autoridad administrativa del Tribunal de Contrataciones del Estado.
- **Vocal:** Profesional que integra el Tribunal de Contrataciones del Estado. Es ponente cuando elabora el informe del expediente para luego ser sustentado y sometido a consideración de la Sala que integra.
- **Asistente de Vocal:** Profesional que brinda apoyo y asistencia legal al Vocal acerca del expediente asignado.
- **Secretario de Tribunal:** Profesional responsable de brindar soporte técnico, legal y administrativo al Tribunal de Contrataciones del Estado.
- **Coordinador Administrativo antes de pase a Sala:** Profesional que supervisa la gestión de expedientes a cargo de los Especialistas Legales antes del pase a Sala.
- **Coordinador Administrativo después de pase a Sala:** Profesional que supervisa la gestión de expedientes a cargo de los Especialistas Legales después del pase a Sala.
- **Especialista Legal antes de pase a Sala:** Profesional que efectúa la evaluación y calificación, así como el seguimiento y control de los expedientes a su cargo antes del pase a Sala.
- **Especialista Legal después de pase a Sala:** Profesional que efectúa las acciones relacionadas con la ejecución, el seguimiento y control de los actos administrativos de los expedientes a su cargo, desde el pase a Sala hasta su remisión al Archivo Periférico del Tribunal, incluyendo la ejecución de lo dispuesto en los Pronunciamientos de las Salas.
- **Personal de Mesa de Partes de Tribunal:** Profesional que se encarga de recibir y revisar los expedientes administrativos, verificando el cumplimiento de los requisitos establecidos en el TUPA, según corresponda.

VI. DISPOSICIONES GENERALES

6.1 Administración del Sistema de Tribunal

El Tribunal de Contrataciones del Estado será el encargado de administrar el Sistema de Tribunal.

6.2 Tipo de Expedientes

Los expedientes tramitados ante el Tribunal de Contrataciones del Estado pueden ser de apelación, revisión o sanción.

6.3 De los actores del procedimiento

Las responsabilidades, nivel de interacción y registro en el Sistema del Tribunal de los actores que participan en el procedimiento de Asignación de Expedientes en el Tribunal de Contrataciones del Estado se muestran en la tabla siguiente:

Actor	Responsabilidades	Interactúa con el sistema (*)	Registrado en el sistema (**)
Administrado	<ul style="list-style-type: none"> Presentar el expediente con todos los requisitos que correspondan según su tipo y llenar los respectivos formularios. 	No	No
Presidente del Tribunal	<ul style="list-style-type: none"> Supervisar las actividades administrativas de los trámites ante el Tribunal de Contrataciones de Estado. Reasignar Vocal al Expediente. 	Sí	Sí
Vocal Ponente	<ul style="list-style-type: none"> Informar y devolver el expediente a la Presidencia de Tribunal en los casos de abstención. Evaluar y resolver los expedientes. Elaborar el informe de resolución. Sustentar el informe a los integrantes de la Sala. 	No	Sí Entra al sorteo de asignación de expedientes
Asistente de Vocal	<ul style="list-style-type: none"> Apoyar en la revisión y análisis de los expedientes al Vocal. 	No	No
Secretario de Tribunal	<ul style="list-style-type: none"> Supervisar las actividades realizadas por los Coordinadores Administrativos y Especialistas Legales. Autorizar las reasignaciones y reasignar en los casos que corresponda. 	Sí	Sí



Actor	Responsabilidades	Interactúa con el sistema (*)	Registrado en el sistema (**)
Coordinador Administrativo antes de pase a Sala	<ul style="list-style-type: none"> • Verificar que los expedientes ingresados por Mesa de Partes del Tribunal hayan sido entregados a los "Especialistas Legales antes del pase a Sala" correspondientes. • Reasignar al "Especialista Legal antes del pase a Sala", en los casos que corresponda. • Registrar a los expedientes como no presentado, en los casos que el expediente de apelación incumplan con algún requisito establecido en el TUPA y no pase a Sala. En este caso remite los expedientes al Archivo Periférico del Tribunal. 	Sí	Sí
Coordinador Administrativo después de pase a Sala	<ul style="list-style-type: none"> • Entregar el expediente al "Vocal" asignado. • Informar y entregar al "Presidente del Tribunal" los expedientes que necesitan reasignación de "Vocal". • Registrar en el Sistema de Tribunal. - Los expedientes en el estado "Expediente en Sala" luego de la entrega conforme del expediente al "Vocal". - Los expediente en el estado "Expediente con reconsideración en Sala" luego de la entrega conforme del recurso de reconsideración al "Vocal". - Los expedientes en el estado "Expediente con pronunciamiento", en los casos que el expediente es resuelto en Sala. En caso corresponda y de conformidad con el reporte del Especialista después de pase a Sala, los remite a: Archivo Periférico del Tribunal. - Los expedientes en el estado "Expediente con reconsideración resuelto", en los casos que se resuelva un recurso de reconsideración. En caso corresponda y de conformidad con el reporte del Especialista después de pase a Sala, remite los expedientes al Archivo Periférico del Tribunal. 	Sí	Sí
Especialista Legal antes de pase a Sala	<ul style="list-style-type: none"> • Revisar expediente, elaborar proyecto de decretos y tramitar decretos antes que el expediente pase a Sala. • Registrar en el Sistema del Tribunal los decretos elaborados. • En caso el expediente no pase a sala, Informar al "Coordinador Administrativo antes de pase a Sala" y le entrega el expediente. 	Sí	Sí Entra al sorteo de asignación de expedientes

Actor	Responsabilidades	Interactúa con el sistema (*)	Registrado en el sistema (**)
Especialista Legal después de pase a Sala	<ul style="list-style-type: none"> • Elaborar y tramitar proyectos de decretos cuando el expediente está en sala. • Gestionar la notificación de resolución a las partes y al RNP según corresponda. • Derivar el expediente a fiscalización posterior en los casos que corresponda. • Consentida la resolución, emitir el reporte correspondiente para remitir el expediente al Archivo Periférico del Tribunal y registrar tal condición en el Sistema de Tribunal. 	Sí	No
Personal de Mesa de Partes de Tribunal	<ul style="list-style-type: none"> • Recibir y revisar, de conformidad con los requisitos establecidos en el TUPA, los escritos que presentan los administrados en Mesa de Partes de Tribunal. • Entregar el expediente mediante cargo al "Especialista Legal antes de pase a Sala" asignado, y dichos cargos firmados entregarlos al Coordinador Administrativo antes de Pase a Sala. • En el caso de los expedientes en el estado de "Expediente observado", excepto los de sanción, que no sean subsanados dentro del plazo de 2 días hábiles, los remitirá al Archivo Periférico del Tribunal y registrará en el Sistema de Tribunal tal condición. 	Sí	No
Sistema del Tribunal	<ul style="list-style-type: none"> • Brindar soporte tecnológico a los procesos del Tribunal de Contrataciones del Estado. 		

(*) Interacción con el Sistema: Es cuando un actor hace uso del Sistema de Tribunal para desarrollar sus actividades.

(**) Registrado en el Sistema: Son los actores que el Sistema de Tribunal va a reconocer.

6.4 De las Salas del Tribunal

El "Especialista Legal antes de pase a Sala" podrá tramitar cualquier expediente independientemente de la Sala, Vocal o criterio de complejidad que tenga asociado.

Las Salas están conformadas por 3 Vocales siendo uno de ellos el Presidente de Sala.

6.5 Estados del expediente

El Sistema de Tribunal asignará diversos estados al expediente dependiendo del avance en las actividades para su resolución. Ver Anexo 01: Tabla de Estados.

La Presidencia de Tribunal comunicará a la Dirección del SEACE aquellas acciones que deban ejecutarse que no están previstas en el anexo 01, para que se efectúe la acción correspondiente.

6.6 De la presentación de los expedientes en la Mesa de Partes del Tribunal

1. Posibles estados en la presentación de expedientes de apelación y revisión.

- Si a su presentación, un expediente se encuentra completo, el "Personal de Mesa de Partes", lo registra en el Sistema del Tribunal con el estado de "Expediente en Secretaría".
 - Si a su presentación, un expediente se encuentra incompleto, el "Personal de Mesa de Partes" lo registra en el Sistema del Tribunal en el estado de "Expediente observado" otorgándole un plazo de dos (02) días hábiles para subsanar.
 - Cumplido dicho plazo, y en caso el expediente no es subsanado, el Sistema de Tribunal automáticamente cambiará el estado del expediente a "Expediente no presentado".
2. Posible estado en la presentación de expedientes de sanción:
- Si a su presentación, un expediente se encuentra completo, el "Personal de Mesa de Partes", lo registra en el Sistema del Tribunal con el estado de "Expediente en Secretaría".
 - Si a su presentación, un expediente se encuentra incompleto, el "Personal de Mesa de Partes" lo registra en el Sistema del Tribunal en el estado de "Expediente observado" otorgándole un plazo de dos (02) días hábiles para subsanar.
 - Cumplido dicho plazo, y en caso el expediente no es subsanado, el Sistema de Tribunal automáticamente cambiará el estado del expediente a "Expediente en Secretaría".
3. Posible estado en la interposición de recurso de reconsideración:
- Si a su presentación, un recurso se encuentra completo, el "Personal de Mesa de Partes", lo registra en el Sistema del Tribunal con el estado de "Expediente en Secretaría".
 - Si a su presentación, un expediente se encuentra incompleto, mantendrá el último estado registrado en el Sistema del Tribunal.

6.7 Criterios de complejidad

Cuando un expediente adquiere el estado de "Expediente en Secretaría", se le asocia un criterio de complejidad de acuerdo al tipo de expediente:

1. Expedientes de sanción:

- El Administrado debe indicar en el formulario respectivo las causales que motivan el inicio de su trámite.
- El "Personal de Mesa de Partes" debe registrar en el Sistema del Tribunal las causales por las que se interpone el trámite de sanción para que pueda identificarse el criterio de complejidad del expediente.
- Los expedientes de sanción pueden tener criterio de complejidad 1 ó 2. Ver Anexo 02. Criterios de Complejidad.
- En el caso que un expediente de sanción se registren causales que pertenecen al criterio de complejidad 1 y 2 a la vez, el Sistema de Tribunal asignará al expediente el criterio de complejidad 2.

2. Expedientes de apelación o revisión:

- Todos los expedientes de apelación y revisión tienen criterio de complejidad 3.
- El criterio de complejidad solamente aplica para la asignación aleatoria y equitativa a "Vocales".

6.8 De la asignación aleatoria y equitativa de expedientes

La asignación de expedientes a "Vocales" y "Especialistas Legales antes del pase a Sala" se realizará de forma aleatoria y equitativa según el esquema siguiente:

- Expediente 1 es sorteado entre el número de personas existentes por cada actor.
- Expediente 2 es sorteado entre el número de personas existentes por cada actor descontando a quien se le asignó el expediente 1.
- Expediente 3 es sorteado entre el número de personas existentes por cada actor descontando a las personas a quienes se les asignó los expedientes 1 y 2.
- Se repite el sorteo hasta que el expediente n es asignado a la última persona por cada actor disponible.
- El expediente n+1 se vuelve a sortear entre todas las personas por actor existentes.
- Para los siguientes expedientes el ciclo completo se repite.

En el caso de la asignación a Vocal se considerará el criterio de complejidad asociado al expediente.

A manera de ejemplo, y considerando al actor Vocal con una población de 4, a continuación se muestra una simulación de asignación de expedientes en forma equitativa y aleatoria en 2 ciclos:

Ciclo 1	Vocal 1	Vocal 2	Vocal 3	Vocal 4
Expediente 1 Complejidad 1	-		x	
Expediente 2 Complejidad 1	- x		No participa del sorteo	
Expediente 3 Complejidad 1	- No participa del sorteo		No participa del sorteo	x
Expediente 4 Complejidad 1	- No participa del sorteo	x	No participa del sorteo	No participa del sorteo
Ciclo 1	Vocal 1	Vocal 2	Vocal 3	Vocal 4
Expediente 5 Complejidad 2	- x			
Expediente 6 Complejidad 2	- No participa del sorteo			x
Expediente 7 Complejidad 2	- No participa del sorteo		x	No participa del sorteo
Expediente 8 Complejidad 2	- No participa del sorteo	x	No participa del sorteo	No participa del sorteo

6.9 De la oportunidad de la asignación de expedientes

La asignación de los expedientes se realiza en dos momentos:

- Antes del pase a Sala,
 - Cuando está listo para el pase a Sala.
1. La asignación de expedientes antes del pase a Sala:

- Cuando un expediente que ingresa por primera vez se encuentra en el estado de "Expediente en Secretaría", el Sistema de Tribunal le asigna automáticamente de forma equitativa y aleatoria a los "Especialista Legales antes de pase a Sala" sin considerar el criterio de complejidad asociado a dicho expediente.
2. La asignación de expedientes cuando está listo para el pase a Sala:
- Cuando el "Especialista Legal antes de pase a Sala" registre al expediente en el Sistema de Tribunal con el estado de "Expediente asignado" el Sistema de Tribunal asigna automáticamente de forma equitativa y aleatoria a los "Vocales" considerando el criterio de complejidad.
 - El "Coordinador Administrativo después de pase a Sala" registrará el expediente en el Sistema de Tribunal con el estado "Expediente en Sala", al momento de su remisión a Sala.
3. De la excepción a la asignación aleatoria.
- Cuando en un expediente de apelación o revisión, los actos impugnados están referidos a un mismo proceso de selección, tal expediente será asignado al "Vocal" que se asignó aleatoriamente al expediente más antiguo, para lo cual se tomará en cuenta la fecha de presentación.
 - Cuando un expediente regresa a Secretaría de Tribunal por un Acuerdo de Sala.
 - Cuando el administrado interpone un recurso de reconsideración, el expediente adquiere el estado "Expediente en Secretaría", el Sistema de Tribunal mantendrá el mismo "Especialista Legal antes de pase a Sala" que se le asignó cuando el expediente ingreso por primera vez.
 - Cuando un recurso de reconsideración está listo para el pase a Sala, el "Coordinador Administrativo después de pase a Sala" registrará al expediente en el Sistema de Tribunal con el estado "Expediente con reconsideración en Sala", al momento de su remisión a Sala. El Sistema de Tribunal mantendrá el mismo "Vocal" que se le asignó cuando ingreso por primera vez.

A manera de resumen, en el gráfico siguiente se muestra el esquema de sorteos aleatorios y equitativos establecidos en la presente directiva:

[Véase Esquema en el siguiente enlace: <bit.ly/2GK07uP>]

6.10 Expedientes declarados no presentados por Secretaría de Tribunal

1. Cuando un expediente de apelación o revisión en el estado "Expediente en Secretaría", luego de la revisión por el "Especialista Legal antes del pase a Sala" advierte el incumplimiento de cualquiera de los requisitos establecidos en el TUPA del OSCE, comunicará al "Coordinador Administrativo antes de pase a Sala" dicho incumplimiento para registrar al expediente en el estado "No presentado".
2. El "Coordinador Administrativo antes de pase a Sala" será el responsable de registrar en el Sistema del Tribunal al expediente de apelación en el estado de "No presentado".

6.11 De los expedientes con pronunciamiento

1. Para los expedientes de sanción, apelación y revisión:
 - El "Coordinador Administrativo después de pase a Sala" será el responsable de registrar en el Sistema a los expedientes en el estado de "Expediente con Pronunciamiento" cuando la Sala se pronuncie con un acuerdo o una resolución sobre un expediente.

- Personal de Apoyo Administrativo de la Secretaría de Tribunal se encargará, bajo la supervisión del "Especialista Legal después de pase a Sala" de realizar la notificación de la resolución o acuerdo electrónicamente.
2. Para los recursos de reconsideración:
- El "Coordinador Administrativo después de pase a Sala" será el responsable de registrar en el Sistema a los expedientes en el estado de "Expediente con reconsideración resuelto" cuando la Sala se pronuncie con una resolución sobre un recurso de reconsideración.
 - Personal de Apoyo Administrativo de la Secretaría de Tribunal se encargará, bajo la supervisión del "Especialista Legal después de pase a Sala" de realizar la notificación de la resolución o acuerdo electrónicamente.
3. El "Coordinador Administrativo después de pase a Sala" supervisa la realización oportuna de las acciones relacionadas con lo dispuesto en el numeral 7.5 de las Disposiciones Específicas.

6.12 Del reporte del estado de los expedientes

A través del Sistema de Tribunal se emitirá un reporte que deberá contener como mínimo la información siguiente:

- Número de expedientes asignados a cada Vocal.
- Número de expedientes asignados a cada Especialista Legal antes del Pase a Sala.
- El estado del expediente.
- Los días transcurridos desde su presentación.
- La indicación de si ha sido reasignado y el sustento correspondiente.

El primer día útil de la primera y tercera semana de cada mes, la Presidencia del Tribunal remitirá a la Presidencia Ejecutiva del OSCE, un reporte del estado de los expedientes, conteniendo como mínimo la información señalada precedentemente.

Dicho reporte contendrá adicionalmente, el nivel de productividad alcanzado en dicho periodo, según metas definidas por la Presidencia del Tribunal.

VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

7.1 De la reasignación de expedientes

1. Los motivos para reasignar un expediente son los siguientes: vacaciones, ausencia, licencia, abstención o cese.
2. Por regla general, la reasignación de un expediente se realiza de forma equitativa y aleatoria a través del Sistema del Tribunal y debiendo quedar el registro del motivo por el cual se realiza la reasignación.
3. La reasignación puede ser efectuada por:
 - Coordinador Administrativo antes de Pase a Sala,
 - Secretario de Tribunal,
 - Presidente del Tribunal.
4. La reasignación puede recaer sobre los actores siguientes:
 - Especialista Legal antes del pase a Sala,
 - Vocal.

5. Reasignación de "Especialistas Legales antes del Pase a Sala":

- La reasignación de "Especialistas Legales antes de pase a Sala", la realizará el "Coordinador Administrativo antes de Pase a Sala".
- En caso de cese, los expedientes asignados al "Especialista Legal antes del Pase a Sala" podrán ser reasignados a la persona o personas que actúen en su reemplazo. Dicha asignación podrá ser efectuada de la misma forma con carácter temporal por vacaciones o ausencia.
- En los casos descritos en el párrafo anterior, las reasignaciones serán autorizadas por el Secretario de Tribunal.

6. Reasignación de "Vocal":

- La reasignación de "Vocal" la realizará el "Presidente de Tribunal".
- En caso se realice una reasignación, el Sistema de Tribunal sorteará entre los Vocales que pertenecen a la misma sala a la que pertenece el "Vocal" originalmente asignado.
- El "Presidente de Tribunal" autoriza la reasignación de expediente en los supuestos no previstos en la presente directiva.
- En los casos de licencia sin goce de remuneraciones y vacaciones, la Presidencia del Tribunal comunicará a la Dirección del SEACE a fin de que en la asignación aleatoria el Sistema del Tribunal no incluya, durante dicho período, al respectivo Vocal.
- Siempre que se requiera completar una Sala, en caso de reasignación, se designará al Vocal Integrante de Sala aplicando el rol de turnos de Vocales señalado en el punto 2 del numeral 7.3 de la presente directiva.

7. En todos los casos de reasignación, deberá indicarse explícitamente el motivo de la reasignación a través de un control tipo "Combo Box" en el Sistema del Tribunal.

8. En un campo de texto en el Sistema del Tribunal, se ingresará el sustento que corresponda para efectuar la reasignación.

9. La información que corresponda a reasignaciones deberá ser guardada de forma histórica.

7.2 De las abstenciones

Un "Vocal" se puede abstener de revisar un expediente, cuando se encuentre en los siguientes supuestos:

- Si es pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con cualquiera de los administrados o con sus representantes, mandatarios, con los administradores de sus empresas, o con quienes les presten servicios.
- Si ha tenido intervención como asesor, perito o testigo en el mismo procedimiento, o si como autoridad hubiere manifestado previamente su parecer sobre el mismo, de modo que pudiera entenderse que se ha pronunciado sobre el asunto, salvo la rectificación de errores o la decisión del recurso de reconsideración.
- Si personalmente, o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuviere interés en el asunto de que se trate o en otra semejante, cuya resolución pueda influir en la situación de aquél.
- Cuando tuviere amistad íntima, enemistad manifiesta o conflicto de intereses objetivo con cualquiera de los administrados intervinientes en el procedimiento, que se hagan patentes mediante actitudes o hechos evidentes en el procedimiento.

- Cuando tuviere o hubiese tenido en los últimos dos años, relación de servicio o de subordinación con cualquiera de los administrados o terceros directamente interesados en el asunto, o si tuviera en proyecto una concertación de negocios con alguna de las partes, aun cuando no se concrete posteriormente.
- Los "Vocales" que se abstienen de revisar un expediente, comunican al "Presidente de Tribunal" los motivos por el cual se abstienen de revisar el expediente y devuelven el expediente.
- El "Presidente de Tribunal" evalúa si procede la abstención. En caso proceda, realiza la reasignación respectiva descrita en el punto siguiente.

7.3 De la reasignación por abstención

Para el caso de reasignación de expedientes por abstención se procederá de la forma siguiente:

1. Existirán dos roles de turnos:

- Rol de Turno de Vocales: Para reemplazo de Vocal integrante de Sala.
- Rol de Turno de Vocales Presidentes de Sala: Para reemplazo de Vocal Presidente de Sala. En dicho Rol se incluirá a los Vocales Presidentes de Sala designados por el Consejo Directivo del OSCE.

2. Los roles de turno serán aprobados por el Consejo Directivo a propuesta del Tribunal de Contrataciones del Estado. Una vez aprobados serán registrados en el Sistema del Tribunal y publicados en el portal del OSCE.

Se deberá guardar un histórico de dichos roles en el Sistema del Tribunal.

3. Cuando el Vocal se abstiene y es integrante de Sala:

- Aprobada la abstención, la Presidencia del Tribunal verificará el Rol de Turno de Vocales registrado en el Sistema del Tribunal y formalizará mediante decreto, la designación del Vocal de turno según corresponda, que integrará la Sala en reemplazo de aquel que formuló abstención. Para ello no se considerará al Vocal que formuló abstención ni a los Vocales de su misma Sala.
- Designado el Vocal que integrará la Sala, según se señala en el párrafo anterior, la Secretaría del Tribunal procederá a elaborar y notificar el decreto comunicando a las partes del procedimiento la abstención y la designación respectiva.

4. Cuando el Vocal se abstiene y es ponente:

- Designación de Vocal Integrante de Sala: Aprobada la abstención, la Presidencia del Tribunal verificará el Rol de Turno de Vocales registrado en el Sistema del Tribunal y formalizará mediante decreto, la designación del Vocal según corresponda, que integrará la Sala en reemplazo del que formuló abstención. Para dicha designación no se considerará al Vocal que formuló abstención ni a los Vocales de su misma Sala.
- Designación de Vocal Ponente: Designado el Vocal que integrará la Sala, según se señala en el párrafo anterior, el Presidente del Tribunal, a través del Sistema del Tribunal, procederá a realizar la reasignación aleatoria del expediente entre los Vocales de la misma Sala que no formularon abstención.
- Designado el Vocal que integrará la Sala y el Vocal Ponente, la Secretaría del Tribunal procederá a elaborar y notificar el decreto que comunica a las partes del procedimiento la abstención y la designación del Vocal integrante de Sala.



5. Cuando el Vocal que se abstiene es Presidente de Sala:

- Aprobada la abstención, la Presidencia del Tribunal verificará el Rol de Turno de Vocales Presidentes de Sala y formalizará mediante decreto la designación del Vocal que reemplazará al Presidente de la Sala.
- Designado el nuevo Presidente de Sala, según se señala en el párrafo anterior, la Secretaría del Tribunal procederá a elaborar y notificar el decreto que comunica a las partes del procedimiento la abstención formulada y la designación del Vocal que integrará la Sala en condición de Presidente.

6. Cuando el Vocal que se abstiene es Presidente de Sala y es Ponente:

- Designación de Presidente de Sala: Aprobada la abstención, la Presidencia del Tribunal verificará el Rol de Turno de Vocales Presidentes de Sala y formalizará mediante decreto la designación del Vocal que reemplazará al Presidente de la Sala.
- Designación de Vocal Ponente: Designado el nuevo Presidente de Sala de reemplazo, según se señala en el párrafo anterior, la Presidencia del Tribunal, a través del Sistema del Tribunal, procederá a realizar la reasignación aleatoria del expediente entre los Vocales de la misma Sala que no formularon abstención.
- Efectuada la asignación aleatoria por el Sistema del Tribunal, la Secretaría del Tribunal procederá a elaborar y notificar el decreto que comunica a las partes del procedimiento la abstención formulada y la designación del Vocal que integrará la Sala en condición de Presidente.

7.4 De la suspensión de expedientes

El procedimiento sancionador se suspende por acuerdo de Sala, en cumplimiento de mandado judicial o proceso arbitral pendiente de resolver o cuando por falta de información se impida la debida tipificación administrativa de los hechos denunciados.

7.5 De la ejecución las acciones que ordenen los pronunciamientos

Las disposiciones consignadas en los acuerdos y/o resoluciones estarán a cargo del Coordinador Administrativo después del pase a Sala con el apoyo del Especialista respectivo y serán registrados en el Sistema del Tribunal al inicio y al final de su ejecución.

VIII. Disposición final

La presente Directiva entrará en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de la resolución que la aprueba.

ANEXO 01: TABLA DE ESTADOS

El Sistema de Tribunal asignará diversos estados al expediente dependiendo del avance en las actividades para su resolución. Los estados del expediente en el Sistema de Tribunal son los siguientes:

N.º	Estados
1	Expediente Observado.
2	Expediente No Presentado.
3	Expediente en Secretaría.
4	Expediente Asignado.
5	Expediente en Sala.

N.º	Estados
6	Expediente con Pronunciamiento.
7	Expediente con Reconsideración en Sala.
8	Expediente con Reconsideración Resuelto.

ANEXO 02: CRITERIOS DE COMPLEJIDAD

Los criterios de complejidad son aplicables para los expedientes de sanción en caso el proveedor, participante, postor y/o contratista se encuentra en los supuestos siguientes:

N.º	Criterio de complejidad 1	Criterio de complejidad 2
1	No contar con inscripción vigente en el RNP al momento de participar en procesos de selección o suscribir contratos o acuerdos de Convenio Marco.	No suscribir injustificadamente el contrato.
2	Suscribir contratos, en caso de consultoría o ejecución de obras por montos mayores a su capacidad de libre contratación o en especialidades distintas	No recibir injustificadamente la orden de compra o servicio emitida a su favor.
3	Suscribir contrato pese a haber sido notificados de la suspensión o nulidad del proceso de contratación, dispuesta por el OSCE.	Contratar con el Estado estando impedidos para ello.
4	Subcontratar sin autorización de la Entidad o por un porcentaje mayor al permitido en el reglamento.	Incumplir las obligaciones del contrato luego de otorgada la conformidad.
5	Presentar documentos falsos o información inexacta a las entidades.	El Proveedor participa en prácticas restrictivas de libre competencia así como cuando incurra en los supuestos de socios comunes no permitidos por el reglamento (*).
6	Interponer recursos impugnativos contra los actos inimpugnables establecidos en el reglamento.	El árbitro omitió su deber de revelación de causas que dieron lugar a abstención (*).
7	El Proveedor entregó el bien, prestó servicio o ejecutó la obra con existencia de vicios ocultos (*).	El árbitro no fundamentó las razones por las que se aparta del orden de prelación de normas aplicables (*).
8	No mantener la oferta hasta el consentimiento de la buena pro o de resultar ganadores hasta la suscripción del contrato.	Otras infracciones.
9	Den lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte.	
10	El árbitro no cumplió con publicar el laudo en el SEACE dentro de los plazos legales.	

(*) Siempre que exista sentencia judicial firme, laudo arbitral, declaración del informe de INDECOPI o resolución que declara fundada la recusación o renuncia del árbitro. En el caso que no exista resolución previa, se considera de Criterio de Complejidad 2.

D-004**DIRECTIVA N.º 008-2012-OSCE/CD****DISPOSICIONES QUE REGULAN LA EMISIÓN DE DECRETOS Y RESOLUCIONES Y/O ACUERDOS DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU NOTIFICACIÓN, ASÍ COMO LA PROGRAMACIÓN DE AUDIENCIAS Y LECTURA DE EXPEDIENTES**

(Aprobada por la Resolución N.º 283-2012-OSCE/PRE [EP, 10-09-2012])

I. FINALIDAD

Regular la emisión y notificación de decretos que impulsan el procedimiento administrativo, así como el diligenciamiento de las notificaciones de los decretos y de las resoluciones y/o acuerdos, para lograr la simplificación de la tramitación de los procedimientos administrativos que conoce el Tribunal de Contrataciones del Estado.

II. OBJETO

Establecer el régimen aplicable a la emisión y notificación de los decretos y resoluciones y/o acuerdos que se expiden durante la tramitación de procedimientos correspondientes a recursos de apelación y/o revisión, así como de aplicación de sanción (procedimiento administrativo sancionador). También regula el trámite correspondiente a la programación de audiencia pública y lectura de expedientes.

III. ALCANCE

La presente directiva es de cumplimiento obligatorio para todas las Entidades que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme al artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N.º 1017, así como para los proveedores, participantes, postores, contratistas, expertos independientes y árbitros incursos en los procedimientos administrativos que conoce el Tribunal de Contrataciones del Estado.

IV. BASE LEGAL

- Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N.º 1017.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 184-2008-EF.
- Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Resolución Ministerial N.º 789-2011-EF-10.
- Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N.º 27444.

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. DEFINICIONES

- **Partes del Procedimiento:** En los recursos de apelación y/o revisión, son considerados sujetos o partes del procedimiento los administrados, es decir el impugnante y el tercero administrado, el mismo que sin haber iniciado el procedimiento tiene legítimo interés que puede verse afectado con la decisión del Tribunal. Asimismo, se considera parte a la Entidad que convocó el proceso de selección materia de impugnación. El Tribunal constituye la autoridad administrativa que resuelve la controversia. En el caso de los procedimientos sancionadores es considerado sujeto o parte de éste, el proveedor denunciado. El Tribunal será la autoridad administrativa que imponga o no la sanción.
- **Tercero Administrado:** En los procedimientos de recursos de apelación y/o revisión será considerado tercero administrado, aquellos que sin haber iniciado el procedimiento poseen derechos o intereses legítimos que pueden resultar afectados por la decisión de la Sala del Tribunal.
- **Clave de acceso:** Es el número asignado por el sistema electrónico del Tribunal a un determinado expediente que permite el acceso en consulta al Toma Razón electrónico de la página web del OSCE al administrado, al tercero y a la Entidad que son parte de un procedimiento administrativo, a fin de tener conocimiento de los actos procesales expedidos por el Tribunal en el expediente respectivo.
- **Toma Razón Electrónico:** Es el medio electrónico a través del cual se comunican todas las actuaciones administrativas emitidas por el Tribunal durante el trámite de los expedientes de recursos de apelación y/o revisión y procedimientos administrativos sancionadores.
- **Decreto:** Es un acto de mero trámite expedido por el Tribunal con la finalidad de impulsar el trámite de los procedimientos de recursos de apelación y/o revisión y los procedimientos administrativos sancionadores (solicitudes de aplicación de sanción).
- **Notificación personal:** Es la que se realiza en el domicilio real del destinatario, según lo dispuesto en el artículo 21 y siguientes de la Ley N.º 27444.
- **Notificación electrónica:** Es la que se realiza a través de la publicación en la página web del OSCE www.osce.gob.pe.

VI. DISPOSICIONES GENERALES

1. Los recursos, escritos y demás solicitudes que formulen los administrados durante la sustanciación tanto del procedimiento de impugnación como del procedimiento administrativo sancionador que son de competencia del Tribunal de Contrataciones del Estado, dan lugar a la emisión de decretos por parte del Presidente del Tribunal o el Presidente de la Sala respectiva y la Secretaría del Tribunal, según el caso; excepto en los casos señalados expresamente en el numeral 1.4 de las Disposiciones Específicas de la presente Directiva.

Todos los decretos que deban emitirse durante el trámite del procedimiento desde el primero hasta la remisión del expediente a Sala serán expedidos por el Presidente del Tribunal; posteriormente, los decretos que resulten necesarios para impulsar el procedimiento serán expedidos por el Presidente de Sala hasta la conclusión del procedimiento.

2. Los decretos que proveen los recursos, escritos y demás solicitudes que formulen los administrados son notificados a través de las siguientes modalidades, según corresponda:

2.1. En los casos que se indican en las disposiciones específicas, notificación personal al administrado, interesado o afectado por el decreto, en el domicilio real.

2.2. Notificación por medio del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE, que se efectúa con el registro del decreto en el "Toma Razón" electrónico de la ficha del proceso de selección, en el caso de recursos impugnativos; o en el "Toma Razón" electrónico de la página web del OSCE, en los procedimientos administrativos sancionadores.

3. En el caso del recurso de apelación, los decretos son notificados por vía electrónica a través del "Toma Razón" electrónico de la ficha del proceso de selección del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE. En el caso de los procedimientos administrativos sancionadores, se notificarán a través del Toma Razón Electrónico de la página Web del OSCE.

4. De conformidad con lo previsto en la Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley de Contrataciones del Estado, todos los actos se entenderán notificados el día de su publicación en los sistemas electrónicos antes mencionados. La notificación electrónica tiene la misma validez y eficacia que la notificación personal.

5. En los procedimientos de impugnación y sancionadores, la Entidad, el impugnante, el proveedor o árbitro denunciado y los terceros administrados, según corresponda, están obligados a verificar, de manera permanente, la información registrada en el "Toma Razón" electrónico de la ficha del proceso de selección o el de la página web del OSCE, a efectos de acceder a las notificaciones que por dicho medio realiza el Tribunal de Contrataciones del Estado. Una vez registradas las actuaciones a que hubiera lugar en dicho Sistema, en ningún caso se podrá alegar desconocimiento o ignorancia de las exigencias, plazos y términos fijados por el Tribunal.

6. En los procedimientos administrativos sancionadores (aplicación de sanción) la clave de acceso de consulta al Toma Razón electrónico de la página web del OSCE, se notificará en forma personal al administrado y a la entidad involucrada en el procedimiento, a fin de tener conocimiento de los actos procesales expedidos por el Tribunal en el expediente respectivo. La notificación tendrá lugar conjuntamente con el acto administrativo que inicia el procedimiento administrativo sancionador.

En el caso de los procedimientos en trámite a la fecha de vigencia de la presente Directiva, la notificación de la clave de acceso se efectuará con el decreto correspondiente que impulsa el procedimiento.

En el caso que el Tribunal requiera efectuar indagaciones previas antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, la entrega de la clave de acceso de consulta antes indicada se notificará de forma personal a la Entidad conjuntamente con el decreto que requiere información. En este supuesto, el decreto de inicio del procedimiento sancionador se notificará a la Entidad en forma electrónica.

7. Todo escrito presentado por la Entidad, el impugnante, el proveedor o árbitro denunciado, el denunciante y los terceros administrados en el curso de los procedimientos de recursos de apelación y/o revisión y procedimientos administrativos sancionadores, según corresponda, debe ser acompañado del número de copias como partes acreditadas existan en el procedimiento.

8. Las Resoluciones y/o Acuerdos que ponen fin a los procedimientos administrativos que el Tribunal tiene a su cargo, serán notificados a través del "Toma Razón" electrónico de la ficha del proceso de selección, en el caso de procedimientos de recurso de apelación y/o revisión, o del "Toma Razón" electrónico de la página web del OSCE, en el caso de procedimientos sancionadores. En ambos casos las Resoluciones y/o Acuerdos se entenderán notificados el mismo día de su registro en dichos Sistemas.

En el caso de los procedimientos administrativos sancionadores, los Acuerdos que disponen el inicio del procedimiento sancionador serán notificados personalmente al proveedor denunciado y las resoluciones que impongan sanción serán notificadas a través del "Toma Razón" electrónico de la página web del OSCE a los sancionados.

9. Luego de expedida la Resolución y/o Acuerdo que pone fin a los procedimientos administrativos que el Tribunal tiene a su cargo, las Entidades tienen la obligación de recabar sus antecedentes administrativos dentro del plazo de treinta (30) días calendario, caso contrario, serán enviados al Archivo del OSCE para su custodia por un plazo de seis (6) meses. Luego de vencido dicho plazo, los documentos serán remitidos al Archivo General de la Nación.

10. El sobrecarte de las cédulas de notificación que comunican los decretos de inicio de procedimiento sancionador serán autorizados a través de la expedición de decretos.

VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

1. De la emisión y notificación de decretos

La emisión y notificación de decretos durante la tramitación del procedimiento administrativo se efectuará de acuerdo con las siguientes reglas:

1.1. Decretos que deben ser emitidos y necesariamente notificados a las partes del procedimiento:

A) En procedimientos de impugnación:

Decretos	Notificación
a. Los que admiten recursos de apelación o revisión y corren traslado a la Entidad solicitando antecedentes administrativos.	Personal
b. Los que remiten el expediente a Sala.	SEACE
c. Los que disponen el apersonamiento de terceros administrados.	SEACE
d. Los que conceden el uso de la palabra en audiencia pública a través del señalamiento y/o reprogramación de la fecha respectiva.	SEACE
e. Los que contienen actuaciones sobre medios de prueba, informes y dictámenes técnicos o peritajes, a tenerse presentes al momento de resolver.	SEACE
f. Los que se pronuncian sobre cuestionamientos a los actos de trámite expedidos por el Tribunal.	SEACE

g. Los que disponen la acumulación de expedientes.	SEACE
h. Los que declaran que un expediente se encuentra listo para resolver.	SEACE

B) En procedimientos de aplicación de sanción:

Decretos	Notificación
a. Los que disponen el inicio de procedimiento administrativo sancionador.	Personal
b. Los que disponen la remisión del expediente a Sala con o sin formulación de descargos	Toma Razón Electrónico ubicado en la sección del Tribunal de la Página web del OSCE
c. Los que conceden el uso de la palabra en audiencia pública, a través del señalamiento y/o reprogramación de la fecha respectiva.	Toma Razón Electrónico ubicado en la sección del Tribunal de la Página web del OSCE
d. Los que contienen actuaciones sobre medios de prueba, informes y dictámenes técnicos o peritajes, a tenerse presentes al momento de resolver.	Toma Razón Electrónico ubicado en la sección del Tribunal de la Página web del OSCE
e. Los que se pronuncian sobre cuestionamientos a los actos de trámite expedidos por el Tribunal.	Toma Razón Electrónico ubicado en la sección del Tribunal de la Página web del OSCE
f. Los que disponen la acumulación de expedientes.	Toma Razón Electrónico ubicado en la sección del Tribunal de la Página web del OSCE

1.2. Decretos que deben ser emitidos y notificados a la parte o partes que tengan legítimo interés o a terceros:

A) En procedimientos de impugnación:

Decretos	Notificación
a. Los que recalifiquen u observen los recursos de revisión o apelación.	SEACE
b. Los que reiteren la remisión de antecedentes administrativos.	SEACE
c. Los que ponen en conocimiento del Órgano de Control Institucional de la Entidad el incumplimiento en la remisión de antecedentes.	Personal
d. Los de requerimiento y reiteración de información adicional a los apersonados al procedimiento.	SEACE
e. Los que ponen en conocimiento de las partes el requerimiento y reiteración de información adicional a los no apersonados al procedimiento.	SEACE

- | | |
|---|----------|
| f. Los de presentación de escritos con mayores argumentos, presentación de pruebas, alegatos u otros escritos análogos a tenerse presente al momento de resolver. | SEACE |
| g. Sobrecartes de Cédulas de Notificación. | Personal |
| h. Los que se pronuncien sobre solicitudes formuladas durante la tramitación del procedimiento, siempre que se traten de aspectos sustantivos del mismo. | SEACE |
| i. Los que se pronuncien sobre solicitudes formuladas después de emitido el Acuerdo o Resolución, siempre que se trate de aspectos sustantivos del procedimiento. | SEACE |

B) En procedimientos de aplicación de sanción:

Decretos	Notificación
a. Los que formulen un requerimiento previo a la Entidad para adecuar su comunicación o actuaciones previas de investigación para el inicio formal del procedimiento de aplicación de sanción.	Personal
b. Los que remiten el expediente a Sala antes del inicio formal del procedimiento, solicitando que se emita un pronunciamiento sobre el inicio del procedimiento sancionador.	Toma Razón Electrónico ubicado en la sección del Tribunal de la Página web del OSCE
c. Los que admiten a trámite el recurso de reconsideración y ordenan la remisión del expediente administrativo a la Sala correspondiente para su pronunciamiento.	Toma Razón Electrónico ubicado en la sección del Tribunal de la Página web del OSCE
d. Los que reiteran o prorrogan excepcionalmente los plazos otorgados a la Entidad para la adecuación de la comunicación o la realización de actuaciones previas para el inicio formal del procedimiento de aplicación de sanción, conforme con lo dispuesto por la normativa de Contrataciones del Estado.	Toma Razón Electrónico ubicado en la sección del Tribunal de la Página web del OSCE
e. Sobrecartes de Cédulas de Notificación.	Personal
f. La disposición de notificación mediante publicación en el Diario Oficial El Peruano.	Toma Razón Electrónico ubicado en la sección del Tribunal de la Página web del OSCE
g. Los de requerimiento y reiteración de información adicional a las partes.	Toma Razón Electrónico ubicado en la sección del Tribunal de la Página web del OSCE

h. Los de requerimiento y reiteración de información adicional a terceros.	Personal
i. Los que ponen en conocimiento de las partes el requerimiento y reiteración de información adicional a terceros.	Toma Razón Electrónico ubicado en la sección del Tribunal de la Página web del OSCE
j. Los de presentación de escritos por parte de la Entidad con mayores argumentos y/o presentaciones de pruebas y alegatos u otros escritos análogos a tenerse presente al momento de resolver.	Toma Razón Electrónico ubicado en la sección del Tribunal de la Página web del OSCE
k. Constancia de estado del proceso.	Personal

1.3. Solicitud de copias de la documentación presentada:

Las partes interesadas podrán solicitar que se les entregue, en la Mesa de Partes del Tribunal, a partir de las 24 horas de presentados, una copia de los siguientes documentos, siempre que hayan sido presentados en suficiente número, y sin perjuicio del acceso a lectura del expediente:

- a) Los antecedentes administrativos remitidos por la Entidad.
- b) Los escritos de solicitud de apersonamiento de las partes.
- c) Los escritos con mayores argumentos, pruebas, alegatos u otros escritos análogos.
- d) Los escritos presentados en el trámite de los procedimientos administrativos sancionadores (aplicación de sanción) que, de conformidad con esta directiva, no se notifique de forma personal.

1.4 Escritos que deben ser anexados directamente al expediente sin generar decretos ni notificaciones:

En procedimientos de recursos de apelación o revisión y procedimientos de aplicación de sanción, según corresponda:

- a. Los de lectura de expedientes (salvo que exista falta de autorización o no se encuentre autorizado como parte).
- b. Los de solicitud de copias simples y autenticadas.
- c. Los de solicitud de copia de audio de audiencias públicas.
- d. Los de solicitud de apoyo técnico para las audiencias públicas.
- e. Los de devolución de antecedentes administrativos.
- f. Los de comunicaciones de la Oficina de Defensa Judicial del OSCE, tales como escritos, resoluciones y sentencias derivadas de procesos contenciosos administrativos, o acciones de amparo interpuestas contra las resoluciones del Tribunal, salvo las que impliquen una modificación de dichas resoluciones.
- g. Los de renovación de carta fianza.
- h. Las solicitudes de devolución de garantía.
- i. Los de pedido de uso de la palabra y designación de representantes.
- j. Los que señalen o varíen el domicilio procesal.
- k. Los de cumplimiento de presentación de información adicional.

- I. Los escritos de desistimiento, a los cuales se dará respuesta con la emisión del Acuerdo o Resolución que corresponda.
- II. Las solicitudes de corrección y/o aclaración de los Acuerdos o Resoluciones emitidos, a las cuales se dará respuesta con la emisión del Acuerdo o Resolución que corresponda.
- m. Los que disponen desglosar cierta documentación del expediente.

2. Audiencias Públicas

Adicionalmente a la notificación, el señalamiento de audiencias públicas se efectuará con el ingreso del rol de audiencias respectivo al Sistema Electrónico - Intranet- y a la página web del OSCE.

3. Lectura de Expedientes

El horario de lectura de expedientes será de lunes a viernes y estará comprendido entre las 14:00 y las 17:00 horas.

La lectura será solicitada por el administrado, su representante legal o abogado debidamente acreditado, con no menos de un (01) día de anticipación ante la Mesa de Partes del Tribunal, debiendo indicarse obligatoriamente el tiempo estimado de lectura. La Secretaría del Tribunal llevará un registro en donde se anotará dichas solicitudes y la programación correspondiente por orden de ingreso.

Realizada la lectura se dejará constancia de su realización en el expediente, documento que será firmado por quien o quienes efectuaron la revisión y lectura del mismo de acuerdo al formato único aprobado.

VIII. DISPOSICIONES FINALES

1. La presente directiva regirá a partir de la entrada en vigencia de la Ley N.º 29873, que modifica la Ley de Contrataciones del Estado y el Decreto Supremo N.º 138- 2012-EF, que modifica el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

2. La presente directiva se aplicará a los procedimientos de recursos de apelación y/o revisión, así como de aplicación de sanción que se encuentren en trámite a su entrada en vigencia; así como a los expedientes que se generen a partir de su vigencia. Para el caso de los procedimientos de aplicación de sanción en trámite será necesario que se notifique previamente de forma personal que, en lo sucesivo, se efectuará la notificación electrónica.

Jesús María, setiembre de 2012

III. SUBASTA INVERSA

D-005

DIRECTIVA N.º 006-2019-OSCE/CD

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DE SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA

(Aprobada por la Resolución N.º 018-2019-OSCE/PRE [EP, 29-01-2019]) ^{(1) (0) (0)}

COMUNICADO DEL OSCE

- (i) Comunicado N.º 012-2017-OSCE (23-08-2017): Implementación de la funcionalidad de subsanación de ofertas de manera electrónica. Texto completo: <bit.ly/2S6iUrZ>.
- (ii) Comunicado N.º 011-2017-OSCE (23-08-2017): Implementación de la funcionalidad de la Sexta Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N.º 350-2015-EF. Texto completo: <bit.ly/2S4KXZ0>.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2218. **Contenido de las fichas técnicas y los alcances de aplicación de la modalidad especial de selección por subasta inversa.** 26. [...] [El] numeral 6.6 del Capítulo VI de la Directiva N.º 015-2012-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 006-2019-OSCE/CD (D-005)], establece que las fichas técnicas contienen las características y especificaciones técnicas o términos de referencia que debe tener determinado bien o servicio al momento de su entrega o prestación a la Entidad. La cantidad, lugar, fecha y forma de entrega o prestación y demás condiciones serán establecidas en las Bases del proceso. 27. Asimismo, el numeral 6.11 del precitado Capítulo VI, detalla los alcances de aplicación de la modalidad especial de selección por subasta inversa, señalando que las Bases de un proceso bajo dicha modalidad deberán contener lo establecido en el artículo 92 del Reglamento [cfr. art. 80 del Nuevo Reglamento] y lo/requisitos que tienen estricta relación con la habilitación de un postor para participar en el proceso de selección y cumplir con el objeto de la contratación. (Resolución N.º 0305-2016-TCE-S4, de 10-03-2016, ff. 26 y 28. Cuarta Sala. Texto completo: <bit.ly/2OJMYnw>).

§ 2219. **Es nulo el procedimiento de selección mediante subasta electrónica inversa si se modifica la ficha técnica.** 17. [Se] advierte la contravención al artículo 26 de la Ley [cfr. art. 26 de la Ley vigente], 78 del Reglamento [cfr. art. 110 del Nuevo Reglamento], así como a lo dispuesto en el numeral 6.2 de la Directiva N.º 005-2016-OSCE/CD [cfr. num. 6.2 Directiva N.º 006-2019-OSCE/CD (D-005)], aprobada mediante Resolución N.º 012-2016-OSCE/PRE del 9 de enero de 2016, la cual establece lo siguiente: “La ficha técnica del bien o servicio común requerido, se obtiene del listado de bienes o servicios comunes al cual se accede a través del SEACE, debiendo corresponder a la versión de uso obligatorio a la fecha de convocatoria y que no puede incluir modificaciones durante el desarrollo del procedimiento de selección. Asimismo, para incluir los requisitos de habilitación, se debe observar aquellos exigidos en la ficha y/o documentos de orientación publicados a través del

I. FINALIDAD

Complementar la regulación establecida en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento respecto del procedimiento de selección de Subasta Inversa Electrónica.

II. OBJETO

Establecer disposiciones generales y específicas que permitan la aplicación del procedimiento de selección de Subasta Inversa Electrónica.

III. ALCANCE

La presente Directiva es de cumplimiento obligatorio para las Entidades que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme al artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado, así como para los proveedores que participen en una subasta inversa electrónica.

IV. BASE LEGAL

- Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y sus modificatorias.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF.
- Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N.º 076-2016-EF.

V. REFERENCIAS

En la presente Directiva se utilizarán las siguientes referencias:

SEACE, así como en la normativa que regula el objeto de la contratación con carácter obligatorio, según corresponda”. **18.** En atención a lo señalado, las bases han incurrido en un vicio de nulidad relativo a la contravención de las normas legales. Cabe agregar que la modificación efectuada de la ficha técnica también transgrede el principio de transparencia, lo que se evidencia en mayor grado con la situación que resulta ser el origen de la controversia, en la que el Impugnante, Adjudicatario y Entidad han tenido diferentes interpretaciones respecto al cumplimiento de las Especificaciones Técnicas correspondientes al material de empaque del producto farmacéutico licitado. [...] **21.** Al respecto, el artículo 44 de la Ley dispone que el Tribunal, en los casos que conozca, declarará nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. Teniendo en cuenta lo expuesto, se observa que las bases integradas materia del procedimiento de selección impugnado, trasgreden lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley, 78 del Reglamento, así como a lo dispuesto en la Directiva N.º 005-2016-OSCE/CD debido a que se modificó la ficha técnica del producto farmacéutico denominado “Gentamicina, 3 mg/ml, Solución Oftálmica, 5 ml”, motivo por el cual, corresponde que este Tribunal declare la nulidad del ítem N.º 33 de la Subasta Inversa Electrónica N.º 4-2016-ESSALUD-CEABE-I (169BV00041) - Primer Convocatoria, para la “Adquisición de gentamicina [...]”; debiéndose se retrotraer el procedimiento a la etapa de convocatoria, previa reformula de las Bases a fin que éstas, en su sección específica, se adecúen a lo establecido en la ficha técnica del producto farmacéutico denominado “Gentamicina, 3 mg/ml, Solución oftálmica, 5 ml”. (Resolución N.º 0292-2017-TCE-S3, de 08-03-2017, ff. 17, 18 y 21. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2QII78b>).

- Ley: Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y sus modificatorias.
- OEC: Órgano encargado de las contrataciones.
- OSCE: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- Reglamento: Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF.
- RNP: Registro Nacional de Proveedores.
- SEACE: Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado

VI. DISPOSICIONES GENERALES

6.1. Al formular el requerimiento, el área usuaria debe verificar el Listado de Bienes y Servicios Comunes para determinar si algún bien o servicio de dicho listado satisface su necesidad. De ser así, el área usuaria formula el requerimiento considerando el contenido de la ficha técnica correspondiente, lo cual debe ser verificado por el OEC.

El requerimiento debe incluir la cantidad, el plazo, la forma y el lugar de entrega o la prestación del servicio y demás condiciones en las que debe ejecutarse la contratación, las cuales no deben desnaturalizar lo establecido en la ficha técnica del bien y/o servicio común correspondiente. Asimismo, el requerimiento debe incluir los requisitos de habilitación, exigidos en la Ficha Técnica y/o documentos de orientación o documentos de información complementaria publicados a través del SEACE, así como en la normativa que regula el objeto de la contratación con carácter obligatorio, según corresponda.

OPINIONES DEL OSCE

§ 2220. Normativa aplicable a los procedimientos de Subasta Inversa Electrónica Corporativa.

CONSULTA: 2.1. *“La regulación sobre Subasta Inversa Electrónica contemplada en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, ¿se debe entender que también regula a la Subasta Inversa Electrónica Corporativa (que es regulada en la Directiva N.º 018-2016-OSCE/CD como un procedimiento distinto a la Subasta Inversa Electrónica)?”*. [...] CONCLUSIONES: 3.1. La Subasta Inversa Electrónica es un procedimiento de selección que se encuentra regulado en la normativa de contrataciones del Estado, el cual, conforme a lo previsto en los artículos 26 de la Ley y 78 del Reglamento [cfr. art. 110 del Nuevo Reglamento], es utilizado para contratar bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica y se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes. 3.2. Las disposiciones aplicables para llevar a cabo el mecanismo de contratación de Subasta Inversa Electrónica Corporativa son, únicamente, las reguladas en la Ley, en el Reglamento y en la Directiva N.º 018-2016-OSCE/CD “Procedimiento de Selección de Subasta Inversa Electrónica Corporativa” [cfr. Directiva N.º 006-2019-OSCE/CD (D-005)]. (Opinión N.º 106-2017/DTN, de 26-04-2017, ff. 2.1, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ps6EBD>).

§ 2221. **La figura de rechazo de ofertas no es aplicable para los procedimientos de selección de Subasta Inversa Electrónica Corporativa.** CONSULTA: 2.2. *“El artículo 47º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que el rechazo de ofertas no se puede aplicar en el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica. ¿El rechazo de ofertas tampoco aplica en el caso de la Subasta Inversa Electrónica Corporativa (regulada en la Directiva N.º 018-21016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 006-2019-OSCE/CD (D-005)], como un procedimiento distinto a la Subasta Inversa Electrónica)?”* [...] 3. CONCLUSIONES: [...] 3.3. La figura de “Rechazo de ofertas” no es aplicable para los procedimientos de selección de Subasta Inversa Electrónica; en consecuencia, no resulta aplicable al mecanismo de contratación de Subasta

Si antes de la convocatoria del procedimiento la ficha técnica es objeto de modificaciones, el área usuaria debe reformular el requerimiento conforme a la ficha técnica modificada, lo cual será comunicado al OEC para que evalúe la incidencia de dichas modificaciones en otros aspectos del expediente de contratación, y gestionar una nueva aprobación, sólo en caso este haya sido modificado en algún extremo. Esta disposición también es aplicable a la siguiente convocatoria que se realice cuando el procedimiento de subasta sea declarado desierto.

6.2. Las Bases deben contener el requerimiento al que se hace referencia en el numeral anterior. La ficha técnica del bien o servicio común requerido se obtiene del Listado de Bienes o Servicios Comunes, al cual se accede a través del SEACE, debiendo corresponder a la versión de uso obligatorio a la fecha de convocatoria y que no puede incluir modificaciones durante el desarrollo del procedimiento de selección. Asimismo, para incluir los requisitos de habilitación, se debe observar aquellos exigidos en la ficha técnica y/o documentos de orientación o documentos de información complementaria publicados a través del SEACE, así como en la normativa que regula el objeto de la contratación con carácter obligatorio, según corresponda.

La Entidad sólo puede realizar precisiones en las Bases de aquella información que se ha previsto en la ficha técnica deba ser objeto de dichas precisiones. Antes de la convocatoria, el OEC o comité de selección, según corresponda, debe verificar que la ficha técnica incluida en las bases esté vigente.

6.3. Se presume que los bienes y/o servicios ofertados cumplen con las características exigidas en las fichas técnicas y con las condiciones previstas en las Bases. Esta presunción no admite prueba en contrario.

Inversa Electrónica Corporativa, regulada por la Directiva N.º 018-2016-OSCE/CD “Procedimiento de Selección de Subasta Inversa Electrónica Corporativa”. (Opinión N.º 106-2017/DTN, de 26-04-2017, ff. 2.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ps6EBD>).

6.4. El plazo mínimo que debe mediar entre la convocatoria y la etapa de apertura de ofertas y periodo de lances es de cinco (5) días hábiles, salvo en los procedimientos cuyo valor estimado sea mayor a noventa Unidades Impositivas Tributarias (90 UIT), en cuyo caso el plazo mínimo es de ocho (8) días hábiles.

6.5. Es responsabilidad del participante verificar, antes del envío de documentos a través del SEACE, que el archivo respectivo corresponda al tipo permitido por el SEACE, que pueda ser descargado y que su contenido sea legible. Los documentos a los que hace referencia los literales b) y c) del numeral 7.2.2 de la presente Directiva, deben contar con la rúbrica (visto) o firma del postor o su representante legal, apoderado o mandatario designado para dicho fin, según corresponda.

6.6. Si surgieran controversias durante la ejecución contractual referidas a la adecuación que debe existir entre las características del bien entregado y/o servicio prestado por el contratista a la Entidad y lo señalado en la ficha técnica respectiva, las partes podrán conciliar en función al dictamen pericial que emita el perito designado de común acuerdo por ellas.

VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

7.1. Durante la etapa de convocatoria, en el caso de procedimientos por relación de ítems, la Entidad podrá disponer la ejecución de la etapa de apertura de ofertas y periodo de lances de los ítems en forma calendarizada en diferentes horarios y/o días por cada ítem o cantidad de ítems, en función a la necesidad y/o complejidad.

7.2. La etapa de registro de participantes, registro y presentación de ofertas se desarrolla durante las 24 horas de los días previstos para la misma a través de los siguientes tres ciclos consecutivos:

7.2.1. Registro de participantes. El participante solo tendrá acceso a la información correspondiente a su propio registro. Para registrarse como tal, el proveedor debe:

- a) Ingresar al SEACE con el usuario y contraseña contenidos en el Certificado SEACE, asignado al momento de efectuar su inscripción en el RNP.
- b) Declarar la aceptación de las condiciones de uso del sistema para participar en la Subasta Inversa Electrónica. Para tal efecto, y con carácter de declaración jurada, deberá aceptar el formulario que le mostrará el SEACE.

7.2.2. Registro de ofertas. Para registrar su oferta en el SEACE el participante debe:

- a) Registrar los datos de su representante legal en el formulario correspondiente. De presentarse en consorcio, debe consignar los datos del consorcio, incluyendo los del representante legal común.
- b) Adjuntar el archivo digital conteniendo los documentos escaneados de su oferta, de acuerdo a lo requerido en las bases, según los literales a), b), c) y e) del artículo 52 del Reglamento y los requisitos de habilitación, exigidos en la Ficha Técnica y/o documentos de orientación o documentos de información complementaria publicados a través del SEACE, así como en la normativa que regula el objeto de la contratación con carácter obligatorio, según corresponda.
- c) Registrar el monto total de la oferta o respecto del ítem al cual se presenta, el cual será utilizado por el sistema para dar inicio al periodo de lances en línea. Esta disposición se aplica para todos los procedimientos de selección, incluyendo aquellos cuyo sistema de contratación corresponde a precios unitarios, sin que ello afecte las condiciones del mencionado sistema al momento de la ejecución contractual. En los

procesos convocados bajo el sistema a precios unitarios, el precio unitario se determina al momento del perfeccionamiento del contrato con base al monto final de la oferta ganadora.

El participante puede realizar modificaciones a la oferta registrada sólo hasta antes de haber confirmado su presentación. En los procedimientos según relación de ítems, el registro se efectúa por cada ítem en el que se desea participar, mediante el formulario correspondiente.

7.2.3. Presentación de ofertas. El participante debe presentar su oferta a través del SEACE. Para tal efecto, el sistema procederá a solicitarle la confirmación de la presentación de la oferta para generar el respectivo aviso electrónico en la ficha del procedimiento, indicando que la oferta ha sido presentada.

En la Subasta Inversa Electrónica convocada según relación de ítems, la presentación de ofertas se efectúa en una sola oportunidad y por todos los ítems registrados.

7.3. La etapa de apertura de ofertas y periodo de lances debe ser programada a partir del día hábil siguiente de finalizada la etapa de registro de participantes, registro y presentación de ofertas, debiendo consignarse las horas de inicio y cierre, las cuales deben enmarcarse dentro del horario de 8:00 a 18:00 horas. La presente etapa debe tener una duración mínima de una (1) hora. Esta etapa se desarrolla a través de los siguientes dos ciclos consecutivos:

7.3.1. Apertura de ofertas. El sistema realiza esta etapa en la fecha y hora señalada en el calendario. Para tal efecto, verifica el registro y presentación de dos (2) ofertas como mínimo por ítem, para continuar con el ciclo de periodo de lances, caso contrario, el procedimiento es declarado desierto.

7.3.2. Periodo de lances. El periodo de lances permite a los postores mejorar los montos de sus ofertas a través de lances sucesivos en línea. La mejora de precios de la oferta queda a criterio de cada postor. Para tal efecto, el postor debe realizar lo siguiente:

- a) Acceder al SEACE, a través de su usuario y contraseña, en la fecha y hora indicadas en el calendario del procedimiento.
- b) Ingresar a la ficha del procedimiento y seguidamente acceder a la opción mejora de precios.
- c) Hacer efectiva su participación en la mejora de precios mediante lances en línea. Para ello el postor visualizará el monto de su oferta, mientras que el SEACE le indicará si su oferta es la mejor o si está perdiendo o empatando la subasta hasta ese momento.

El postor puede mejorar su propia oferta durante el período establecido en el calendario del procedimiento. Está obligado a enviar lances siempre inferiores a su último precio ofertado.

Cinco (5) minutos antes de la finalización del horario indicado en el calendario del procedimiento para efectuar los lances en línea, el sistema enviará una alerta indicando el cierre del periodo de lances, durante el cual los postores pueden enviar sus últimos lances. Cerrado este ciclo no se admitirán más lances en el procedimiento.

7.4. Una vez culminada la etapa de apertura de ofertas y periodo de lances, el sistema procesa los lances recibidos del ítem o ítems de la Subasta Inversa Electrónica, ordenando a los postores por cada ítem según el monto de su último lance, estableciendo el orden de prelación de los postores.

Para efectos de conocer al ganador del proceso, el sistema genera un reporte con los resultados del ciclo del período de lances, permitiendo a la Entidad visualizar el último monto ofertado por los postores en orden de prelación, lo cual quedará registrado en el sistema.

En caso de empate, el sistema efectúa automáticamente un sorteo para establecer el postor que ocupa el primer lugar en el orden de prelación.

7.5. Una vez generado el reporte señalado en el numeral anterior, el OEC o el comité de selección, según corresponda, debe verificar que los postores que han obtenido el primer y el segundo lugar hayan presentado la documentación requerida en las Bases. En caso de subsanación, se procederá de conformidad con lo señalado en el artículo 60 del Reglamento, quedando suspendido el otorgamiento de la buena pro.

El plazo para la subsanación se computa desde el día hábil siguiente de notificado el requerimiento al postor a través del SEACE. La presentación de los documentos a ser subsanados se realizará por el mismo medio.

En caso que la documentación reúna las condiciones requeridas por las Bases, el OEC o el comité de selección, según corresponda, otorga la buena pro al postor que ocupó el primer lugar. En caso que no reúna tales condiciones, procede a descalificarla y revisar las demás ofertas respetando el orden de prelación.

Para otorgar la buena pro a la oferta de menor precio que reúna las condiciones exigidas en las Bases, el OEC o el comité de selección, según corresponda, debe verificar la existencia, como mínimo, de dos (2) ofertas válidas, de lo contrario declara desierto el procedimiento de selección.

En el supuesto que la oferta de menor precio supere el valor estimado de la convocatoria, para efectos que el OEC o el comité de selección, según corresponda, otorgue la buena pro debe contar con la disponibilidad presupuestal correspondiente y la aprobación del Titular de la Entidad, que no puede exceder de cinco (5) días hábiles, contados desde la fecha prevista en el calendario para el otorgamiento de la buena pro, bajo responsabilidad.

El OEC o comité de selección, según corresponda, elabora el acta de otorgamiento de la buena pro con el resultado del primer y segundo lugar obtenido por cada ítem, el sustento debido en los casos en que los postores sean descalificados, detallando asimismo las subsanaciones que se hayan presentado. Dicha acta debe ser publicada en el SEACE el mismo día de otorgada la buena pro.

IV. SEACE

D-006

DIRECTIVA N.º 011-2017-OSCE/CD

PROCEDIMIENTO PARA LA EMISIÓN, ACTUALIZACIÓN Y DESACTIVACIÓN DEL CERTIFICADO SEACE, ASÍ COMO LAS RESPONSABILIDADES POR SU USO

(Aprobada por la Resolución N.º 011-2017-OSCE/CD [EP, 31-03-2017])

OPINIONES DEL OSCE

§ 2222. Si bien las sociedades conyugales están exceptuadas de inscribirse en el RNP, es obligatorio para ellas tramitar el certificado SEACE para poder participar en los procesos de contratación que llevan a cabo las Entidades. 2.1. *“Las sociedades conyugales están obligadas a tramitar un usuario para proveedores exceptuados para participar en los procesos de selección que convoque una entidad pública o suscribir contratos con las mismas? En caso la sociedad conyugal no haya tramitado dicho usuario o código, pero haya participado y obtenido la buena pro, ¿Debería quedar sin efecto dicha adjudicación de buena pro?”* [...] [S]egún lo dispuesto en del Reglamento, están exceptuados de inscribirse en el RNP, [...] las sociedades conyugales y las sucesiones indivisas para celebrar contratos sobre bienes y servicios. Al respecto, el numeral VIII.3 de la Directiva N.º 012-2012-OSCE/CD “Procedimiento y plazos para la inscripción y renovación de inscripción de proveedores de bienes y/o servicios en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)” [cfr. Directiva N.º 011-2017-OSCE/CD (D-006)], precisa que *“Los proveedores exceptuados de inscribirse en el RNP comprendidos en el artículo 256 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado* [cfr. art. 10 del Nuevo Reglamento], *para poder interactuar con el SEACE, deberán iniciar el trámite de “Creación de Usuario-Proveedor Exceptuado”, conforme a los requisitos fijados en el TUPA del OSCE.”* Como puede apreciarse, en el caso de las sociedades conyugales, si bien se encuentran exceptuadas de inscribirse como proveedores en el RNP, para poder participar en los procesos de contratación que llevan a cabo las entidades del Estado, resulta necesario que tramiten un Usuario-Proveedor Exceptuado, esto con el fin de poder interactuar con el SEACE. De esta forma, si una sociedad conyugal quiere participar como tal, en un proceso de selección convocado por una Entidad del Estado, deberá contar con su Usuario-Proveedor Exceptuado, de forma tal que la Entidad contratante pueda registrarla como participante dentro del proceso de selección y de ser el caso, adjudicarle la buen pro, registrando y publicando dicha información en el SEACE. De darse el caso que

I. FINALIDAD

Establecer disposiciones que permitan el acceso a interactuar con el SEACE, a través del uso de un mecanismo de identificación y seguridad denominado Certificado SEACE.

II. OBJETO

Establecer el procedimiento que deben seguir las Entidades, proveedores, árbitros u otros usuarios autorizados, para la emisión, actualización y desactivación del Certificados SEACE, así como precisar las responsabilidades que genera su uso.

III. ALCANCE

La presente directiva es de cumplimiento obligatorio para las Entidades que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme al artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado, los Órganos que ejercen control y fiscalización; los proveedores inscritos en el Registro Nacional de Proveedores (RNP); los proveedores exceptuados de inscripción en el citado Registro conforme a lo establecido en el artículo 235 del Reglamento; los árbitros; así como para otros usuarios autorizados a contar con Certificado SEACE, según los roles y privilegios señalados en el Anexo N.º 1.

IV. BASE LEGAL

- Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.

una sociedad conyugal no cuente con este Usuario - Proveedor Exceptuado, no podrá interactuar con el SEACE, y por consiguiente la Entidad no podrá realizar el registro y publicación de sus actuaciones en el SEACE. (Opinión N.º 049-2015/DTN, de 06-04-2015, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2MqsS2c>).

NOTA: La Directiva N.º 011-2017-OSCE/CD (**D-006**) establece disposiciones que permiten el acceso a interactuar con el SEACE. En esta Directiva ya no se contempla la figura de “Usuario-Proveedor Exceptuado” sino la figura del “Certificado SEACE”, el cual cumple la misma función a efectos de habilitar a la sociedad conyugal y la sociedad indivisa para interactuar en el sistema SEACE.

- Ley N.º 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.
- Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

- **Directiva:** La presente Directiva
- **DNI:** Documento Nacional de Identidad
- **Ley:** Ley de Contrataciones del Estado
- **OSCE:** Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
- **REC:** Registro de Entidades Contratantes
- **Reglamento:** Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado
- **RNP:** Registro Nacional de Proveedores
- **RUC:** Registro Único de Contribuyente
- **SEACE:** Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE)
- **PERÚ COMPRAS:** Central de Compras Públicas

VI. DEFINICIONES

- Certificado SEACE: Mecanismo de identificación y seguridad conformado por un código de usuario y una contraseña, que es otorgado por el OSCE a solicitud de una Entidad, proveedor, árbitro u otro usuario autorizado y que permite acceder e interactuar con el SEACE.
- Funcionarios-usuarios de las Entidades Públicas Contratantes: Funcionarios-usuarios de las Entidades comprendidas en el artículo 3 de la Ley, que realizan procedimientos de contratación pública.
- Funcionarios-usuarios de los órganos que ejercen control y fiscalización: Comprende a los funcionarios-usuarios de la Contraloría General de la República, del Congreso de la República y de otras Entidades del Estado facultadas a realizar las funciones de control, fiscalización e investigación. También, incluye a los funcionarios-usuarios del Órgano de Control Institucional de la Entidad.
- Funcionarios-usuarios del OSCE: Comprende a los funcionarios-usuarios del OSCE que realizan funciones de supervisión, fiscalización y demás funciones previstas en la Ley.
- Organismo Cooperante: Comprende a la Entidad cooperante considerada en el supuesto f) del artículo 4º de la Ley, el cual ingresa al SEACE a verificar y evaluar el plan de adquisiciones del proyecto que financia.
- Perfil: Constituye el tipo de usuario que interactúa en el SEACE según accesos otorgados.
- Privilegios: Acceso al que tiene determinado perfil de usuario para realizar acciones en el SEACE.
- Rol: Función que tiene el usuario que interactúa en el SEACE y que le habilita un conjunto de privilegios.

VII. DISPOSICIONES GENERALES

7.1. Toda solicitud para la tramitación de la emisión del Certificado SEACE se presenta ante la Mesa de Partes de la Sede Central del OSCE o en sus Oficinas Desconcentradas, a través de los formularios del Anexo N.º 2, N.º 3, N.º 4 y N.º 5 de la presente Directiva, según corresponda, los cuales se encuentran publicados en la página web del OSCE y del portal web del SEACE.

7.2. El OSCE emite el Certificado SEACE para las Entidades a través del órgano competente del OSCE y de las Oficinas Desconcentradas que se encuentren habilitadas para ejercer funciones desconcentradas de emisión, actualización y desactivación del Certificado SEACE.

7.3. El OSCE emite el Certificado SEACE para los proveedores cuando se inscriben en el RNP.

7.4. El acceso y uso del Certificado SEACE se encuentra sujeto a lo previsto en la Ley, su Reglamento, la presente Directiva y normas complementarias, así como en los Términos y Condiciones de Uso del sistema, los cuales se entenderán aceptados por las Entidades Públicas Contratantes, los proveedores del Estado, árbitros y otros usuarios autorizados al utilizar los diferentes módulos del SEACE.

7.5. El OSCE emite el Certificado SEACE en atención a las solicitudes realizadas, asimismo podrá solicitar información adicional y/o complementaria en ejercicio de sus funciones.

VIII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

8.1. DE LA ESTRUCTURA DEL CERTIFICADO SEACE

8.1.1. Para las Entidades Públicas Contratantes en el SEACE v.2.0.:

El Certificado SEACE consta de dos (02) elementos:

a) Código del usuario: Compuesto por:

- Código de la Entidad: Número que le asigna el SEACE a cada Entidad Pública Contratante; y
- DNI del funcionario-usuario.

b) Contraseña: Cadena de caracteres alfanuméricos autogenerada por el SEACE.

8.1.2. Para las Entidades Públicas Contratantes en el SEACE v.3.0.:

El Certificado SEACE consta de dos (02) elementos:

a) Código del usuario: Compuesto por:

- DNI del funcionario-usuario.

b) Contraseña: Cadena de caracteres alfanuméricos autogenerada por el SEACE.

8.1.3. Para los órganos que ejercen control y fiscalización en el SEACE v.2.0. (Incluye a los funcionarios-usuarios del Órgano de Control Institucional de la Entidad):

El Certificado SEACE consta de dos (02) elementos:

a) Código del usuario: Compuesto por:

- Código del órgano que ejerce control y fiscalización: Número que le asigna el SEACE a cada órgano que ejerce control y fiscalización; y
- DNI del funcionario-usuario.

b) Contraseña: Cadena de caracteres alfanuméricos autogenerada por el SEACE.

8.1.4. Para los órganos que ejercen control y fiscalización en el SEACE v.3.0. (Incluye a los funcionarios-usuarios del Órgano de Control Institucional de la Entidad):

El Certificado SEACE consta de dos (02) elementos:

a) Código del usuario: Compuesto por:

- DNI del funcionario-usuario.

b) Contraseña: Cadena de caracteres alfanuméricos autogenerada por el SEACE.

8.1.5. Para el OSCE en el SEACE v.2.0.:

El Certificado SEACE consta de dos (02) elementos:

a) Código del usuario: Compuesto por:

- Código de la Entidad: Número que le asigna el SEACE al OSCE; y
- DNI del funcionario-usuario.

b) Contraseña: Cadena de caracteres alfanuméricos autogenerada por el SEACE.

8.1.6. Para el OSCE en el SEACE v.3.0.:

El Certificado SEACE consta de dos (02) elementos:

a) Código del usuario: Compuesto por:

- DNI del funcionario-usuario.

b) Contraseña: Cadena de caracteres alfanuméricos autogenerada por el SEACE.

8.1.7. Para los proveedores del Estado en el SEACE v.2.0. y v.3.0.:

El Certificado SEACE consta de dos (02) elementos:

a) Código del usuario: Según el tipo de proveedor:

- Personas naturales o jurídicas nacionales inscritas en el RNP. Número de RUC.
- Personas naturales o jurídicas extranjeras inscritas en el RNP. Número asignado por el OSCE al momento de su inscripción.
- Proveedores exceptuados de inscribirse en el RNP. Número de RUC.

b) Contraseña: Cadena de caracteres alfanuméricos autogenerada por el RNP.

8.1.8. Para los Árbitros en el SEACE v.2.0. y v.3.0.:

El Certificado SEACE de los árbitros consta de dos (02) elementos:

a) Código del usuario:

- Número de RUC

b) Contraseña: Cadena de caracteres alfanuméricos autogenerada por el SEACE.

8.1.9. Para los Organismos Cooperantes en el SEACE v.2.0. y v.3.0.:

El Certificado SEACE del operador del Organismo Cooperantes consta de dos (02) elementos:

a) Código del usuario:

- Número de RUC

b) Contraseña: Cadena de caracteres alfanuméricos autogenerada por el SEACE.



8.2. DEL PROCEDIMIENTO PARA OBTENER, ACTUALIZAR Y DESACTIVAR EL CERTIFICADO SEACE.

8.2.1. Del procedimiento para obtener el Certificado SEACE:

a) Entidades Públicas Contratantes:

- El Titular de la Entidad o el funcionario delegado, debe solicitar la emisión del Certificado SEACE de aquellos funcionarios-usuarios que se encuentran autorizados para registrar información en el SEACE.

Para este efecto, debe utilizar el formulario del Anexo N.º 2 de la presente Directiva consignando la totalidad de los datos requeridos en forma legible e indicar el/los roles a asignarse al funcionario-usuario autorizado, según lo detallado en el Anexo N.º 1 de la presente Directiva.

Los roles que se asignan a los usuarios del SEACE y sus correspondientes privilegios, son los establecidos en el citado Anexo N.º 1 de la Directiva.

Este procedimiento resulta también aplicable a los órganos que ejercen función de control y fiscalización, conforme a la definición señalada en el numeral VI) de la presente Directiva.

- Recibida la solicitud el OSCE, a través del SEACE creará y enviará al correo electrónico del funcionario-usuario autorizado su Certificado SEACE con el detalle de los roles asignados. La recepción del Certificado SEACE habilita al funcionario-usuario interactuar en el sistema, sin requerir confirmación o validación adicional.

b) Árbitros

Los árbitros designados como presidente del tribunal arbitral o árbitro único en procedimientos arbitrales en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, deben solicitar a través del formulario del Anexo N.º 3 de la presente Directiva, la creación del Certificado SEACE, a fin de acceder al sistema para registrar los laudos arbitrales, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones, y otras resoluciones arbitrales.

Para tal efecto, la Entidad contratante, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad o del funcionario delegado para tal función, debe registrar previamente en el SEACE la controversia sometida a arbitraje e indicar los nombres y apellidos completos del árbitro único o de los árbitros que conforman el tribunal arbitral así como del secretario arbitral y de aquellos que eventualmente sustituyan a estos.

Para la solicitud que formulen los árbitros, se debe utilizar el formulario del Anexo N.º 3 de la presente Directiva, en el cual deberán consignar la totalidad de datos requeridos en forma legible y adjuntar la copia simple del Acta de Instalación del proceso arbitral en el que ha sido designado como árbitro y el pago de la tasa establecida en el TUPA del OSCE.

c) Organismos Cooperantes

Los Organismos Cooperantes podrán solicitar ante el OSCE la creación del Certificado SEACE, a fin de visualizar la información de la Entidad beneficiaria.

Para este efecto, se debe utilizar el formulario del Anexo N.º 3 de la presente Directiva, en el cual deberán consignar la totalidad de datos requeridos en forma legible y adjuntar el pago de la tasa establecida en el TUPA del OSCE.

d) Proveedores del Estado

Las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras que se inscriban en el RNP obtendrán su Certificado SEACE al realizar dicho trámite.

La recepción del Certificado SEACE habilita a los proveedores para interactuar en el sistema, sin requerir la confirmación o validación adicional.

e) Proveedores del Estado que no requieren inscribirse en el RNP

- Las Entidades Públicas exceptuadas de inscribirse en el RNP (según lo dispuesto en el artículo 235º del Reglamento) que deseen participar como proveedores en procedimientos de selección convocados por otras Entidades, deben solicitar la emisión de su Certificado SEACE, para tal efecto el Titular de la Entidad o el funcionario delegado para ello debe solicitarlo a través del formulario del Anexo N.º 5 de la presente Directiva, en el cual deberá consignar la totalidad de datos requeridos en forma legible. En dicho, formulario se asigna al funcionario-usuario que será responsable del usuario y contraseña para la participación de la Entidad en los procedimientos de selección

La recepción del Certificado SEACE habilita al funcionario-usuario para interactuar en el sistema, sin requerir confirmación o validación adicional.

En caso que el funcionario-usuario responsable del usuario y contraseña designado deje de ser el responsable o fuese reemplazado por otro, el Titular de la Entidad o el funcionario delegado debe presentar el formulario del Anexo N.º 5 de la Directiva, informando cualquiera de las situaciones señaladas, según corresponda. En caso sea reemplazado debe solicitar la emisión del Certificado SEACE del funcionario-usuario de quien asuma la responsabilidad del usuario y contraseña de la Entidad para la participación en procedimientos de selección.

- Las sociedades conyugales y las sucesiones indivisas exceptuados de inscribirse en el RNP (artículo 235º del Reglamento) deben tramitar la emisión de sus Certificados SEACE mediante el formulario del Anexo N.º 4 de la Directiva, en el cual deberán consignar la totalidad de datos requeridos en forma legible, asimismo el Tipo de Contribuyente registrado ante la SUNAT, debe ser Sociedad Conyugal o Sucesión Indivisa.

La recepción del Certificado SEACE habilita a la sociedad conyugal y a la sucesión indivisa para interactuar en el sistema, sin necesidad de requerir confirmación o validación adicional.

Las sociedades conyugales y las sucesiones indivisas son responsables de verificar los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista señalados en el artículo 11 de la Ley, así como del artículo 248º del Reglamento.

8.2.2. Del procedimiento para actualizar datos y solicitar la asignación y/o retiro de roles al Certificado SEACE.

8.2.2.1. Actualización de datos en el SEACE v.2.0.

La actualización de datos del Certificado SEACE de los funcionarios-usuarios de las Entidades, del OSCE, de los órganos que ejercen función de control y fiscalización, de los árbitros y de otros usuarios autorizados se realiza a través de la ficha "Actualización Datos" ubicada en el submenú "Modificación de Datos" del Módulo de Usuarios del SEACE, al cual se accede ingresando con el código de usuario y contraseña del SEACE. En la ficha mostrada por el sistema el usuario puede actualizar la siguiente información: número de teléfono fijo y correo electrónico.

8.2.2.2. Actualización de datos en el SEACE v.3.0.

La actualización de datos del Certificado SEACE de los funcionarios-usuarios de las Entidades Públicas Contratantes, de los Órganos que ejercen función de control y fiscalización y del OSCE se realiza a través de la ficha "Mis Datos" ubicada en la sección "Mi



cuenta" del Módulo de Administración del SEACE v.3.0., al cual se accede ingresando con su código de usuario y contraseña del SEACE. En la ficha mostrada por el sistema el funcionario-usuario puede actualizar la siguiente información, correo electrónico, número de teléfono fijo, fax y móvil.

8.2.2.3. Actualización de datos en caso de restricción de acceso al sistema

- En los casos que por restricciones de acceso al sistema, los funcionarios-usuarios de las Entidades Públicas Contratantes y los órganos que ejercen función de control y fiscalización no puedan modificar sus datos directamente en el SEACE, pueden solicitar la actualización de sus datos, utilizando el formulario del Anexo N.º 2 de la presente Directiva. Los árbitros y otros usuarios autorizados pueden solicitar la actualización de sus datos mediante el formulario del Anexo N.º 3.
- La asignación y/o retiro de roles al Certificado SEACE otorgado a los funcionarios-usuarios de las Entidades Públicas Contratantes y de los órganos que ejercen función de control y fiscalización, se realiza mediante el formulario del Anexo N.º 2 de la Directiva, suscrito por el Titular de la Entidad o funcionario delegado, en el que se debe consignar la totalidad de datos requeridos e indicar el/los roles que se asignarán o retirarán al funcionario-usuario, según lo detallado en el Anexo N.º 1 de la presente Directiva.

8.2.3. Del procedimiento para desactivar el Certificado SEACE.

- El Titular de la Entidad o el funcionario delegado, es el responsable de solicitar la desactivación del Certificado SEACE de aquellos funcionarios-usuarios de las Entidades Públicas Contratantes que ya no se encuentran autorizados a registrar información en el SEACE, así como de los órganos que ejercen función de control y fiscalización que ya no se encuentren autorizados de acceder al SEACE. Para este efecto, debe utilizar el formulario del Anexo N.º 2 de la Directiva, consignando la totalidad de datos requeridos en forma legible.
- En el caso de los árbitros, corresponde a los árbitros que hayan sido designados como presidente del tribunal arbitral o árbitro único, solicitar la desactivación del Certificado SEACE cuando haya determinado que no efectuará uso del mismo. Para este efecto, debe utilizar el formulario del Anexo N.º 3 de la Directiva, consignando la totalidad de datos requeridos en forma legible.
- En el caso de otros usuarios autorizados, corresponde al propio usuario solicitar la desactivación del Certificado SEACE cuando haya determinado que no efectuará uso del mismo. Para este efecto, debe utilizar el formulario del Anexo N.º 3 de la Directiva, consignando la totalidad de datos requeridos en forma legible.
- El OSCE podrá desactivar el Certificado SEACE siguiendo el Procedimiento de bajas de usuarios que no ingresaron al SEACE, u otro procedimiento que establezca para ello.

8.3. DE LA RESPONSABILIDAD DEL USO DEL CERTIFICADO SEACE.

- a) El Certificado SEACE es de carácter personal e intransferible
- b) Los funcionarios-usuarios y otros usuarios autorizados son responsables de verificar que la información que registran en el SEACE es idéntica a la información que se tiene como documento final aprobado para la realización de cualquier acto en el procedimiento de contratación, bajo responsabilidad del funcionario que hubiese solicitado la activación del Certificado SEACE y de aquél que hubiera registrado la información. En el caso de los

árbitros que hayan sido designados como presidente del tribunal arbitral o árbitro único, son responsables de verificar que la información del laudo arbitral, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones, y otras resoluciones arbitrales que se registran en el SEACE sea idéntica a la del original suscrito por el o los respectivos árbitros, bajo responsabilidad del árbitro único o del presidente del tribunal arbitral encargado de su registro.

c) La información registrada por los funcionarios-usuarios y otros usuarios autorizados tiene carácter de declaración jurada y está sujeta a las responsabilidades legales correspondientes.

d) El registro de información en el SEACE no implica la convalidación o conformidad de los actos y datos reportados que no se ciñan a lo dispuesto en la normativa vigente sobre contrataciones del Estado.

e) En caso se detecten defectos, omisiones y/o fraude en la información reportada o el uso indebido del sistema por parte de los funcionarios-usuarios, el Titular de la Entidad o el funcionario delegado que solicitó la emisión del Certificado SEACE y el funcionario-usuario autorizado asumirán la responsabilidad que les asiste, conforme a la normativa vigente, sin perjuicio de poner el caso en conocimiento del órgano de control institucional.

f) En caso se detecten defectos, omisiones y/o fraude en la información reportada o el uso indebido del sistema por parte de un proveedor del Estado, de un árbitro u otro usuario autorizado, este asumirá la responsabilidad que le asiste, conforme a la normativa vigente.

8.4. POLÍTICA DE SEGURIDAD.

a) Todo funcionario-usuario de las Entidades Públicas Contratantes, órganos que ejercen función de control y fiscalización, árbitros y otros usuarios autorizados debe efectuar el cambio de la contraseña de su Certificado SEACE cada cuatro (4) meses, para lo cual pueden utilizar una combinación de símbolos, números y letras, transcurrido el plazo y sin cambio alguno, caducará la contraseña y bloqueará el acceso al SEACE, pudiendo renovarse la contraseña de forma automática a través de la opción "Olvidó su contraseña".

b) Mediante el Procedimiento de bajas de usuarios que no ingresaron al SEACE, el OSCE desactiva el Certificado SEACE, considerando las condiciones de la Entidad y tiempo sin uso del Certificado SEACE, para lo cual publicará un comunicado, con la relación de usuarios que serán desactivados, otorgando un plazo para el acceso al SEACE, con lo cual se entenderá su uso. Transcurrido el plazo señalado en el comunicado, el OSCE verifica y procede a desactivar aquellos que no accedieron al SEACE.

c) Los registros efectuados en el SEACE por proveedores que se encuentran inhabilitados para contratar con el Estado o que no cuentan con inscripción vigente en el RNP y/o se encuentren suspendidos por multa impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado, serán considerados no válidos conforme al estado con el que se encuentre su RNP.

IX. DISPOSICIÓN TRANSITORIA

9.1 A fin de mejorar el servicio de emisión, actualización y desactivación del Certificado SEACE y mantener actualizada la información de la Entidad incluida en el REC, el OSCE solicitará a las entidades incluidas en el REC la designación de una persona a quien se asignará el rol de "Administrador de la Entidad" y privilegios para la auto gestión del servicio antes señalado.

El OSCE, mediante comunicado, informa el inicio de la implementación de la presente disposición transitoria.

X. DISPOSICIONES FINALES

10.1 Los Anexos N.º 1, N.º 2, N.º 3, N.º 4 y N.º 5 de la presente Directiva se actualizará, de acuerdo a las modificaciones y/o adiciones que realice el órgano competente del OSCE. El OSCE pondrá en conocimiento de los usuarios, a través del comunicado que se emita y publique para tal efecto en los portales web del OSCE y del SEACE, respectivamente.

10.2 La presente directiva entrará en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de la Resolución que la aprueba en el Diario Oficial "El Peruano".

10.3 A partir de la vigencia de la presente directiva deróguese la Directiva N.º 008-2016-OSCE/CD

XI. ANEXOS

1. Anexo N.º 1 - Lista de perfiles y sus correspondientes roles y privilegios.
2. Anexo N.º 2 - Solicitud de emisión, actualización y desactivación del Certificado SEACE.
3. Anexo N.º 3 - Solicitud de emisión, actualización y desactivación del Certificado SEACE para árbitros y otros usuarios autorizados.
4. Anexo N.º 4 - Solicitud de emisión del Certificado SEACE para sociedades conyugales y sucesiones indivisas.
5. Anexo N.º 5 - Solicitud de emisión, actualización y desactivación del Certificado SEACE para Entidades Públicas - Proveedor Exceptuado.

Jesús María, marzo de 2017

D-007

DIRECTIVA N.º 007-2019-OSCE/CD

DISPOSICIONES APLICABLES AL REGISTRO DE INFORMACIÓN EN EL SISTEMA ELECTRÓNICO DE CONTRATACIONES DEL ESTADO - SEACE

(Aprobada por la Resolución N.º 019-2019-OSCE/PRE [EP, 29-01-2019]) ^{(i) (ii) (a)}

COMUNICADO DEL OSCE

- (i) Comunicado N.º 002-2019-OSCE (02-2019): Difusión del Requerimiento a través del SEACE. Texto completo: <bit.ly/2VEpggi>.
- (ii) Comunicado N.º 001-2016-OSCE/DSEACE (24-08-2016): Responsabilidades de las entidades públicas sobre el registro de información en el SEACE. Texto completo: <bit.ly/2GxF6oM>.

DIRECTIVAS Y LINEAMIENTOS

- (a) Véase la Directiva N.º 007-2016-OSCE/CD, "Catálogo único de bienes, servicios y obras (CUBSO)" (EP, 09-01-2016) [D-008].

OPINIONES DEL OSCE

§ 2223. Las Entidades se encuentran obligadas a utilizar el SEACE para publicar la información de sus contrataciones de bienes, servicios u obras, aun cuando estas no se encuentren bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. [...] 2.2.2. [P]uede señalarse que el primer párrafo del artículo 48 de la Ley establece lo siguiente: *“Las Entidades están obligadas a utilizar el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) en las contrataciones que realicen, independientemente que se sujeten al ámbito de aplicación de la presente Ley, su cuantía o fuente de financiamiento, conforme a la directiva que dicte el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) para tal efecto”*. Por su parte, el artículo 249 del Reglamento [cfr. art. 25 del Nuevo Reglamento], en su primer párrafo, señala que *“Las entidades están obligadas a registrar, dentro de los plazos establecidos, información sobre su Plan Anual de Contrataciones, las actuaciones preparatorias, los procedimientos de selección, los contratos y su ejecución, así como todos los actos que requieran ser publicados, conforme se establece en la Ley, el Reglamento y en la Directiva que emita el OSCE. La Entidad debe registrar en el SEACE las contrataciones correspondientes a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley sujetos a supervisión del OSCE y las demás contrataciones que no se sujeten a su ámbito de aplicación conforme a la Directiva que emita OSCE”*. Bajo estas consideraciones, *las Entidades se encuentran obligadas a utilizar el SEACE para publicar la información de sus contrataciones de bienes, servicios u obras*, cualquiera sea su cuantía o fuente de financiamiento y aun cuando estas no se encuentren bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, sino de regímenes legales de contratación. [...] 3. CONCLUSIONES: [...] 3.5. Las Entidades se encuentran obligadas a utilizar el SEACE para publicar la información de sus contrataciones de bienes, servicios u obras, aun cuando estas no se encuentren bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, sino de regímenes legales de contratación. En este último caso deberán realizar el registro de información conforme [...] la Directiva N.º 006-2016-OSCE/CD, “Disposiciones Aplicables al Registro de Información en el Sistema

I. FINALIDAD

Precisar las disposiciones que deben observar las Entidades para el registro y publicación de la información de sus contrataciones en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE).

II. OBJETO

Establecer las disposiciones que deben observar las Entidades para el registro y publicación en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) de la información de sus contrataciones realizadas en el marco de la normativa de contrataciones del Estado.

III. ALCANCE

La presente directiva es de cumplimiento obligatorio para las Entidades que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme al artículo 3 de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y sus modificatorias, así como para los árbitros, y otros usuarios autorizados a registrar información en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE).

IV. BASE LEGAL

- Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y sus modificatorias.
- Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF.

Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE [cfr. Directiva N.º 007-2019-OSCE/CD (D-007)] (Opinión N.º 132-2016/DTN, de 17-08-2016, ff. 2.2.2, 3 y 3.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2S69mKo>).

§ 2224. Las Entidades se encuentran obligadas a utilizar el SEACE para publicar la información de sus contrataciones de bienes, servicios u obras y por las que asumen el pago con cargo a fondos públicos. 3. CONCLUSIONES. [...] 3.2. Para definir si una contratación se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, en primer lugar, debe analizarse si la misma reúne las características de una contratación pública, es decir, si configura el ámbito objetivo y el subjetivo para la aplicación de dicha normativa; una vez hecho esto, corresponde determinar, además, si dicha contratación se encuentra incurso en alguno de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación previstos en la Ley o es materia de regulación de otra ley. **3.3.** No resulta aplicable la normativa de contrataciones del Estado cuando no se presente alguno de los siguientes elementos: i) se trate de una Entidad; ii) para la provisión de bienes, servicios u obras; y, iii) el pago se asuma con cargo a fondos públicos; o del mismo modo, tampoco se aplica la referida normativa cuando existiendo estos tres elementos dicha contratación se encuentre prevista como un supuesto excluido en mérito a los artículos 4 y 5 de la Ley. **3.4.** Las Entidades se encuentran obligadas a utilizar el SEACE para publicar la información de sus contrataciones de bienes, servicios u obras y por las que asumen el pago con cargo a fondos públicos, de conformidad con la Directiva N.º 008-2017-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 007-2019-OSCE/CD (D-007)]. Asimismo, pueden incluirse en el SEACE contrataciones efectuadas bajo un régimen legal de contratación, siempre que dicho régimen establezca la obligatoriedad de su registro, conforme a los plazos en él señalados. (Opinión N.º 055-2018/DTN, de 24-04-2018, ff. 3.2 al 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2BPd9X0>).

§ 2225. Todas las Entidades que son parte en un convenio de colaboración u otro de naturaleza análoga deben realizar el registro del mismo en el SEACE. CONSULTA: 2.1. “¿Cuál de las partes

- Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 076-2016-EF.

V. REFERENCIAS

En la presente directiva se utilizan las siguientes referencias:

- **Directiva:** La presente directiva.
- **Ley:** Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y sus modificatorias.
- **OEC:** Órgano encargado de las contrataciones de la Entidad.
- **OSCE:** Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- **PAC:** Plan Anual de Contrataciones.
- **Reglamento:** Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF.
- **RNP:** Registro Nacional de Proveedores.
- **SEACE:** Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado.
- **UIT:** Unidad Impositiva Tributaria.
- **CUBSO:** Catálogo Único de Bienes, Servicios y Obras.

VI. DEFINICIONES

- **Certificado SEACE:** Mecanismo de identificación y seguridad conformado por un código de usuario y una contraseña, que es otorgado por el OSCE a solicitud de una En-

tendría la obligación de registrar los Convenios de Colaboración en el SEACE, la entidad solicitante (aquella favorecida con la prestación del bien, servicio u obra) o la entidad solicitada (aquella que presta el bien, servicio u obra, en el marco de su competencia y sin fines de lucro)?” **2.2.** “¿Todos los convenios de colaboración interinstitucional u otros de naturaleza análoga deben ser registrados en el SEACE o solo aquellos que, en el marco de lo establecido en el numeral 88.2 del artículo 88 del TUO de la LPAG generen el pago de los gastos efectivos realizados cuando las acciones se encuentren fuera del ámbito de la actividad ordinaria de la entidad?”. [...] **3. CONCLUSIONES. 3.1.** Todas las Entidades que son parte en un convenio de colaboración u otro de naturaleza análoga -conforme al literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley- deben realizar el registro del mismo en el SEACE, conforme a lo señalado en el numeral 11.4 de la Directiva N.º 008-2017-OSCE/CD [cfr. numeral 11.5 de la Directiva N.º 007-2019-OSCE/CD (D-007)]. **3.2.** Independientemente de las implicancias del convenio -al que se refiere el literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley, este debe ser registrado en el SEACE conforme a lo dispuesto en el numeral 11.4 de la Directiva N.º 008-2017-OSCE/CD. **3.3.** Cada Entidad es responsable de verificar si los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga que suscriba con otra Entidad configura el supuesto de inaplicación previsto en el literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley y que por medio de la suscripción de dicho convenio no se está pretendiendo eludir la aplicación de las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 022-2018/DTN, de 09-02-2018, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DMeBKS>).

§ 2226. La normativa de contratación pública no ha previsto un tipo de archivo electrónico específico (Word, PDF, etc.) para registrar en el SEACE la información del expediente de contratación. CONSULTA: **2.** “(...) ¿los documentos del procedimiento de selección deben ser publicados a través del SEACE con las firmas o vistos del comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones en formato PDF o similar? o ¿los documentos del procedimiento de selección pueden ser publicado a través del SEACE en formato Word (.doc) sin estar necesariamente visados o firmados, siempre que los mismos

tividad, proveedor, árbitro u otro usuario autorizado y que permite acceder e interactuar con el SEACE.

- **Contratación sujeta a régimen legal de contratación:** Es la contratación realizada por una Entidad para proveerse de bienes, servicios y/u obras, bajo disposiciones de un régimen legal de excepción que establece un procedimiento específico de contratación para tal efecto.
- **Contrataciones bajo el ámbito de la Ley.** Son las que en el marco de la Ley y su Reglamento realizan las Entidades para proveerse de los bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago del precio o de la retribución correspondiente con fondos públicos, y demás obligaciones derivadas de la calidad de contratante.
- **SEACE:** Es el sistema electrónico desarrollado y administrado por el OSCE que permite el intercambio de información y difusión sobre las contrataciones del Estado, así como la realización de transacciones electrónicas.
- **Bandeja de Difusión de Requerimientos - Ley N.º 30225:** Bandeja del SEACE en la que se registra, con fines de difusión, el requerimiento realizado por el área usuaria, para recibir consultas y observaciones de los proveedores del rubro que permitan su perfeccionamiento.
- **Consola de Actos Preparatorios:** Consola del SEACE en el que se registra información de la fase de programación y actos preparatorios, tales como: El Expediente de

sean idénticos en contenido respecto de los que obran en los expedientes de contratación correspondientes?” [...] 2.4. [El] expediente de contratación preserve las actuaciones realizadas desde el requerimiento del área usuaria hasta el cumplimiento total de las obligaciones derivadas del contrato. [...] Respecto a la información que se registra en el SEACE debe ser idéntica en contenido a los documentos y a las actuaciones que obran en el expediente de contratación, de conformidad con lo previsto en el artículo 251 del Reglamento [cfr. art. 27 del Nuevo Reglamento]. La normativa de contratación pública no ha previsto específicamente una formalidad ni tipo de archivo para registrar en el SEACE la información que obra en el expediente de contratación, siendo responsabilidad de cada Entidad determinar ello para su debido registro, considerando las condiciones tecnológicas que permita el SEACE. (Opinión N.º 013-2018/DTN, de 26-01-2018, ff. 2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Kxo8XA>).

§ 2227. **Una modificación convencional al contrato es aquella que puede ser acordada por las partes cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, siempre que dicha modificación derive de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato no imputables a las partes. Las modificaciones convencionales realizadas al contrato deben registrarse en el SEACE, según el plazo dispuesto por Directiva.** CONSULTA: 2.1. “¿El hecho sobreviniente al perfeccionamiento aludido en el artículo 34-A de la Ley de Contrataciones del Estado [cfr. art. 34 de la Ley vigente], y en el artículo 142º de su Reglamento [cfr. art. 160 del Nuevo Reglamento], está referido a la ocurrencia de un evento de caso fortuito o fuerza mayor?” [...] 2.2. “¿Cómo se define una modificación convencional al contrato?” [...] 2.3. “¿Cuál es el procedimiento para el trámite de una modificación no convencional del contrato?” [...] 2.4. “El artículo 34-A de la Ley de Contrataciones del Estado señala que para que operen las modificaciones convencionales al contrato no debe variar los “elementos determinantes del objeto”; no obstante el artículo 142º de su Reglamento señala que no debe variar los “elementos esenciales del objeto”. ¿En qué se diferencian estas afirmaciones?” [...] 2.5. “El numeral 5 de artículo 142 del Reglamento de la Ley de

contratación, el Comité de Selección u Órgano Encargado de las Contrataciones, según corresponda, las Bases y aprobación de Bases.

- **Consola de Selección:** Consola del SEACE en el que se registra información de la fase de selección, entendida como aquella que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la que las Entidades del Estado van a celebrar un contrato. Comprende actos y etapas desde la publicación de la convocatoria hasta antes de la suscripción del contrato.
- **Consola de Contratos:** Consola del SEACE en el que se registran los contratos vinculados con los procedimientos de selección cuya buena pro se encuentra consentida. Asimismo se pueden registrar diversas operaciones contractuales, como contratos complementarios, adicionales, adelantos, garantías, conformidad, entre otros.

VII. DISPOSICIONES GENERALES

7.1. Las Entidades están obligadas a registrar en el SEACE la información sobre su Plan Anual de Contrataciones, las actuaciones preparatorias, los procedimientos de selección, los contratos y su ejecución, así como todos los actos que requieren ser publicados conforme a lo que establece la Ley, el Reglamento y la Directiva.

La difusión del requerimiento prevista en la Decimosegunda Disposición Complementaria Final se registra en el SEACE.

El cumplimiento de dicha obligación, se realiza conforme a la secuencia, estructura e información que sea requerida por el SEACE.

Contrataciones del Estado señala que para que operen las modificaciones previstas en el artículo 34-A de la Ley, debe cumplirse con el registro en el SEACE de la adenda correspondiente, conforme a lo establecido por el OSCE; sin embargo, en cuánto a la publicación de dicho documento ¿aplica el plazo de publicación señalado en el literal f) sección X de la Directiva N.º 008-2017-OSCE/CD? [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. En el marco de lo dispuesto en los artículos 34-A de la Ley y 142 del Reglamento, el hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato no imputable a las partes, puede sustentarse -entre otros supuestos- sobre la base de un “caso fortuito o fuerza mayor” ocurrido después de haberse perfeccionado dicho contrato. 3.2. Conforme a la normativa de contrataciones del Estado, una modificación convencional al contrato es aquella que puede ser acordada por las partes cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, siempre que dicha modificación derive de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato no imputables a las partes, a fin de permitir alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, sin cambiar los elementos determinantes del objeto de la contratación. 3.3. Los términos “determinante” y “esencial” contemplados en los artículos 34-A de la Ley y 142 del Reglamento -respectivamente-, se encuentran referidos a una misma condición, a efectos de operar la modificación convencional al contrato: que no se cambien los elementos sustanciales en virtud de los cuales se estableció el objeto de la contratación. 3.4. Considerando que las modificaciones convencionales al contrato se enmarcan en la fase de ejecución contractual, el plazo previsto para registrar la información derivada de dichas modificaciones en el SEACE, debe efectuarse en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles de su aprobación; conforme a lo establecido en el literal f) del acápite X de la Directiva N.º 008-2017-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 007-2019-OSCE/CD (D-007)], el mismo que regula el registro de los contratos y su ejecución en el SEACE. (Opinión N.º 269-2017/DTN, de 27-12-2017, ff. 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 3.1, 3.2, 3.3 y 3.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2A3xAxP>).

El incumplimiento de la obligación de registrar en el SEACE será sancionado por la comisión de falta grave.

7.2. El registro de información en el SEACE se efectúa en el marco de los principios de transparencia y publicidad que rigen las contrataciones públicas.

7.3. La información que las Entidades registren en el SEACE coadyuvará al cumplimiento de las funciones de supervisión del OSCE, en el ámbito de lo previsto en los literales b) y c) del artículo 52 de la Ley.

7.4. El registro de la información en el SEACE debe ser efectuado únicamente por los usuarios - funcionarios, árbitros y otros usuarios autorizados empleando el Certificado SEACE, lo cual supone la sujeción a los términos y condiciones de uso del mencionado sistema, debiendo observar los lineamientos de los manuales de usuario que publica el OSCE en el referido sistema.

7.5. La información que se registra en el SEACE debe ser idéntica a aquella que obra en el expediente de contratación a cargo de la Entidad y que constituye documento final para la realización de cualquier acto relacionado con la contratación a registrar, ya sea en la programación y actos preparatorios, el procedimiento de selección, contrato, orden de compra o de servicio y su ejecución, según corresponda; bajo responsabilidad del funcionario que hubiese solicitado la activación del Certificado SEACE y de aquél que hubiera registrado la información.

7.6. La información que las Entidades registren en el SEACE, se encontrará a disposición de todos los interesados en el Portal Web del SEACE. Ello, sin perjuicio de la responsabi-

§ 2228. Las contrataciones realizadas en virtud del literal f) del artículo 4, independientemente de que estas se encuentren fuera del ámbito de aplicación de la Ley y de su fuente de financiamiento, deben encontrarse registradas en el PAC y publicadas en el SEACE en el módulo habilitado para tal fin. CONSULTA: 2. “¿Cuál es el alcance de la obligación del registro y publicación en el SEACE de las órdenes de compra y servicios respecto al Plan de Anual de Contrataciones, indicada en la Directiva N.º 008-2017-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 007-2019-OSCE/CD (D-007)], Comunicado N.º 001-2016-OSCE/DSEACE, así como el Reglamento de la Ley; respecto a los procesos de contrataciones a cargo de una Unidad Ejecutora encargada de un Proyecto de inversión pública, que realiza de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una entidad cooperante, derivada de un Contrato de Préstamo (operación de endeudamiento externo) suscrito entre el Estado Peruano y la Entidad Cooperante, considerando la exclusión del ámbito de aplicación de la normativa de Contrataciones del Estado, dispuesta en el literal f) del artículo 4 de la Ley N.º 30225?” [...] 2.4. [...] [Se] aprecia que la Directiva cumple con regular el registro de la información de las contrataciones que realizan las Entidades Públicas, incluyendo aquellas que son realizadas fuera del ámbito de aplicación de la Ley, entre estas, las contrataciones efectuadas según la causal prevista en el literal f) del artículo 4 de la Ley. [...] con relación al Comunicado N.º 001-2016-OSCE/DSEACE, publicado por la Dirección del SEACE con fecha 24.AGO.2016, debe decirse que se limita a recordar a las Entidades Públicas y sus funcionarios, la responsabilidad que tiene de registrar la información de las contrataciones que realice la Entidad independientemente de que se encuentren sujetas al ámbito de aplicación de la Ley, su cuantía o fuente de financiamiento, en concordancia con lo previsto en el artículo 48 de la Ley. Por tal motivo, se advierte que las contrataciones realizadas en virtud del literal f) del artículo 4, independientemente de que estas se encuentren fuera del ámbito de aplicación de la Ley y de su fuente de financiamiento, deben encontrarse registradas en el PAC y publicadas en el SEACE en el módulo habilitado para tal fin. (Opinión N.º 218-2017/DTN, de 20-10-2017, ff. 2 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EqYfZz>).

lidad de la Entidad de llevar y custodiar en el expediente de contratación todas las actuaciones realizadas para la contratación.

7.7. Todos los actos realizados a través del SEACE en el marco de lo dispuesto por la Ley y su Reglamento se entienden notificados el mismo día de su publicación. Asimismo, la notificación del laudo arbitral a las partes se realiza a través del SEACE, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 45.21 del artículo 45 de la Ley.

VIII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

8.1. Una vez efectuado el registro y publicación en el SEACE de la información a que se refiere la Directiva no será necesaria su remisión al OSCE por medio escrito, salvo que la normativa vigente así lo exija o el OSCE la solicite en ejercicio de sus funciones.

8.2. El registro en el SEACE de la información de contrataciones realizadas en mérito a regímenes legales de contratación o de actos cuyo registro sea obligatorio por dispositivo legal, se efectuará observando los plazos señalados en el referido dispositivo legal, así como las indicaciones que muestre el sistema.

8.3. El SEACE cuando corresponda incluirá en la convocatoria de los procedimientos de selección la indicación de los instrumentos internacionales bajo cuyos alcances se encuentran cubiertos los procedimientos de selección publicados por las Entidades, tomando para ello la información de los umbrales fijados en los instrumentos internacionales proporcionada por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR) al OSCE, así como la información registrada por la Entidad.

NOTA: Véase el Comunicado N.º 001-2016-OSCE/DSEACE (24-08-2016), sobre responsabilidades de las entidades públicas sobre el registro de información en el SEACE <bit.ly/2GxF6oM>.

§ 2229. Registro de las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a 8 UIT. 2.1.3. [C]orresponde señalar que el literal a) del artículo 11.2 de la Directiva N.º 008-2017-OSCE/CD “Disposiciones aplicables al registro de información en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE” [cfr. literal A del artículo 11.3 de la Directiva N.º 007-2019-OSCE/CD (§ 007)], en cuanto al registro de las contrataciones previstas en el literal a) del artículo 5 de la Ley señala que “La Entidad debe registrar y publicar en el SEACE la información de sus contrataciones cuyos montos sean de una (1) a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), que hubieran realizado durante el mes, contando para ello con un plazo máximo de diez (10) días hábiles del mes siguiente”. En ese sentido, en caso una Entidad lleve a cabo contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) UIT pero superiores a una (1) UIT, la información de dichas contrataciones realizadas durante el mes debe ser registrada y publicada por parte de la Entidad en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE, debiendo efectuarse ello dentro del plazo máximo de diez (10) hábiles del mes siguiente. (Opinión N.º 128-2017/DTN, de 06-06-2017, ff. 2.1, 2.2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2zNE3gh>).

§ 2230. Los Convenios Interinstitucionales no requieren ser incluidos en el Plan Anual de Contrataciones (PAC), sin embargo, las contrataciones que se llevaran a cabo para alcanzar la finalidad perseguida por tales convenios si deben ser incluidas obligatoriamente en el PAC (art. 5.1.c). Véase la jurisprudencia del artículo 15º de la Ley [§ 427]. (Opinión N.º 114-2016/DTN, de 25-07-2015, ff. 2.1, 2.1.4 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SQATzA>).

8.4. El OSCE, a través de la Dirección del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado, efectúa las revisiones que correspondan a la funcionalidad del SEACE y, de ser el caso, atenderá las incidencias que los usuarios del SEACE reporten sobre el registro de la información en el sistema, adoptando las medidas que resulten convenientes, según sea el caso.

IX. DEL REGISTRO DE LA INFORMACIÓN DE PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN Y CONTRATACIONES EN EL MARCO DE LA LEY Y SU REGLAMENTO

9.1. De la información de los procedimientos de selección de licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada y consultores individuales

Para la convocatoria de los procedimientos de selección en el SEACE se debe registrar previamente la información requerida en la Consola de Actos Preparatorios, y luego en la Consola de Selección realizar la publicación de la convocatoria y su ejecución.

La información registrada y archivos adjuntos en el SEACE deben ser verificados y modificados, según corresponda, por la entidad cuando éstos se hallen guardados en borrador; una vez publicados en dicho sistema no cabe modificación alguna, salvo las excepciones previstas en los manuales de usuario publicados por el OSCE. La información inicial y la modificada seguirán figurando en el referido sistema.

9.1.1. Información que se registra en la Bandeja de Difusión de Requerimientos-Ley N.º 30225

- A. Datos del requerimiento, tales como: Descripción, objeto, fechas de inicio y fin de las etapas previstas, adjuntando el archivo.
- B. Formulación de consultas y observaciones al requerimiento.
- C. Absolución preliminar y cronograma para la realización del acto público de absolución presencial.
- D. Acta de absolución presencial.

Luego de publicado el requerimiento no podrá modificarse la información y documentos registrados en el SEACE.

9.1.2. Información que se registra en la Consola de Actos Preparatorios:

9.1.2.1. Expediente de contratación:

- A. Enlace al PAC, de ser el caso, previa indicación del tipo de compra o selección y el tipo de objeto.
- B. Datos Generales de la contratación, tales como el tipo de procedimiento de selección, modalidad (de ser el caso), nomenclatura, descripción del objeto, valor estimado o valor referencial (público o reservado), normativa aplicable, según corresponda.
Luego de publicada la convocatoria no pueden modificarse los datos del tipo de compra o selección, tipo de objeto, tipo de procedimiento de selección, modalidad, normativa aplicable y causal en caso de contrataciones directas.
- C. Relación de ítems o ítems paquetes y sus componentes, según corresponda. Oportunidad en que elige el Código CUBSO cuyo título coincida con el bien, servicio en general, consultorías y obras a contratar, según corresponda, de acuerdo a lo dispuesto por la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento.

Asimismo, elige la ficha técnica del bien y servicio común o la ficha de Homologación aprobada, cuando corresponda. La Adjudicación Simplificada por Homologación no aplica para requerimientos que cuenten con ficha de homologación parcial.

D. Documento que sustente la autorización de la Central de Compras Públicas - PERÚ COMPRAS para no emplear el-Catálogo Electrónico de Acuerdos Marco o la Subasta Inversa Electrónica, el acuerdo suscrito en procedimientos por compra corporativa o por encargo (convenio), entre otros.

E. Resumen ejecutivo.

F. Presupuesto, información de la Certificación del Crédito Presupuestario y/o la Constancia de Previsión Presupuestal y/o los Fondos Privados que financian la contratación.

G. Acuerdo comercial, cuando corresponda, y en aquellos procedimientos que se encuentren dentro de los umbrales de los Tratados de Libre Comercio y/u otros instrumentos internacionales suscritos por el Perú, la Entidad debe señalar si el procedimiento a convocar se encuentra comprendido en alguna de las excepciones previstas en tales documentos, para lo cual deberá seguir las indicaciones u opciones que el SEACE muestre.

H. Datos y documento de aprobación del expediente de contratación, debiendo adjuntar el archivo correspondiente.

I. Expediente técnico de obra.

9.1.2.2. Órgano a cargo del procedimiento de selección:

Debe consignarse información respecto al Comité de Selección, Comité Permanente u Órgano Encargado de las Contrataciones, según el procedimiento de selección; debiendo registrar los datos de la designación, datos del aprobador y la lista de integrantes.

9.1.2.3. Documentos del procedimiento de selección y cronograma:

A. Para el registro de los documentos del procedimiento de selección y su aprobación (adjuntando el documento respectivo), previamente debe consignarse en el SEACE la información del cronograma del procedimiento de selección.

B. El cronograma que se consigne en el SEACE debe contener las fechas de inicio y fin de las etapas previstas, las cuales deben ser idénticas a las que figuran en los documentos del procedimiento de selección aprobados.

9.1.3. Información que se registra en la Consola de Selección:

9.1.3.1. Convocatoria:

A. Los procedimientos de selección deben ser convocados a través del SEACE el mismo día previsto en el cronograma establecido en los documentos del procedimiento de selección aprobados.

B. Una vez publicada la convocatoria en el SEACE y solo durante dicho día, la entidad podrá publicar una nueva versión de los documentos del procedimiento de selección y/o el resumen ejecutivo, siendo válido la última versión publicada.

9.1.3.2. Registro de Participantes:

A. Los proveedores que deseen participar en algún procedimiento de selección deben registrarse como participantes, conforme a las reglas de los documentos del procedimiento de selección, debiendo contar para ello con inscripción vigente en el RNP, conforme al objeto de la contratación, y no encontrarse suspendido ni inhabilitado para contratar con el Estado.

B. El registro de participantes es gratuito y electrónico, a través del SEACE, y se llevará a cabo desde el día siguiente de la convocatoria hasta antes del inicio de la presentación de ofertas o la recepción de las expresiones de interés y selección, según corresponda.

C. El SEACE dejará constancia o restringirá el registro de un participante que no cuente con inscripción vigente en el RNP correspondiente al objeto del procedimiento, o se encuentre suspendido o inhabilitado para contratar con el Estado.

9.1.3.3. De la presentación de ofertas:

A. El registro en el SEACE de las ofertas presentadas se efectúa con la indicación del nombre o razón social del postor. En caso que el postor sea una persona jurídica deben indicarse los datos del representante legal.

B. En caso que el postor sea un consorcio, al momento del registro de su oferta en el SEACE se deben consignar los datos de cada una de las personas naturales y/o jurídicas que lo integran, los datos del representante común y el porcentaje de obligaciones de cada uno de los integrantes del consorcio previsto en la promesa de consorcio.

C. El SEACE dejará constancia y/o restringirá el registro de la oferta de aquel postor que no cuente con inscripción vigente en el RNP, se encuentre suspendido o inhabilitado para contratar con el Estado.

Dicha restricción también será aplicable en el caso que los integrantes de un consorcio no cuenten con inscripción vigente en el RNP, se encuentren suspendidos o inhabilitados para contratar con el Estado.

D. En el caso de la Selección de Consultores Individuales, se registra en el SEACE el nombre de la persona que presentó su expresión de interés.

9.1.4. Del registro de las acciones durante el trámite del procedimiento:

Durante el trámite del procedimiento de selección, se debe publicar en el SEACE, en la fecha establecida en el cronograma del procedimiento de selección y cuando corresponda, las siguientes acciones realizadas:

a) Formulación de consultas y observaciones a las Bases: Cuando corresponda, el proveedor a través de la funcionalidad prevista en el SEACE efectúa las consultas y observaciones respecto de las bases. No es válida su remisión física.

b) Pliego de absolución de consultas y observaciones a las Bases y Bases Integradas: Cuando corresponda, la Entidad a través de la funcionalidad prevista en el SEACE debe absolver las consultas y observaciones a las bases realizadas por los proveedores. Asimismo, la Entidad debe registrar las Bases Integradas conforme lo establecido en el Reglamento.

c) Elevación al OSCE de los cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y observaciones y a las Bases Integradas: Se registrarán los datos de los participantes que solicitaron la elevación, de ser el caso. El proveedor previamente debe efectuar el pago del servicio por la emisión del Pronunciamiento establecido en el TUPA del OSCE.

d) Pronunciamiento e integración de Bases definitiva: Se realiza en los casos que se haya solicitado elevación al OSCE de los cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y observaciones y a las Bases Integradas. Asimismo el registro de la integración definitiva de las bases.

e) Registro en caso de empate: Se registra el acta y el cuadro comparativo en el que conste el empate; en ellos debe apreciarse los nombres o razón social de los postores que empataron, de ser el caso.

f) Registro de las actas de evaluación, calificación y otorgamiento de la Buena Pro: Se registran las actas de evaluación, calificación y el otorgamiento de la buena pro, las que de

conformidad con el artículo 66 del Reglamento deben encontrarse debidamente motivadas. En el caso de la selección de consultores individuales, se registra en el SEACE el acta que contiene el resultado de la calificación debidamente motivada, conjuntamente con el cronograma de entrevistas personales para la evaluación.

La Buena Pro debe registrarse en el SEACE el mismo día de su realización, adjuntando el acta de otorgamiento de la buena pro y el cuadro comparativo detallando los resultados de la calificación y evaluación. Una vez concluido el registro de la buena pro, el valor estimado será visible y cesa la reserva del valor referencial, siendo tales montos visibles en la ficha del procedimiento de selección.

g) La Buena Pro otorgada hasta el límite del 110% del valor referencial: En los procedimientos convocados para la ejecución de obras y consultoría de obras, se registra la Buena Pro otorgada hasta el límite del 110% del valor referencial adjuntando en el sistema, además de los documentos previstos en el literal f) del presente numeral, el documento a través del cual el Titular de la Entidad aprobó el otorgamiento de la Buena Pro hasta el límite antes indicado.

h) Registro de la declaratoria de desierto del procedimiento de selección o un ítem de éste: Se registra el mismo día de producido. Una vez concluido dicho registro el valor estimado será visible y, de ser el caso, cesa la reserva del valor referencial siendo estos visibles en la ficha del procedimiento de selección.

Asimismo la entidad debe adjuntar el archivo del informe que hace referencia el numeral 65.2 de artículo 65 del Reglamento.

i) El recurso de apelación presentado ante la Entidad: En procedimientos cuya apelación corresponda ser presentada ante la Entidad, el mismo día de interpuesto el recurso de apelación, se registra el nombre o razón social del postor que presentó la apelación, el número y fecha del documento presentado, la fecha de recepción del recurso en la Entidad y el ítem o ítems impugnados.

j) El recurso de apelación interpuesto ante el Tribunal de Contrataciones del Estado: En procedimientos cuya apelación corresponda ser presentada ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, el mismo día de interpuesto el recurso de apelación, se registra el nombre o razón social del postor impugnante. Los datos de la apelación presentada podrán ser consultados en el Toma Razón Electrónico, al cual se puede acceder desde la ficha del procedimiento de selección.

k) La notificación del recurso de apelación y sus anexos: Es realizado a través de su registro en el SEACE:

- Recurso de apelación presentado ante la Entidad: Se registra el recurso de apelación y sus anexos a fin de notificar a todos los interesados, según lo dispuesto en el artículo 125 del Reglamento.
- Recurso de apelación interpuesto ante el Tribunal de Contrataciones del Estado: Se registra en el Toma Razón Electrónico y podrá ser visualizada a través del SEACE, según lo dispuesto en el artículo 126 del Reglamento.

l) Registro del informe técnico legal: Dentro del plazo establecido en el artículo 126 del Reglamento, la entidad registra el informe técnico legal en el cual se indique la posición de la entidad respecto de los fundamentos del recurso de apelación.

m) Registro de la absolución del recurso de apelación: La Entidad a través de la funcionalidad prevista en el SEACE registra los escritos de absolución del traslado del recurso de apelación realizados por los postores emplazados.

n) Registro de la resolución que resolvió el recurso de apelación: A través de esta acción la entidad o el Tribunal de Contrataciones del Estado notifica la resolución que resuelve el recurso de apelación.

Publicada la resolución, la entidad de forma inmediata debe registrar en el SEACE las acciones dispuestas en la resolución respectiva.

o) Registro del consentimiento de la Buena Pro: El consentimiento de la Buena Pro se registra en el SEACE al día siguiente de producido, observando los plazos establecidos en el Reglamento según el tipo de procedimiento de selección y modalidad.

p) Registro de la nulidad del procedimiento de selección o de alguno de los ítems que lo integran: Los actos emitidos por el Titular de la Entidad o el Tribunal de Contrataciones del Estado al amparo de lo establecido en el artículo 44 de la Ley son registrados con la indicación de los datos del Titular de la Entidad o la Sala del Tribunal que emitió dicha decisión, la causal de la nulidad, la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento y el ítem declarado nulo. Una vez concluido dicho registro el valor estimado será visible y, de ser el caso, cesará la reserva del valor referencial siendo estos visibles en la ficha del procedimiento de selección.

En el caso que en un procedimiento de selección declarado nulo se haya dispuesto retrotraer el procedimiento a la etapa de convocatoria, previa reformulación de los documentos del procedimiento de selección, o de algún aspecto del expediente de contratación o del expediente técnico de obra, la entidad debe registrar la aprobación del expediente de contratación modificado, el expediente técnico de obra, los documentos del procedimiento de selección modificados debidamente aprobados, según corresponda, y el resumen ejecutivo de las actuaciones preparatorias, según corresponda.

Cuando uno o más ítems de un procedimiento de selección hayan sido declarados nulos y se haya ordenado retrotraer esos ítems a la etapa de convocatoria, el tipo de procedimiento de selección que se convoque será aquél que corresponda a la sumatoria de los valores referenciales de los ítems declarados nulos.

q) Registro de la cancelación total o parcial del procedimiento de alguno de los ítems que lo integran: Debe efectuarse al día siguiente de la comunicación al Comité de Selección o el OEC de la decisión de cancelar el procedimiento, debiendo adjuntar el archivo de la resolución o acuerdo cancelatorio, según corresponda. Una vez concluido dicho registro el valor estimado será visible y, de ser el caso, cesará la reserva del valor referencial siendo estos visibles en la ficha del procedimiento de selección.

r) Pérdida de la buena pro: El registro se efectúa con la indicación del nombre o razón social del postor que pierde la buena pro, señalando el motivo de dicha pérdida: (i) Proveedor inhabilitado; (ii) Proveedor no vigente en el RNP; (iii) Proveedor Suspendido; o, (iv) No suscripción del contrato, además los datos y el archivo del informe respectivo.

s) No suscripción del contrato por decisión de la Entidad: Debe registrarse las razones de la decisión de la Entidad: (i) recorte presupuestal correspondiente al objeto del procedimiento de selección; (ii) por norma legal expresa; o, (iii) porque ha desaparecido la necesidad.

t) Rectificación de algunos datos erróneos publicados en la Ficha de Selección: Datos tales como la descripción básica del objeto, relación de ítems, etc. que fueron registrados erróneamente pueden ser modificados a través de la opción rectificación, siempre y cuando la información que obra en el expediente de contratación o en las Bases aprobadas demuestren que los datos publicados en el SEACE son erróneos y requieren ser corregidos.

A través de esta opción no podrá modificarse el contenido de los documentos registrados, tal es el caso de los documentos del procedimiento, Resumen Ejecutivo, entre otros. Esta modificación puede ser realizada hasta antes del inicio de la etapa de presentación de ofertas o, en caso del procedimiento de selección de consultores individuales, hasta antes de la recepción de expresiones de interés y selección.

Los datos como tipo de compra o selección, tipo de objeto, tipo de procedimiento de selección, modalidad, normativa aplicable y causal en caso de contratación directa, no pueden ser modificados a través de la opción rectificación.

u) Postergación de las etapas del procedimiento de selección: A través de esta opción se registra la postergación de la realización de una etapa del procedimiento o la prórroga para la finalización de la misma, correspondiendo su utilización en el caso de la suspensión de actos del procedimiento. El registro puede efectuarse hasta el mismo día señalado en el cronograma del procedimiento y debe ser comunicado a los participantes o postores, según sea el caso, a través del SEACE, señalando el motivo de la postergación o prórroga.

v) Recomposición del comité de selección: A través de esta opción se registra la recomposición realizada al comité de selección o comité de selección permanente.

w) Actualización de presupuesto: A través de esta opción se puede registrar la actualización del presupuesto, sea agregando un certificado o modificando el existente.

9.2. Del registro de los procedimientos de selección de Contrataciones Directas.

Las entidades que realicen contrataciones bajo los supuestos previstos en el artículo 27 de la Ley deben registrar en el SEACE la siguiente información:

- a) La información de los Actos Preparatorios señalados en el numeral 9.1.2, según sea el caso.
- b) Archivo del documento que aprueba la contratación directa.
- c) Archivo de los documentos que contiene el sustento técnico y legal, que incluyan la justificación de la necesidad y la procedencia de la contratación directa.
- d) Registro del órgano a cargo de la contratación.
- e) Bases
- f) Registro del proveedor invitado.
- g) Registro de presentación de ofertas
- h) Registro de la adjudicación efectuada, adjuntando el acta de otorgamiento de la buena pro y registrar los datos del postor adjudicado.

El SEACE verifica que el monto adjudicado no sea superior al monto autorizado.

9.3. Del registro de información de la comparación de precios.

Las Entidades deben registrar en el SEACE:

- a) La información de los actos preparatorios señalados en el numeral 9.1.2, según sea el caso.
- b) Informe en el que conste el cumplimiento de las condiciones para el empleo de la comparación de precios.
- c) Solicitudes de cotización o el Informe que contenga los detalles de la indagación y comparación, según corresponda.

- d) Proveedores que remitieron cotización y declaración jurada o Proveedores incluidos en el Informe de los detalles de la indagación y comparación, según corresponda.
- e) Cotizaciones y declaraciones juradas recibidas o declaración jurada del proveedor que tiene el menor precio en la indagación y comparación, según corresponda.
- f) Acta de otorgamiento de buena pro.

9.4. Del registro de información de la subasta inversa electrónica.

El registro de la información en el SEACE de los actos del procedimiento de subasta inversa electrónica se detallan en el Manual de Usuario y videos tutoriales publicados en el portal web del SEACE. Una vez concluido el registro de la buena pro, el valor estimado será visible en la ficha del procedimiento de selección.

9.5. Del registro de Información por encargo a otra Entidad pública.

El registro de información en el SEACE para el caso de encargo a una Entidad pública la realización de las actuaciones preparatorias y/o procedimiento de selección debe considerar lo siguiente:

- a) Si la entidad encarga solamente las actuaciones preparatorias.

La entidad encargante realiza el registro en el SEACE del PAC, los actos preparatorios (numeral 9.1.2) y el procedimiento de selección (numeral 9.1.3 y 9.1.4, según corresponda).

- b) Si la entidad encarga las actuaciones preparatorias y el procedimiento de selección o solamente el procedimiento de selección:

- i. La entidad encargante realiza el registro en el SEACE del PAC, con la indicación de que entidad es la encargada.
- ii. La entidad encargada realiza el registro en el SEACE de los actos preparatorios (numeral 9.1.2) y el procedimiento de selección (numeral 9.1.3 y 9.1.4, según corresponda).

En ambos casos, la información del contrato suscrito y ejecución (numeral X) será realizada por la entidad encargante.

9.6. Del registro de Información por encargo a Organismo Internacional.

Para el caso de encargo a un organismo internacional aprobado bajo los alcances del numeral 109.2 del artículo 109 del Reglamento, la Entidad encargante deberá registrar en el SEACE:

- i. Enlace con el PAC.
- ii. Lo señalado en el numeral 9.1.2.1 de la presente Directiva, según las opciones habilitadas en el SEACE.
- iii. El documento que aprueba el encargo, según lo dispuesto en el literal a) del numeral 109.2 del artículo 109 del Reglamento.
- iv. El documento que contenga la justificación de la imposibilidad de que el proceso sea efectuado por la Entidad, según lo dispuesto en el literal c) del numeral 109.2 del artículo 109 del Reglamento.
- v. El convenio específico y concreto para cada procedimiento de selección, según lo dispuesto en el literal e) del numeral 109.2 del artículo 109 del Reglamento.
- vi. La información de la convocatoria y los documentos del procedimiento de selección que realice el organismo internacional, el otorgamiento de la buena pro, valor estima-

do o referencial, de ser el caso, entre otras opciones habilitadas en el SEACE, en un plazo máximo de diez (10) días hábiles de otorgada la buena pro.

vii. El contrato y su ejecución conforme al literal X de la presente Directiva.

X. DEL REGISTRO DE LOS CONTRATOS

A. La entidad debe registrar los contratos y su ejecución en el SEACE para ello debe completar, entre otros, la siguiente información:

- a) Datos del contrato.
- b) Datos del contratista.
- c) Datos de garantías presentadas.
- d) Datos de la constitución de fideicomiso para la administración de adelantos.
- e) Adelantos.
- f) Adicionales.
- g) Reducciones.
- h) Resolución del contrato, cuando corresponda.
- i) Nulidad del contrato, cuando corresponda.
- j) Penalidades.
- k) Reajustes.
- l) Ampliaciones de plazo.
- ll) Intervención económica, cuando corresponda.
- m) Prórrogas, en caso de arrendamiento de inmuebles.
- n) Conformidad.
- o) Liquidación.
- p) Contratos complementarios, cuando corresponda.
- q) Constancia de Prestación.
- r) Datos de la controversia y nombres y apellidos completos del árbitro único o de los árbitros que conforman el tribunal arbitral y del secretario arbitral, así como de aquellos que eventualmente sustituyan a estos.

B. El registro del contrato y su ejecución en el SEACE culmina con el registro de la conformidad o liquidación consentida, según corresponda.

Es responsabilidad de la autoridad de la Entidad de que se trate, verificar que los actos que emita o suscriba luego de la suscripción del contrato y que supongan una modificación del monto o los términos del contrato se sujeten a la normativa de contrataciones del Estado.

C. La información registrada en el SEACE por las Entidades será transferida, en los casos que corresponda, al Sistema Integrado de Administración Financiera del Sector Público (SIAF-SP) para el trámite de los pagos respectivos.

D. En cuanto a los contratos derivados por compra corporativa, cada entidad integrante de dicha compra, debe registrar su respectivo contrato en el SEACE, considerando el monto y cantidad adjudicada correspondiente.

E. En caso de obras por ítem paquete, las Entidades suscriben un contrato por cada obra incluida en el paquete.

F. El OEC es responsable de verificar que se efectúe el registro en el SEACE de los contratos y, en su caso, las órdenes de compra o de servicio, así como la información referida a la ejecución en el plazo no mayor de diez (10) días hábiles siguientes a su perfeccionamiento; ocurrencia o aprobación, según corresponda, resultando aplicable las responsabilidades previstas en el artículo 9 y 47 de la Ley en caso de incumplimiento.

10.1. Del registro de laudos.

A. El Presidente del Tribunal Arbitral o Arbitro Único es responsable de efectuar el registro y publicación del laudo, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones en el SEACE, observando el plazo establecido en la Ley y su Reglamento, así como los lineamientos de los manuales de usuario publicados por el OSCE.

La información del laudo arbitral, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones que se registren en el SEACE, debe ser idéntica a la del original suscrito por el o los respectivos árbitros, bajo responsabilidad del árbitro único o del presidente del tribunal arbitral encargado de su registro.

B. Para efectuar el registro deberá solicitar a la unidad orgánica competente del OSCE el Certificado SEACE, así como verificar que la Entidad haya registrado la existencia de la controversia en la ficha del contrato de que se trate.

10.2. Del registro de la información prevista en el artículo 240 del Reglamento

A. Las resoluciones emitidas por sus respectivos órganos en el que se resuelven las recusaciones planteadas contra los árbitros y miembros de las Juntas de Resolución de Disputas.

B. Decisiones que ponen fin a los arbitrajes y decisiones emitidas por las Juntas de Resolución de Disputas.

C. Documentos en los que consten las decisiones o resoluciones que imponen sanciones a árbitros y miembros de las Juntas de Resolución de Disputas por infracción al Código de Ética de la Institución arbitral respectiva.

D. Relación trimestral de solicitudes del arbitraje ingresadas y procesos arbitrales en trámite y concluidos, con indicación de la materia, nombre de las partes, representantes legales, asesores o abogados, así como el de los árbitros y del secretario a cargo del caso.

E. Nómina de árbitros de la institución arbitral actualizada y la información de cada uno de los árbitros que integran dicha nómina.

F. Actas de instalación o el documento que haga sus veces.

XI. DEL REGISTRO DE INFORMACIÓN DE LAS CONTRATACIONES SUJETAS A SUPUESTOS

EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Las Entidades deberán registrar en el SEACE la información de las contrataciones previstas en los literales f) y j) del artículo 4 de la Ley, así como en los literales b), c), d), e), f) y g) del artículo 5 de la Ley en un plazo máximo de diez (10) días hábiles de haberse realizado la contratación o suscrito el convenio, según corresponda.

11.1. Del registro de las contrataciones previstas en el literal f) del artículo 4 de la Ley.

El registro en el SEACE de las contrataciones detalladas en dicho literal, debe realizarse completando los campos del Módulo del SEACE habilitado para tal fin, debiendo incluir, entre otros, la siguiente información:

- a) Enlace con el PAC, de ser el caso.
- b) Archivo del contrato.
- c) Información de la contraparte: Denominación de la organización internacional, Estado o entidad cooperante con la que se suscribe el contrato.
- d) Datos del procedimiento de contratación, tales como: Bases o documento análogo, cronograma del procedimiento, de corresponder, acta de adjudicación o documento análogo, contrato, denominación o razón social del proveedor contratado.

11.2. Del registro de las contrataciones previstas en el literal j) del artículo 4 de la Ley.

A. La información de las contrataciones con sujeción a los regímenes especiales de contratación que establezcan la obligatoriedad de su registro en el SEACE debe efectuarse en el Módulo del sistema habilitado para tal fin, observando los plazos establecidos en la norma que lo regule, así como las indicaciones que muestra el sistema.

B. El registro y publicación se efectuará completando los campos que muestre el SEACE referidos, entre otras, a las siguientes acciones:

- a) **Tipo de régimen legal:** Se indicará el dispositivo legal que corresponda a la contratación materia de registro, seleccionando la opción del listado que muestre el SEACE.
- b) **Documento que aprueba el expediente de contratación:** En aquellos casos que el procedimiento previsto en el régimen legal de contratación no contemple la aprobación de un expediente de contratación, la Entidad registra los datos del documento a través del cual el funcionario competente autorizó la contratación o algún otro documento del cual se desprenda dicha autorización.
- c) **Bases o documento análogo de la contratación:** En caso que el procedimiento previsto en el régimen legal de contratación no contemple la elaboración de Bases, la Entidad registra el documento análogo que contenga las reglas de la contratación o, en su defecto, las especificaciones técnicas o términos de referencia de la contratación.
- d) **Enlace al PAC,** de ser el caso.
- e) **Datos Generales del procedimiento:** Se completa en esta sección los datos del procedimiento, como es la nomenclatura del procedimiento, objeto y descripción de la contratación.
- f) **Valor o monto referencial del procedimiento:** En caso que el procedimiento previsto en el régimen legal de contratación no prevea la determinación de un valor referencial, se registra el valor que se haya proyectado para la contratación.
- g) **Cronograma:** En esta sección se registra la fecha de convocatoria o invitación a los proveedores para participar en el procedimiento, según corresponda; la fecha prevista para que los proveedores realicen sus ofertas o presenten sus ofertas, según corresponda; y la fecha prevista para la comunicación de los resultados del procedimiento al proveedor seleccionado o a los proveedores que participaron, según corresponda.
- h) **Las fechas referidas a la presentación de ofertas así como el otorgamiento de la Buena Pro** debe ser registrada en todos los casos, con independencia de la denominación que reciban dichas actividades en el marco de sus procedimientos legales de contratación.
- i) **Relación de ítems,** cuando corresponda.
- j) **Registro de participantes:** En caso que el procedimiento previsto en el régimen legal de contratación no prevea la inscripción de participantes previa a la presentación de ofertas,

la Entidad deberá registrar la información correspondiente a los proveedores que presentaron sus ofertas al procedimiento, según corresponda.

k) **Absolución de consultas y/u observaciones:** Esta sección será completada únicamente si es que el procedimiento previsto en el régimen legal de contratación lo prevé.

l) **Registro de Oferta:** Con independencia de la denominación que reciba esta etapa en el marco del procedimiento especial que se registra, la entidad registrará en este rubro la información correspondiente a los proveedores que presentaron sus ofertas al procedimiento, según corresponda.

m) **Cuadro comparativo de ofertas presentadas y Acta de Buena Pro y/o resultados del procedimiento:** En aquellos casos que el procedimiento de selección no contemple la elaboración de un cuadro comparativo y/o un acta de buena pro, la Entidad deberá registrar en ambos campos el documento en el cual se comunica el resultado del procedimiento al proveedor seleccionado o a los proveedores que participaron, según corresponda.

n) **Datos del Comité:** En caso que el procedimiento previsto en el régimen legal de contratación no prevea la existencia de un Comité, la Entidad deberá registrar la información correspondiente al encargado de conducir el procedimiento.

o) **Datos y documento del contrato y del contratista.**

p) **Declaración de desierto,** cuando corresponda.

q) **Rectificación,** cuando corresponda.

r) **Postergación,** cuando corresponda.

C. Las Entidades sujetas a regímenes legales de contratación que se creen con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente Directiva y que por disposición legal estén obligadas a registrar información en el SEACE deberán observar, además de lo indicado en el numeral precedente, lo siguiente:

a) Efectuar las coordinaciones necesarias con el OSCE, a fin que se habilite en el sistema las opciones y funcionalidades necesarias para el registro de dicha información en el SEACE sujetándose a lo dispuesto en el numeral 25.3 del artículo 25º del Reglamento.

b) Acudir a las reuniones de coordinación que el OSCE convoque así como proporcionar la información solicitada durante el procedimiento de análisis e implementación de funcionalidades en el SEACE.

11.3. Del registro de las Contrataciones previstas en el literal a) del artículo 5 de la Ley.

A. La Entidad debe registrar y publicar en el SEACE la información de sus contrataciones cuyos montos sean de una (1) a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), que hubieran realizado durante el mes, contando para ello con un plazo máximo de diez (10) días hábiles del mes siguiente.

B. Tal registro se realiza de acuerdo a lo establecido en el punto XII de la presente Directiva.

11.4. Del registro de las contrataciones previstas en el literal b) del artículo 5 de la Ley.

El registro en el SEACE de las contrataciones de servicios públicos, siempre que no exista la posibilidad de contratar con más de un proveedor, debe realizarse de acuerdo a lo señalado en el punto XII de la presente Directiva.

11.5. Del registro de las contrataciones previstas en el literal c) del artículo 5 de la Ley.

El registro en el SEACE de los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga a lo que hace referencia dicho literal, debe realizarse completando los campos del Módulo del SEACE habilitado para tal fin, debiendo incluir, entre otros, la siguiente información:

- a) Archivo del Convenio.
- b) Información de la contraparte: Denominación de la Entidad u Organismo con la que se suscribe el convenio.
- c) Estructura de costos, en los casos en que el convenio involucre algún tipo de desembolso dinerario.
- d) Informe técnico e informe legal que sustente que la contratación corresponde a un supuesto excluido del ámbito de aplicación de la Ley.

11.6. Del registro de las contrataciones previstas en el literal d) del artículo 5 de la Ley

El registro en el SEACE de las contrataciones realizadas conforme a dicho literal, deberá realizarse completando los campos del Módulo del SEACE habilitado para tal fin, debiendo incluir, entre otros, la siguiente información:

- a) Enlace con el PAC, de ser el caso.
- b) Convenio o documento que contenga las condiciones de la donación y en el cual se aprecie las obligaciones de las partes.
- c) Información de la contraparte: Denominación del organismo, Estado o Entidad Cooperante, monto que se compromete a donar.
- d) Datos del procedimiento de contratación, tales como: Bases o documento análogo, cronograma del procedimiento, de corresponder, acta de adjudicación o documento análogo, contrato, denominación o razón social del proveedor contratado.

11.7. Del registro de las contrataciones previstas en el literal e) del artículo 5 de la Ley

El registro en el SEACE conforme a lo señalado en dicho literal, deberá realizarse completando los campos del Módulo del SEACE habilitado para tal fin, debiendo incluir, entre otros, la siguiente información:

- a) Enlace con el PAC, de ser el caso.
- b) Archivo del contrato.
- c) Información de la contraparte: Estado con el que se suscribe el contrato.
- d) Informe técnico e informe legal que sustente que la contratación corresponde a un supuesto excluido del ámbito de aplicación de la Ley.

11.8. Del registro de las contrataciones previstas en el literal f) del artículo 5 de la Ley y la Vigésima Disposición Complementaria Final de la Ley

El registro en el SEACE de las contrataciones realizadas conforme a este literal, deberá realizarse completando los campos del Módulo del SEACE habilitado para tal fin, debiendo incluir, entre otros, la siguiente información:

- a) Enlace con el PAC, de ser el caso.
- b) Informe técnico e informe legal que sustente que la contratación corresponde a un supuesto excluido del ámbito de aplicación de la Ley.
- c) Cronograma de la contratación, de ser el caso.

- d) Valor estimado o referencial, de ser el caso.
- e) Documento que contenga las condiciones de la contratación (plazo, lugar de entrega, transferencia de conocimientos, prestaciones accesorias, entre otros).
- f) Archivo del contrato suscrito.
- g) Información del proveedor contratado: nombre, denominación o razón social y país de procedencia.

XII. REGISTRO DE ÓRDENES DE COMPRA U ÓRDENES DE SERVICIO.

A. La Entidad registra y publica en el SEACE todas las órdenes de compra u órdenes de servicio emitidas durante el mes, inclusive aquellas que fueron anuladas, debiendo respetar el número correlativo establecido por cada Entidad. Para ello, contará con un plazo máximo de diez (10) días hábiles del mes siguiente.

B. El registro de la información en el SEACE se efectúa en el Módulo del SEACE habilitado para tal efecto, completando, entre otros, la siguiente información:

- a) Datos de la Entidad.
- b) Datos de la certificación de crédito presupuestario y/o la previsión de recursos.
- c) Datos de la orden de compra u orden de servicio.
- d) Datos de la contratación.
- e) Informe sustentatorio de la elección del bien o servicio, y del proveedor con quien se perfeccione el contrato, incluyendo el cuadro comparativo, en caso que la orden de compra (O/C) u orden de servicio (O/S) derive de una contratación a través del Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco.

f) Datos del contratista.

C. La información que se registra en el SEACE debe ser idéntica a aquella que se tiene en la orden de compra u orden de servicio emitida, bajo responsabilidad del funcionario encargado de tal registro, debiendo informar a la fecha de su registro el estado en que se encuentra dicha contratación.

Los usuarios - funcionarios que registren información en el SEACE, referida a las órdenes de compra o de servicio, que difieran de los documentos aprobados y suscritos asumirán la responsabilidad que les asiste, de acuerdo a la normativa aplicable.

D. La información que se registre de las órdenes de compra u órdenes de servicio debe contener el monto total de la contratación efectuada, independientemente de si agrupa diferentes ítems.

E. El registro a que se refiere el presente numeral no exime del cumplimiento de la obligatoriedad de las Entidades de registrar y publicar la información prevista en los numerales (referidos al registro de contratos), (supuestos de inaplicación) y (regímenes legales de contratación) de la Directiva, en los módulos del SEACE habilitados para ello.

XIII. PROCEDIMIENTO POR OMISIÓN DEL REGISTRO DE INFORMACIÓN EN EL SEACE

13.1. La unidad orgánica competente del OSCE efectúa revisiones de oficio sobre el incumplimiento del registro de información en el SEACE por parte de las Entidades. Para tal efecto de manera periódica se publicará a través del portal web del OSCE y SEACE un Comunicado con el listado de entidades que estén incumpliendo con tal disposición, así como el reporte de la información omitida y el plazo máximo a ser subsanadas.

13.2. En caso se advierta, una vez transcurrido el plazo otorgado para la subsanación, que la entidad no haya cumplido con el registro de la información requerida, el OSCE pondrá el caso en conocimiento del Titular de la Entidad para que se adopten las medidas correctivas, y al órgano del Sistema Nacional de Control para las acciones que correspondan.

13.3 El Titular de la Entidad y/o órgano del Sistema Nacional de Control tiene la obligación de remitir todos los actuados al OSCE, señalando el nombre del responsable de la omisión y la sanción impuesta. El OSCE al tomar conocimiento de dos (02) sanciones impuestas en el año a un mismo responsable, procederá a desactivar el Certificado SEACE por el periodo de un año, luego de ello deberá tramitarse su activación, de corresponder, de acuerdo a la directiva que emita el OSCE para dicho efecto.

XIV. DISPOSICIÓN TRANSITORIA

14.1 Mediante Comunicado el OSCE pondrá en conocimiento la oportunidad en que será obligatorio:

14.1.1 El registro del informe al que hace referencia el numeral 65.2 del artículo 65 del Reglamento, el registro de la constancia de prestación así como de la información detallada en el numeral 10.2 de la Directiva.

14.1.2 Realizar la presentación de ofertas, apertura de ofertas y otorgamiento de la buena pro de forma electrónica en la Adjudicación Simplificada para la contratación de consultoría de obras y ejecución de obras, así como la presentación de expresiones de interés de modo electrónico en la Selección de Consultores Individuales.

En tanto no se verifique lo indicado en el párrafo precedente, las Entidades deben aplicar las reglas contenidas en los documentos del procedimiento de selección estándar incluidos en la Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD [D-001].

14.1.3 Realizar de manera electrónica la elevación al OSCE de los cuestionamientos al pliego de absoluciones de consultas y observaciones así como a las Bases integradas.

En tanto no se verifique lo indicado en el párrafo precedente, las Entidades deben aplicar las reglas contenidas en la Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD.

14.2 Mediante Comunicado el OSCE pondrá en conocimiento la oportunidad en que se podrá utilizar a través del SEACE:

14.2.1 El mecanismo de difusión del requerimiento al que hace referencia la Vigésimosegunda Disposición Complementaria Final del Reglamento.

14.2.2 La Licitación Pública - Diseño y Construcción que no cuente con Estudio Básico de Ingeniería.

14.2.3 El procedimiento de selección para los servicios a los que hace referencia la Decimosegunda Disposición Complementaria Final del Reglamento.

D-008**DIRECTIVA N.º 007-2016-OSCE/CD
CATÁLOGO ÚNICO DE BIENES, SERVICIOS Y OBRAS (CUBSO)**

(Aprobada por la Resolución N.º 014-2016-OSCE/PRE [EP, 09-01-2016])

I. FINALIDAD

Contar con información confiable, ordenada y uniforme de los bienes, servicios, obras y consultoría de obras susceptibles de ser requeridos por las Entidades.

II. OBJETO

Definir los procedimientos para la creación, modificación, reubicación e inactivación de los códigos CUBSO, así como para la revisión del uso adecuado del CUBSO por parte de las Entidades.

III. ALCANCE

La presente directiva es de cumplimiento obligatorio para las Entidades que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme al artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado.

IV. BASE LEGAL

- Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N.º 30225.
- Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Ley N.º 27444.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.
- Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

En la presente directiva se utilizarán las siguientes referencias:

- **CUBSO:** Catálogo Único de Bienes, Servicios y Obras.
- **OEC:** Órgano Encargado de las Contrataciones de la Entidad.
- **OSCE:** Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- **PAC:** Plan Anual de Contrataciones.

- **SEACE:** Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado

VI. DEFINICIONES

- **Catálogo Único de Bienes, Servicios y Obras (CUBSO):** Es una herramienta de uso obligatorio, basada en un estándar de categorización internacional, en la que sistemáticamente se clasifican e identifican mediante una codificación a los bienes, servicios en general, consultorías y obras susceptibles a ser requeridas por las Entidades, permitiendo disponer de información homogénea y ordenada para la contratación pública. Cuenta con cinco (5) niveles: Segmento, Familia, Clase, Commodity e ítem.
- **Certificado SEACE:** Mecanismo de identificación y seguridad conformado por un código de usuario y una contraseña, que es otorgado por el OSCE a solicitud de una Entidad, proveedor, árbitro u otro usuario autorizado y que permite acceder e interactuar con el SEACE.
- **Código CUBSO o Ítem CUBSO:** Representación numérica conformada por 16 dígitos que identifica al bien, servicio en general, consultoría y obra, basado en un estándar de categorización internacional.
- **Códigos de Clasificación:** Corresponde a los cuatro (4) primeros niveles del CUBSO (segmento, familia, clase y *commodity*) y consta de 8 dígitos. Tienen una clasificación jerárquica establecida por el sistema de clasificación estándar de las Naciones Unidas (UNSPSC).
- **Módulo CUBSO:** Módulo del SEACE al cual acceden las Entidades utilizando el certificado SEACE para consultar sobre los Código CUBSO existentes, así como solicitar la creación, modificación, reubicación e inactivación de Códigos CUBSO.

VII. DISPOSICIONES GENERALES

7.1. Las Entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado deben usar el CUBSO para la programación de las contrataciones en el PAC y la convocatoria de los procedimientos de selección en el SEACE. Asimismo, los proveedores deben usar dicho catálogo para la inscripción y renovación de inscripción en el RNP.

7.2. El OEC o el miembro del Comité de Selección que efectúe el registro de las contrataciones en el PAC y/o la convocatoria de los procedimientos de selección en el SEACE, según corresponda, es responsable de seleccionar el Código CUBSO cuyo título coincida o, en su defecto, guarde mayor relación con el bien, servicio en general, consultoría u obra a contratar.

En caso se considere que no existe un código idóneo o se advierta alguna inconsistencia en los códigos CUBSO, el OEC o el miembro del Comité de Selección debe solicitar a través del módulo CUBSO la creación de un nuevo código o la modificación, reubicación o inactivación de los códigos que sean necesarios, siguiendo el procedimiento previsto en la presente Directiva y el manual de gestión de solicitudes publicado en el portal del SEACE.

7.3. El OSCE efectúa acciones de revisión aleatoria del uso adecuado del CUBSO por parte de las Entidades. De advertir su uso inadecuado, notificará a las Entidades para que se adopten las medidas que correspondan, según el procedimiento previsto en la presente Directiva.

7.4. La Dirección del SEACE actualiza el CUBSO en el SEACE de manera permanente, ya sea por la publicación de una nueva versión de los códigos de clasificación, o bien por la

creación, modificación, reubicación e inactivación de los códigos CUBSO, a solicitud de Entidades, unidades orgánicas del OSCE o de oficio.

Asimismo, la Dirección del SEACE publica trimestralmente el archivo consolidado y actualizado del CUBSO, el cual puede ser descargado a través del portal web del SEACE.

VIII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

8.1. Procedimiento para la creación, modificación, reubicación e inactivación de los códigos CUBSO a solicitud de las Entidades

- a) En caso se considere que no existe un código idóneo o se advierta alguna inconsistencia en los códigos CUBSO, el OEC o el miembro del Comité de Selección, según corresponda, debe solicitar a través del Módulo CUBSO, la creación, modificación, reubicación e inactivación de los códigos CUBSO, empleando para tal efecto el certificado SEACE.
- b) Las solicitudes remitidas para la creación y modificación de códigos CUBSO no podrán estar referidas a la incorporación de marcas o nombres comerciales ni descripción que oriente la adquisición o contratación de marca, fabricante o tipo de producto específico.
- c) Una vez remitida la solicitud, la Dirección del SEACE realiza la evaluación respectiva y notifica a la Entidad sobre el resultado de la evaluación, actualizando el CUBSO en caso la solicitud resulte procedente.

La Dirección del SEACE puede requerir mayor información o formular observaciones a la solicitud, notificando a la Entidad para que, en un plazo máximo de dos (2) días hábiles, contado a partir del día hábil siguiente de notificado el requerimiento, absuelva las observaciones o remita la información respectiva. En caso la Entidad no absuelva o remita la información requerida dentro de dicho plazo, la solicitud será rechazada.

Cuando la complejidad, envergadura o naturaleza de la solicitud lo amerite, el OSCE puede solicitar información u opinión a otras Entidades, Organismos Especializados, peritos o instituciones privadas.

- d) Las unidades orgánicas del OSCE deben seguir el procedimiento señalado en el presente numeral cuando requieran solicitar la creación, modificación, reubicación e inactivación de los códigos CUBSO.
- e) La Entidad o unidad orgánica del OSCE es responsable de realizar el seguimiento de su solicitud, así como de absolver las observaciones o remitir la información que solicite la Dirección del SEACE en el marco del presente procedimiento.

8.2. Procedimiento para la revisión del uso adecuado del CUBSO por parte de las Entidades

- a) La Dirección del SEACE efectúa revisiones de oficio de manera aleatoria sobre el uso adecuado del código CUBSO por parte de las Entidades. Para tales efectos, en las contrataciones programadas en el PAC se verificará que la descripción de cada ítem de los procedimientos registrados corresponda al código CUBSO seleccionado. En el caso de las convocatorias de procedimientos de selección registradas en el SEACE, se verificará que la descripción de cada ítem del procedimiento corresponda al código CUBSO seleccionado, así como a las especificaciones técnicas y/o términos de referencia detallados en las Bases.

En caso que durante dicha verificación, la Dirección del SEACE advierta que el archivo publicado no corresponda a las Bases del proceso, se informará a la Dirección de línea del OSCE para que se adopten las acciones que se estime pertinente.

b) En caso se advierta que el título del código CUBSO seleccionado no coincide o, en su defecto, no guarde relación con el bien, servicio en general, consultoría u obra a contratar, la Dirección del SEACE notificará a la Entidad para que, en un plazo máximo de tres (3) días hábiles de notificada la observación, se efectúen las correcciones pertinentes.

Si la Entidad no cumple con efectuar la corrección respectiva dentro del plazo otorgado, el OSCE informará dicha situación al Titular de la Entidad y al Órgano de Control Institucional, a fin que se adopten las acciones que ameriten para el cumplimiento de lo solicitado.

c) La Entidad es responsable de adoptar las medidas correctivas que la Dirección del SEACE requiera en el marco del presente procedimiento.

IX. DISPOSICIÓN FINAL

9.1. La presente directiva entrará en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de la Resolución que la aprueba en el Diario Oficial "El Peruano".

Jesús María, enero de 2016

V. RESUMEN EJECUTIVO

D-009

DIRECTIVA N.º 004-2019-OSCE/CD

DISPOSICIONES SOBRE EL CONTENIDO DEL RESUMEN EJECUTIVO DE LAS ACTUACIONES PREPARATORIAS

(Aprobada por la Resolución N.º 016-2019-OSCE/PRE [EP, 29-01-2019])

I. FINALIDAD

Orientar a las Entidades en la elaboración del resumen ejecutivo de las actuaciones preparatorias de sus contrataciones.

II. OBJETO

Establecer el contenido del resumen ejecutivo de las actuaciones preparatorias y la obligatoriedad de la utilización de los formatos de "Resumen Ejecutivo de las actuaciones preparatorias" para los procedimientos de selección que se convoquen para la contratación de bienes y servicios.

III. ALCANCE

La presente directiva es de cumplimiento obligatorio para las Entidades que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme al artículo 3 de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

IV. BASE LEGAL

- Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, modificada por el Decreto Legislativo N.º 1444.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF.

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

En la presente directiva se utilizarán las siguientes referencias:

- **Directiva:** La presente directiva.

- **Entidades:** Entidades bajo el alcance del ámbito de aplicación del numeral 3.1. del artículo 3 de la Ley.
- **Ley:** Ley de Contrataciones del Estado.
- **OEC:** Órgano encargado de las contrataciones.
- **OSCE:** Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- **Reglamento:** Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- **Resumen Ejecutivo:** Resumen ejecutivo de las actuaciones preparatorias.

VI. DISPOSICIONES GENERALES

6.1. El Resumen Ejecutivo es una síntesis estructurada de las actuaciones preparatorias del procedimiento de selección, el cual debe ser publicado conjuntamente con la convocatoria del procedimiento de selección para los siguientes objetos: bienes, servicios en general, consultoría en general y consultoría de obras.

6.2. El OEC es el responsable de elaborar, en forma previa a la aprobación del expediente de contratación, el Resumen Ejecutivo, el que debe contener la totalidad de la información que contempla la Directiva y los formatos que forman parte de ella.

6.3. El Titular de la Entidad o el funcionario a quien se le haya delegado la facultad de aprobación del expediente de contratación, deberá verificar en forma previa, que el Resumen Ejecutivo haya sido elaborado conforme a lo dispuesto en la presente Directiva y los formatos que forman parte de ella.

6.4. El OSCE supervisará de manera selectiva y/o aleatoria el cumplimiento de lo señalado en la Directiva. Para tal efecto, se considera que la información contenida en el Resumen Ejecutivo tiene carácter de declaración jurada y corresponde estrictamente al contenido del expediente de contratación, en observancia del principio de veracidad, bajo responsabilidad del OEC de la Entidad.

VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

El Resumen Ejecutivo debe contener información referida a los siguientes aspectos, conforme a lo requerido en los formatos detallados en el numeral VIII de la Directiva:

7.1. BIENES

- a) Datos generales de la contratación.
- b) Información del requerimiento y sus modificaciones.
- c) Información relevante sobre las indagaciones en el mercado referida a la existencia de la pluralidad de proveedores y marcas que cumplen a cabalidad con el requerimiento; la posibilidad de distribuir la buena pro; así como información que pueda utilizarse para los factores de evaluación u otros aspectos que tengan incidencia en la eficiencia de la contratación.

7.2. SERVICIOS EN GENERAL, CONSULTORÍA EN GENERAL Y CONSULTORÍA DE OBRAS

- a) Datos generales de la contratación.
- b) Información del requerimiento y sus modificaciones.
- c) En caso de consultoría de obras, información del valor referencial. Se debe anexar el presupuesto de consultoría de obras al formato de resumen ejecutivo.

d) Información relevante sobre las indagaciones en el mercado referida a la existencia de la pluralidad de proveedores que cumplen a cabalidad con el requerimiento; la posibilidad de distribuir la buena pro; así como información que pueda utilizarse para los factores de evaluación u otros aspectos que tengan incidencia en la eficiencia de la contratación.

VIII. FORMATOS

Los siguientes formatos que forman parte de la Directiva son de uso obligatorio por parte de las Entidades:

1. Resumen Ejecutivo de las Actuaciones Preparatorias para bienes.
2. Resumen Ejecutivo de las Actuaciones Preparatorias para servicios.

VI. REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES

D-010

DIRECTIVA N.º 016-2016-OSCE/CD

PROCEDIMIENTO PARA LA INSCRIPCIÓN, RENOVACIÓN DE INSCRIPCIÓN, AUMENTO DE CAPACIDAD MÁXIMA DE CONTRATACIÓN, AMPLIACIÓN DE ESPECIALIDAD Y CATEGORÍAS E INSCRIPCIÓN DE SUBCONTRATOS DE EJECUTORES Y CONSULTORES DE OBRA EN EL REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES (RNP)

(Aprobada por la Resolución N.º 023-2016-OSCE/PRE [EP, 11-01-2016])

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

§ 2231. **Diferencia entre especialidades y categorías. No constituye infracción que un postor y/o contratista suscriba un contrato sin contar con la “categoría” correspondiente, ya que tal sanción sólo aplica a quienes suscriban un contrato sin contar con la especialidad autorizada por el RNP. Las conductas expresamente descritas como sancionables no admiten interpretación extensiva o analógica.** 11. [...] [D]ebemos indicar que conforme se ha señalado previamente, y de conformidad con la Directiva N.º 016-2016-OSCE/CD [D-010], aprobada por la Resolución N.º 023-2016-OSCE/PRE, debe distinguirse los conceptos de “especialidad” y “categoría”. Así, las “Especialidades” habilitan a los postores a participar en los procedimientos de selección, mientras que las “Categorías” son los niveles que un consultor de obras logra obtener de acuerdo a su experiencia y, delimitan la participación de los postores en dichos procedimientos de selección, en virtud del monto objeto de la convocatoria. En este contexto conviene recordar que la infracción imputada, indica que los postores y/o contratistas, incurrir en sanción cuando: “Se registren como participantes, presenten propuestas o suscriban contrato o Acuerdos Marco sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) o suscriban contrato por montos mayores a su capacidad libre de contratación, o en **especialidades distintas a las autorizadas por el RNP**”. Nótese que, en dicho texto normativo, el legislador no ha considerado como materia de infracción, que los postores y/o contratistas que no cuenten con la “Categoría” correspondiente, deban ser sancionados; siendo que solo ha establecido que resulta sancionable solamente la suscripción del contrato sin contar con la especialidad autorizada por el RNP. 12. Adicionalmente a ello, debemos indicar que el numeral 4 del artículo 246 del TUO de la Ley N.º 444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N.º 006-2017-JUS, en adelante la LPAG, consagra el *principio de tipicidad* conforme al cual las conductas expresamente descritas como sancionables no pueden admitir interpretación extensiva o analógica.

I. FINALIDAD

Establecer los lineamientos respecto a los procedimientos y plazos para la inscripción, renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad y categorías e inscripción de subcontrato de ejecutores y consultores de obras en el Registro Nacional de Proveedores, en adelante RNP.

II. OBJETO

Implementar los mecanismos administrativos necesarios a fin de regular los procedimientos realizados por los ejecutores y consultores de obras establecidos en los artículos 233 al 246 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.

III. ALCANCE

La presente Directiva es de aplicación obligatoria para ejecutores y consultores de obras nacionales, extranjeros domiciliados (sucursal) y extranjeros no domiciliados (matriz) con apoderado o representante legal, interesados en contratar con el Estado en la ejecución y consultoría de obras públicas.

IV. BASE LEGAL

- Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N.º 30225.
- Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada mediante Ley N.º 27444.
- Ley General de Sociedades, aprobada mediante Ley N.º 26887.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha establecido que, el principio de legalidad, constituye una garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos, consagrado en el literal d) del numeral 24 del artículo 2 de nuestra Constitución Política, que en el caso específico del derecho administrativo sancionador, constituye un principio básico, el cual exige que las conductas prohibitivas solamente se establezcan por ley, debiendo se evitarse tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones. (Resolución N.º 1598-2017-TCE-S3, de 25-07-2017, ff. 11 y 12. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2PYv8SA>).

NOTA: Según la anterior normativa de contrataciones con el Estado, sólo constituía infracción el suscribir un contrato en especialidades distintas a las autorizadas por el RNP, más no cuando se tratase de una “categoría diferente”. La normativa actual contempla ambos supuestos para evidenciar una infracción [art. 50 de la Ley].

OPINIONES DEL OSCE

§ 2232. En un procedimiento de renovación de inscripción de ejecutores de obra, los proveedores, incluidas las personas jurídicas extranjeras, deben observar lo dispuesto en el Reglamento, el TUPA del OSCE y la Directiva. CONSULTA: 2.1. *“¿Ante un procedimiento de renovación de Ejecutores de obras públicas para persona jurídica extranjera, teniendo en cuenta que no existe un criterio uniforme entre lo dispuesto por el Reglamento de la Ley de Contrataciones, la Directiva y el TUPA del OSCE, a cuál o cuáles de los ellos deberíamos acogernos?”* 2.1.1. [...] Al respecto, es preciso anotar que el Texto Único de Procedimientos Administrativos -TUPA del OSCE **no** forma parte de la normativa de contrataciones del Estado, sino que constituye un documento de gestión que contiene toda la información relativa a los requisitos y procedimientos administrativos que el público usuario debe tener en cuenta para solicitar algún trámite ante el OSCE. [...]. 2.1.2. Sobre el particular, debe mencionarse que el artículo 46 de la Ley establece que el Registro Nacional de Proveedores (RNP) es el sistema de información oficial

- Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, aprobada mediante Decreto Ley N.º 21621.
- Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, aprobada mediante Decreto Legislativo N.º 757.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.
- Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- Texto Único de Procedimientos Administrativos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

- **Ley:** Ley de Contrataciones del Estado.
- **LGS:** Ley General de Sociedades.
- **OSCE:** Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- **Página web del OSCE, sección RNP:** <http://portal.osce.gob.pe/rnp/>
- **Proveedor:** Ejecutor y/o consultor de obras.
- **Reglamento:** Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

único de la Administración Pública, que tiene por objeto registrar y mantener actualizada durante su permanencia en el registro, la información general y relevante de los proveedores interesados en participar en las contrataciones que realiza el Estado. En ese contexto, el tercer párrafo del citado artículo dispone que para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista del Estado se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores; precisando que *“Únicamente en el Reglamento de la presente Ley se establecen la organización, funciones y los requisitos para el acceso, permanencia y retiro del registro”*. (El subrayado es agregado). [...] **2.1.4.** [...] [Tal] como lo dispone el artículo 238 del Reglamento [cfr. art. 9 del Nuevo Reglamento], todas las personas que deseen participar en procedimientos de selección y contratar con las Entidades, incluidas las personas jurídicas extranjeras, deben inscribirse como proveedores en el Registro Nacional de Proveedores; *para lo cual deberán cumplir lo establecido en el Reglamento, el TUPA del OSCE y la Directiva correspondiente*. Así, el numeral 238.9 del artículo 238 del Reglamento [cfr. numeral 2 del Anexo de Procedimientos del Nuevo Reglamento] dispone que los procedimientos de inscripción para los ejecutores de obra y consultores de obra- son de evaluación previa, en virtud de los cuales, los proveedores -incluidas las personas jurídicas extranjeras- deben cumplir los siguientes requisitos: **i) Capacidad legal; ii) Solvencia Económica; y, iii) Capacidad técnica**. En concordancia con lo dispuesto en el Reglamento, la Directiva N.º 016-2016-OSCE/CD **[D-010]** (en adelante, la “Directiva”) contiene los lineamientos respecto de los procedimientos para la inscripción y renovación de inscripción de ejecutores de obra -entre otros procedimientos que se realizan- en el Registro Nacional de Proveedores; estableciendo que los proveedores -entre ellos, las personas jurídicas extranjeras- serán evaluados conforme a los siguientes aspectos: i) Evaluación legal, que consiste en la evaluación de la capacidad legal del proveedor para contratar con el Estado; ii) Evaluación contable, consistente en la evaluación de la solvencia económica del ejecutor de obra; y, iii) Evaluación técnica, la cual consiste en la evaluación de la capacidad técnica del proveedor; aspectos que, como se observa, están comprendidos en los requisitos que establece el Reglamento para acceder a dicho registro. De lo expuesto, se puede observar que los procedimientos para la inscripción y renovación de inscripción de ejecutores de obra en el



- **RENIEC:** Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.
- **RNP:** Registro Nacional de Proveedores.
- **RUC:** Registro Único de Contribuyentes.
- **SBS:** Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.
- **SUNARP:** Superintendencia Nacional de Registros Públicos.
- **SUNAT:** Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria.
- **TUPA:** Texto Único de Procedimientos Administrativos del OSCE.

VI. DISPOSICIONES GENERALES

6.1. CONSIDERACIONES PREVIAS APLICABLES A LOS EJECUTORES Y CONSULTORES DE OBRAS

- a) El proveedor, persona natural o jurídica, nacional o extranjero, de acuerdo a las actividades que realiza, puede inscribirse en el RNP como ejecutor de obras y/o como consultor de obras, según corresponda.
- b) En el caso de persona jurídica nacional, debe figurar inscrita en Registros Públicos, haber sido constituida con fines de lucro al amparo de la Ley General de Sociedades y normas complementarias, o como empresas individuales de responsabilidad limitada, y cumplir con los requisitos establecidos en el TUPA.
- c) En los casos de persona jurídica, extranjera no domiciliada (matriz) y extranjera domiciliada (sucursal), deben haber sido constituidas con fines de lucro, conforme a la

Registro Nacional de Proveedores, *contemplan el cumplimiento de los requisitos que establece el Reglamento para el acceso a dicho registro*; en razón de lo cual, en el marco de un procedimiento de renovación de inscripción de ejecutores de obra, los proveedores -incluidas las personas jurídicas extranjeras- deben observar lo dispuesto en el Reglamento, el TUPA del OSCE y la Directiva, entendiéndose que el alcance de estos dos últimos dispositivos es concordante con lo dispuesto en el Reglamento. (Opinión N.º 078-2018/DTN, de 06-06-2018, ff. 2.1, 2.1.1. 2.1.2 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2KDiL9f>).

§ 2233. Cuando la Directiva N.º 016-2016-OSCE/CD emplea el término “obra pública” en la acreditación de experiencia para la determinación de la capacidad máxima de contratación, se está refiriendo a aquellas obras públicas desarrolladas en el marco de la normativa de contrataciones del Estado. CONSULTA: 2.1. “¿Cuál es el concepto de obra pública que la Directiva N.º 16-2016-OSCE/CD, utiliza para la acreditación de experiencia en el caso de la solicitud para aumento de capacidad máxima, sea a través de contratos o subcontratos?” [...] 2.2. “¿Si a fin de poder acreditar dicha experiencia ante el Registro Nacional de Proveedores (RNP), resulta factible la presentación de subcontratos de obras públicas a nivel nacional, sin importar que estos se hayan celebrado bajo el marco de la normativa de Contrataciones con el Estado o bajo normativa que regula la Promoción de la Inversión Privada?” [...] 3. CONCLUSIONES. 3.1. Cuando la Directiva N.º 016-2016-OSCE/CD [D-010] vigente emplea el término “obra pública” en la acreditación de experiencia para la determinación de la capacidad máxima de contratación, así como el trámite para su aumento, ya sea a través de contratos y subcontratos, se está refiriendo a aquellas obras públicas desarrolladas en el marco de la normativa de contrataciones del Estado. 3.2. En el marco de la Directiva N.º 016-2016-OSCE/CD vigente, a fin de acreditar experiencia en el RNP como ejecutor de obra es factible la presentación de subcontratos de obras públicas, siempre que estos se hayan celebrado bajo el marco de la normativa de contrataciones del Estado. (Opinión N.º 247-2017/DTN, de 28-11-2017, ff. 2.1, 2.2, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Cj10i4>).

ley de su lugar de origen y cumplir con los requisitos establecidos en el TUPA. Adicionalmente, la persona jurídica domiciliada (sucursal), debe estar inscrita en Registros Públicos del Perú.

- d) Los procedimientos de inscripción, renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad y categorías e inscripción de subcontrato como ejecutor de obras y consultor de Obras, se califican como procedimientos de evaluación previa.
- e) El proveedor podrá efectuar el pago de la tasa correspondiente en cualquiera de las entidades bancarias autorizadas, cuya relación se encuentra publicada en la página web del OSCE, sección RNP. El representante legal (apoderado) del proveedor no domiciliado (matriz), debe efectuar el pago de la tasa únicamente en la Sede Central del OSCE.
- f) Los requisitos para los procedimientos de inscripción, renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad y categorías e inscripción de subcontrato, están establecidos en el TUPA del OSCE, debiendo ser presentados en la Sede Central o en cualquiera de las Oficinas Desconcentradas del OSCE, en forma personal o mediante correo postal.
- g) En los procedimientos seguidos ante el RNP se considera el domicilio del proveedor nacional o extranjero domiciliado (sucursal) que declaró en la SUNAT y del proveedor extranjero no domiciliado (matriz) el declarado en el formulario electrónico del RNP. Adicionalmente los proveedores extranjeros deben indicar en el formulario oficial el domicilio en el Perú del representante legal o apoderado, para efecto de notificación.

§ 2234. Los proveedores extranjeros no domiciliados que no cuenten con representante legal o apoderado en el Perú pueden participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado la provisión de bienes sofisticados y/o servicios especializados, siempre que se encuentran inscritos en el Registro Nacional de Proveedores de acuerdo al procedimiento establecido en la Directiva N.º 015-2016-OSCE/CD. CONSULTA: 2.1. *“Con respecto a los Proveedores Extranjeros, ¿Deben encontrarse inscritos en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) los Proveedores Extranjeros No Domiciliados sin representante legal ni apoderado, que deseen ser Participantes, Postores y/o Contratistas en los Procedimientos de Selección, en marco de la Normativa de Contrataciones?”*. [...] Al respecto, debe señalarse que, de conformidad con el artículo 46 de la Ley, para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP). En ese mismo sentido, el artículo 238 del Reglamento [cfr. arts. 9 y 11 del Nuevo Reglamento] señala que las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que deseen participar en procedimientos de selección y/o contratar con el Estado la provisión de bienes, servicios, consultoría de obras y ejecución de obras, ya sea de manera individual o en consorcio, deben encontrarse inscritas en el Registro Nacional de Proveedores; para lo cual, deberán contar con: i) capacidad legal, ii) solvencia económica, y iii) capacidad técnica. Asimismo, el mencionado artículo establece un listado de supuestos bajo los cuales se acredita la capacidad legal, precisando en su numeral 5 lo siguiente: “Las personas jurídicas extranjeras no domiciliadas en el Perú para la provisión de bienes y servicios deben haber sido constituidas de conformidad con la ley de su lugar de origen, y cumplir con los requisitos establecidos en el presente Reglamento y las normas conexas.” Así, la normativa de contrataciones del Estado permite a las personas jurídicas extranjeras no domiciliadas en el Perú, inscribirse en el capítulo de proveedores de bienes y/o servicios del RNP, siempre que estas acrediten contar -entre otras condiciones- con capacidad legal, para lo cual, deben encontrarse constituidas conforme al ordenamiento jurídico de su lugar de origen y cumplir con los demás requisitos previstos en el Reglamento y las normas que emita el OSCE para tales efectos. Precizando lo anterior, debe señalarse que la Directiva N.º 015-2016-OSCE/CD



- h) Las personas naturales que requieran inscribirse como consultor de obras, deben tener alguna de las profesiones establecidas en el cuadro N.º 1 del numeral 7.1.3.5. de las disposiciones específicas. Asimismo, los ejecutores de obras deben tener alguna de las profesiones listadas en dicho cuadro.
- i) Para interactuar en el sistema del RNP, el proveedor debe contar con certificado SEA-CE, el cual comprende un usuario y clave.

6.2. NOTIFICACIONES

6.6.1. Las notificaciones de los procedimientos de inscripción y renovación de inscripción de consultores y ejecutores de obras, se remitirán a la bandeja de mensajes del proveedor, la cual se ubica en la pestaña "Operaciones en línea - con clave RNP" de la página web del OSCE, sección RNP. Para acceder a dicha bandeja de mensajes, el proveedor debe seguir las indicaciones que constan en los instrumentos de orientación publicados en la referida página web.

6.6.2. En el caso de los trámites de inscripción, renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad y categorías e inscripción de subcontrato como ejecutor y consultor de obras, respectivamente, vencido el plazo de treinta (30) días hábiles para la evaluación del trámite, se notificará en el plazo máximo de cinco (05) días hábiles el resultado a la bandeja de mensajes del proveedor, sujeto a lo dispuesto en la Primera Disposición Transitoria de la Directiva.

6.6.3. Las comunicaciones realizadas a través de la bandeja de mensajes del proveedor se entenderán notificadas el mismo día del envío a la bandeja de mensajes, siendo res-

[D-011], "Procedimiento para la inscripción y renovación de inscripción de proveedores de bienes y servicios en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)" (en adelante, la "Directiva"), establece las condiciones y requisitos que deben acreditar los proveedores extranjeros no domiciliados en el Perú, que deseen inscribirse o renovar su inscripción como proveedores de bienes y/o servicios en el RNP. En tal sentido, el numeral 7.3 de la misma Directiva precisa que las Entidades que requieran contratar bienes sofisticados y/o servicios especializados con proveedores extranjeros no domiciliados sin representante legal o apoderado en el Perú, podrán designar a un funcionario que se encargue de realizar las gestiones para la inscripción y/o renovación de inscripción de dichos proveedores en el capítulo de bienes y/o servicios del RNP; a efectos de que estos puedan participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado. Adicionalmente, cabe precisar que la Directiva N.º 016-2016-OSCE/CD [D-010], "Procedimiento y plazos para la inscripción, renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad e inscripción de subcontratos de ejecutores y consultores de obras en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)", no ha previsto procedimiento alguno mediante el cual los proveedores extranjeros no domiciliados sin representante legal o apoderado en el Perú, puedan registrarse en el capítulo de consultores y ejecutores de obras del RNP. En consecuencia, los proveedores extranjeros no domiciliados sin representante legal o apoderado en el Perú, podrán ser inscritos por un funcionario de la Entidad interesada, únicamente en el capítulo de proveedores de bienes y servicios del Registro Nacional de Proveedores, siguiendo el procedimiento establecido en el numeral 7.3 de la Directiva N.º 015-2016-OSCE/CD, a efectos de participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado. (Opinión N.º 103-2016/DTN, de 13-06-2016, f. 2.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Ltlu5X>).

ponsabilidad del proveedor el permanente seguimiento del trámite, sujeto a lo dispuesto en la Primera Disposición Transitoria de la Directiva.

6.3. PLAZOS DE LOS PROCEDIMIENTOS

6.3.1. El proveedor cuenta con los plazos siguientes:

- En el caso de inscripción y renovación de inscripción, para el acceso al formulario electrónico e ingreso de datos, treinta (30) días calendario contados a partir del día siguiente de realizado el pago de la tasa.
- En los procedimientos de inscripción, renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad y categorías e inscripción de subcontrato, para la presentación de documentos y/o requisitos exigidos por el TUPA del OSCE, treinta (30) días calendario contados a partir del día siguiente de realizado el pago de la tasa.
- En los procedimientos de inscripción, renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad y categorías e inscripción de subcontrato; la subsanación de las observaciones, deberá efectuarse dentro del plazo que no excederá los veinticinco (25) días hábiles siguientes de haberse presentado la solicitud, culminado dicho periodo el proveedor no podrá presentar mayor documentación.

6.3.2. El RNP tiene como plazo máximo para la resolución del trámite de inscripción, renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad y categorías e inscripción de subcontrato, treinta (30) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de presentados los documentos y/o requisitos exigidos por el TUPA del OSCE.

6.4. CONSTANCIA DE INSCRIPCIÓN EN EL RNP

Al día siguiente de aprobado el trámite de inscripción o renovación de inscripción, el proveedor podrá acceder en forma electrónica a través de la página web del OSCE, sección RNP, a su constancia de inscripción para ser participante, postor y contratista, a través de la opción "Imprimir Constancia de Inscripción en el RNP", la misma que tendrá una vigencia de un (1) año contado a partir del día siguiente de la aprobación del trámite.

La constancia de inscripción en el RNP, es el documento que acredita que el proveedor se encuentra inscrito en el RNP y contiene información del proveedor, su domicilio y el plazo de vigencia de la inscripción. En caso que el proveedor se encuentre inhabilitado para contratar con el Estado o suspendido por multa impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado, no podrá obtener esta constancia.

6.5. ESTADO DE LOS TRÁMITES

El proveedor puede consultar el estado del trámite de inscripción o renovación de inscripción a través de la página web del OSCE, sección RNP, que considera, entre otros, los siguientes estados:

a. Pago Caduco:

Cuando el proveedor no ha registrado información en el formulario, ni ha presentado los requisitos establecidos en el TUPA en la Sede Central o en cualquiera de las Oficinas Desconcentradas del OSCE, dentro del plazo de treinta (30) días calendario contado a partir del día siguiente de realizado el pago de la tasa.

b. Error en el procesamiento de datos:

Cuando el sistema detecta que el proveedor se encuentra con:

- Ruc no habido, no activo, no existente o no hallado. Esta situación se mantendrá hasta que regularice su estado, oportunidad en la que el proveedor debe iniciar un nuevo procedimiento.
- Nulidad de inscripción en el RNP por fiscalización posterior.
- Sanción vigente de inhabilitación para contratar con el Estado.
- Suspendido por multa impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

En estos casos, el proveedor puede solicitar la devolución de la tasa.

c. Error en el procesamiento de pago:

Cuando el sistema detecta las siguientes situaciones:

- Cuando el proveedor paga la tasa de un procedimiento distinto al que solicita.
- Cuando el RUC con el que se efectuó el pago corresponde a una Entidad.
- Cuando el proveedor paga la tasa de renovación antes de los sesenta (60) días calendario del término de su vigencia.
- Cuando se produce una duplicidad de pago.

En estos casos, el proveedor puede solicitar la devolución de la tasa.

d. Pendiente de envío de datos:

Cuando el proveedor ha efectuado el pago de la tasa y tiene habilitado el formulario electrónico para su llenado y envío de la información.

e. Formulario enviado:

Cuando el proveedor registró sus datos completos en el formulario electrónico y lo envió vía web.

f. Inscripción/renovación iniciada:

Cuando la solicitud y los requisitos exigidos en el TUPA del OSCE, son recibidos en la Sede Central o en cualquiera de las Oficinas Desconcentradas del OSCE, tomando en consideración que el plazo de evaluación se contabilizará a partir del día siguiente de su presentación.

g. Trámite observado:

Cuando el RNP ha efectuado la evaluación de la documentación presentada y advierte que los requisitos e información presentados por el proveedor se encuentran incompletos, inexactos y/o inconsistentes.

h. Trámite aprobado:

Cuando las evaluaciones de carácter legal, contable, técnico y legalizaciones, según corresponda, se encuentran conformes.

i. Trámite no aprobado:

Cuando el proveedor no subsana las observaciones advertidas a su trámite.

6.6. LIMITACIONES EN LOS PROCEDIMIENTOS SEGUIDOS POR LOS EJECUTORES Y CONSULTORES DE OBRAS EN EL RNP

6.6.1. No pueden iniciar el procedimiento de inscripción, renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación y ampliación de especialidad y categorías ante el RNP.

- Las personas naturales o jurídicas con sanción vigente de inhabilitación para contratar con el Estado o que tengan suspendido su derecho a participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y contratar con el Estado. Estos supuestos son validados durante todo el procedimiento.
- El proveedor cuya inscripción ha sido declarada nula por haber presentado documentación falsa o información inexacta al RNP, encontrándose impedido hasta que transcurra el plazo de dos (2) años de haber sido declarada nula la inscripción anterior como consecuencia de la acción de fiscalización posterior. Este plazo se contabiliza a partir de la fecha en que quedó administrativamente firme la resolución que declaró la nulidad. Esta disposición se aplicará a aquellos proveedores que mantengan la sanción impuesta antes de la entrada en vigencia de la presente Directiva.

Asimismo, el proveedor no podrá iniciar los procedimientos seguidos ante el RNP como ejecutor o consultor de obras, cuando se verifique un supuesto error en el procesamiento de datos o error en el procesamiento de pago, conforme a lo dispuesto en los literales b y c del numeral 6.5 de las Disposiciones Generales de la presente Directiva.

6.7. DE LA PRESUNCIÓN DE VERACIDAD Y FISCALIZACIÓN POSTERIOR:

La información que figura en el formulario oficial, así como toda la documentación presentada en el marco de los procedimientos seguidos en el RNP, tienen carácter de declaración jurada, sujetándose al principio de presunción de veracidad. En ese sentido, el proveedor, apoderado o representante legal, son responsables de la información y el contenido que se consigne en dicho formulario oficial, y de ser el caso, de los documentos presentados. Asimismo, son responsables de la utilización del usuario y clave RNP.

Los documentos e información pueden ser sometidos al procedimiento de fiscalización posterior, según lo establecido en el artículo 32 de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y en la Directiva aprobada por el OSCE sobre la materia.

Asimismo, en caso de comprobarse una falsa declaración relacionada a los literales a), y k) del artículo 11 de la Ley, así como lo previsto en los literales a) y c) del artículo 248 del Reglamento, el OSCE declara la nulidad del respectivo acto administrativo.

Igual consecuencia se aplica para los casos de falsa declaración relacionada a los literales f), g), h) e i) cuando estos estén vinculados al impedimento previsto en el literal a) del artículo 11 de la Ley.

VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

7.1. TIPOS DE EVALUACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INSCRIPCIÓN, RENOVACIÓN DE INSCRIPCIÓN, AUMENTO DE CAPACIDAD MÁXIMA DE CONTRATACIÓN, AMPLIACIÓN DE ESPECIALIDAD Y CATEGORÍAS E INSCRIPCIÓN DE SUBCONTRATO

El RNP hará uso de la información en línea de RENIEC, SUNARP, SUNAT, SBS, así como de la información proporcionada en los portales web institucionales de los Colegios Pro-

fesionales, según corresponda, a efectos de verificar la información declarada en el formulario; por lo que, el proveedor debe contar con información actualizada. Asimismo, en caso que el RNP advierta nueva información en el transcurso de la evaluación, será materia de observación.

Los proveedores de acuerdo al trámite que soliciten, deberán presentar la documentación establecida en el TUPA del OSCE, según corresponda; para el caso de los proveedores extranjeros, se requerirá que acrediten toda la información con documentación expedida por la entidad competente del país de origen; asimismo, se realizará la verificación de la vigencia del poder del representante legal a través del portal web de SUNARP, en caso que dicha información no pueda visualizarse, se requerirá la acreditación del mismo, con la presentación de la partida registral.

En los trámites de inscripción, renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad y categorías e inscripción de subcontrato, como consultores o ejecutores de obras, de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras (sucursal o matriz), se debe presentar los formularios oficiales con la firma en original del proveedor o representante legal, según corresponda.

Para la aprobación de la solicitud de aumento de capacidad máxima de contratación y ampliación de especialidad y categorías, el proveedor debe contar con inscripción vigente en el RNP.

Los proveedores, serán evaluados en los siguientes aspectos:

7.1.1. EVALUACIÓN LEGAL

Consiste en la evaluación de la capacidad legal del proveedor para contratar con el Estado en el marco de las disposiciones de la Ley, el Reglamento y el TUPA, así como, la verificación de la información declarada en el formulario respecto de su conformación jurídica, teniendo en cuenta lo siguiente:

7.1.1.1. Personas naturales:

i) **La persona natural nacional**, cuando no se visualice la profesión, fecha de incorporación y demás información en la página web de los colegios profesionales correspondientes, deben presentar la copia de las constancias de inscripción a los colegios profesionales pertinentes.

ii) **La persona natural extranjera**, debe figurar inscrita en los colegios profesionales de arquitectos y/o ingenieros del Perú. En caso, no se visualice la profesión, fecha de incorporación y demás información en la página web de los colegios profesionales correspondientes, debe presentar copia de la constancia de inscripción, según corresponda.

Adicionalmente, debe presentar constancia de inscripción mediante el cual acredite la profesión y fecha de inscripción al Colegio de Ingenieros o Colegio de Arquitectos o entidad similar en su país de origen, según corresponda.

Excepcionalmente, cuando el país de origen no cuente con colegio profesional o entidad similar, debe adjuntar el fundamento legal respectivo, en cuyo caso, acreditará con la copia del título profesional la fecha en que obtuvo la profesión.

La documentación debe cumplir con las formalidades establecidas en la primera disposición complementaria de la presente Directiva y conforme lo requiere el TUPA.

7.1.1.2. Personas jurídicas nacionales:

El RNP hará uso de la información en línea de la página web de SUNARP para efectos de la evaluación. Es necesario, que el proveedor cuente con información actualizada inscrita en Registros Públicos, respecto de los socios, participacionistas o titular, capital social suscrito y pagado, número de acciones o participaciones, valor nominal, objeto social, directorio u órgano de administración y representante legal.

El representante legal inscrito en SUNARP, debe contar con facultades de representación en procedimientos administrativos ante entidades públicas.

En caso de no encontrarse en la página web de SUNARP, la información declarada por el proveedor en los formularios oficiales, el RNP requerirá la presentación de la partida registral actualizada, con la que acredite la fecha de nombramiento de los órganos de administración, titular y representante; asimismo, la fecha de transferencia de participaciones o titularidad, según el caso.

Asimismo, tratándose de Sociedades Anónimas (S.A), Sociedades Anónimas Abiertas (S.A.A.) y Cerradas (S.A.C.), cuando no se pueda verificar la distribución accionaria y/o la fecha de ingreso de los accionistas en la documentación presentada por el proveedor, el RNP requerirá la presentación de las copias del libro de matrícula de acciones y su hoja donde conste la legalización notarial de la apertura del libro, a fin de acreditar dicha información, teniendo en cuenta que la transferencia de acciones que incluya el retiro o adición de socios, no debe afectar la pluralidad mínima establecida en el artículo 4 de la LGS.

En caso las acciones sean cotizadas en bolsa, para efectos de acreditar a los socios y la distribución de acciones, podrá presentar el certificado que emite el organismo pertinente (bolsa de valores) o documento suscrito por el órgano de administración con facultades para realizar dichas declaraciones.

El objeto social de la persona jurídica debe corresponder a ejecución de obras y/o consultoría de obras, según el caso, teniendo en cuenta las definiciones establecidas en el anexo único del Reglamento, y debe figurar inscrito en Registros Públicos.

7.1.1.3. Persona jurídica nacional como ejecutor de obras inscritas en el Registro de la Micro y Pequeña Empresa:

La persona jurídica nacional inscritas en el Registro de la Micro y Pequeña Empresa que desee inscribirse como ejecutor de obras, debe cumplir con los requisitos establecidos en el TUPA, considerándose la constancia de inscripción en el Registro de Micro y Pequeña Empresa (REMYPE) como el único documento para acreditar si cuenta o no con la condición de Micro o Pequeña Empresa.

7.1.1.4. Personas jurídicas extranjeras:

Las personas jurídicas extranjeras podrán inscribirse en el RNP como:

Domiciliada (Sucursal): Corresponderá aquella persona jurídica extranjera, que ha constituido una sucursal en el Perú, se encuentra inscrita ante SUNARP y cuenta con RUC activo otorgado por SUNAT (El RUC debe figurar como tipo de contribuyente: Sucursal o agencia de empresa extranjera).

No Domiciliada (Matriz): Corresponderá aquella persona jurídica extranjera, que no haya constituido sucursal en el Perú y solo cuente con apoderado inscrito ante SUNARP.

La persona jurídica extranjera (sucursal o matriz) debe acreditar la información de la matriz declarada en el formulario oficial (fecha de constitución, capital social suscrito y pagado, número de acciones o participaciones, valor nominal, objeto social, órgano de administración y representante legal), con copia del documento oficial emitido por autoridad registral similar a Registros Públicos del Perú (certificación registral) o autoridad competente en su país de origen.

El objeto social de la persona jurídica debe corresponder a la ejecución de obras y/o consultoría de obras, según el caso, teniendo en cuenta las definiciones establecidas en el anexo único del Reglamento, y debe figurar inscrito en Registros Públicos o entidad equivalente de su lugar de origen, debiendo acreditarlo con documento expedido por autoridad competente.

En caso que en dichos documentos no figure la distribución de acciones y/o la fecha de ingreso del socio o accionista, el proveedor debe presentar copia del documento similar al libro de matrícula de acciones y su hoja donde conste la legalización de la apertura del libro realizado por la autoridad respectiva en su país de origen; asimismo, puede presentar copia del testimonio o acta de la Junta General de Accionistas donde figure dicha información.

En caso las acciones sean cotizadas en bolsa, para efectos de acreditar a los socios y la distribución de acciones, podrá presentar el certificado que emite el organismo pertinente en su país de origen o documento suscrito por el directorio, consejo de administración u órgano similar de la empresa con facultades para realizar dichas declaraciones.

Excepcionalmente, cuando el país de origen no expida los instrumentos antes mencionados debe adjuntar el fundamento legal respectivo que sustente dicho impedimento, en cuyo caso podrá presentar documento suscrito por el órgano de administración que cuente con facultades para brindar dicha información.

La documentación presentada debe cumplir con las formalidades establecidas en la primera disposición complementaria de la presente Directiva y conforme lo requiere el TUPA.

7.1.1.5. El apoderado o representante legal del proveedor extranjero:

El apoderado o representante legal, debe contar con las facultades de representación en procedimientos administrativos ante entidades públicas, debidamente inscritas en los Registros Públicos, la misma que será verificada en el portal web de SUNARP. En caso no se pueda verificar dicha información, debe presentar copia simple del poder vigente inscrito en SUNARP.

7.1.1.6. Persona jurídica extranjera contemplada en el literal b) del artículo 243 del Reglamento, para los casos de inscripción o primera renovación como ejecutor de obras acreditando depósito efectivo:

La persona jurídica extranjera domiciliada (sucursal) o no domiciliada (matriz), proveniente de un país con el cual el Perú no tiene un tratado o compromiso internacional vigente que incluya disposiciones en materia de contrataciones públicas, que desee inscribirse como ejecutor de obras debe presentar:

i) Copia del documento (escritura pública, testimonio o acta) donde conste el acuerdo sobre el monto del depósito efectivo a efectuar en una cuenta abierta en una entidad del sistema financiero del Perú a nombre de la sucursal, en caso se trate de una persona jurídica extranjera domiciliada o, en el caso de una persona jurídica no domiciliada, a nombre del representante legal inscrito en SUNARP.

Dicho acuerdo debe haber sido aprobado por la Junta General de Accionistas u órgano análogo de la Sociedad, previamente a su depósito, de conformidad con los estatutos de la matriz o a las leyes del país en la que se constituyó, y podrá contener el monto equivalente en moneda nacional (nuevos soles) o, en su defecto, y de ser necesario el RNP efectuará la conversión para efectos de determinar el monto del depósito efectivo aprobado, utilizando el tipo de cambio a la fecha de suscripción del documento respectivo (escritura pública, testimonio o acta).

ii) Documento emitido y suscrito por funcionario de una entidad del sistema financiero nacional, donde conste el monto del depósito efectivo.

Para las personas jurídicas extranjeras domiciliadas, el depósito efectivo debe figurar a nombre de la sucursal y corresponder al capital asignado inscrito en los Registros Públicos; y, en el caso de personas jurídicas extranjeras no domiciliadas, dicho depósito debe estar a nombre del representante legal en el país.

Los requisitos mencionados en el presente numeral, además de los establecidos en el TUPA, serán presentados para los casos de inscripción y primera renovación con depósito efectivo.

7.1.1.7. Renovación de inscripción como ejecutor de obras o aumento de capacidad máxima de contratación con depósito efectivo acreditado en trámite anteriormente aprobado:

Cuando el proveedor solicite la renovación de inscripción como ejecutor de obras, respecto al depósito efectivo acreditado y aprobado durante la inscripción o primera renovación de inscripción como ejecutor de obras, deberá considerar lo siguiente:

- a) En caso no haya utilizado el depósito efectivo debe acreditar que el mismo se mantiene en el sistema financiero nacional, presentando documento emitido y suscrito por funcionario de una entidad del sistema financiero nacional, donde conste el monto del depósito efectivo.
- b) En caso que dicho depósito efectivo ha sido utilizado, debe presentar Formulario oficial establecido en el TUPA, con firma en original del representante legal y contador público colegiado, donde manifieste que el depósito efectivo ha sido utilizado en sus operaciones e inversiones en territorio nacional. Debiendo considerar lo establecido en el literal d) del numeral 7.1.2.7 de la presente Directiva, respecto a la documentación sustentatoria establecida en el TUPA.

7.1.1.8. En la renovación de inscripción o aumento de capacidad máxima de contratación, cuando el monto del depósito efectivo declarado sea mayor al originalmente acreditado, el proveedor debe acreditar el diferencial (monto excedente), presentando la documentación señalada en el numeral 7.1.1.6 de las Disposiciones Generales la presente Directiva.

7.1.1.9. En el transcurso de la evaluación, se procederá con la modificación de oficio de la información de los proveedores, siempre que la misma se encuentre debidamente acreditada, tanto en la etapa de evaluación, como durante la resolución de los recursos de reconsideración, siempre que no subsista alguna otra observación.

7.1.2. EVALUACIÓN CONTABLE

7.1.2.1. Generalidades

Consiste en la evaluación de la solvencia económica del ejecutor de obras (persona natural o jurídica, nacional o extranjera) y consultor de obras (persona jurídica, nacional o extranjera), haciendo uso del aplicativo de evaluación de los Ratios de Medición de Solvencia y para los casos que correspondan (nacionales), la calificación de la Central de

Riesgos de la SBS y AFP, según el Reporte de Posición del Cliente de la SBS. Para tal efecto, se tiene en consideración los siguientes lineamientos:

a) Evaluación según los Ratios de Medición de Solvencia

Se considera solvente al ejecutor de obras (persona natural o jurídica, nacional o extranjera) y consultor de obras (persona jurídica, nacional o extranjera) cuando producto de la aplicación de los ratios financieros, a través del aplicativo informático correspondiente, se obtenga el resultado de estado solvente.

Para determinar los ratios de medición se utilizarán los siguientes indicadores:

RATIO DE ENDEUDAMIENTO:	
R2	= Patrimonio / (Pasivo Corriente + Pasivo No Corriente)
RATIO DE LIQUIDEZ:	
R3	= Activo Corriente / Pasivo Corriente
RATIO DE SOLVENCIA:	
R8	= Patrimonio / Capital Social
RATIO DE MARGEN BRUTO:	
R9	= Utilidad Operativa / (Patrimonio + Pasivo No Corriente)

b) Calificación de la Central de Riesgos de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP

El Reglamento para la evaluación y clasificación del deudor y la exigencia de provisiones, aprobado mediante Resolución S.B.S. N.º 11356-2008 y sus modificatorias, establece que la clasificación crediticia del deudor está determinado por la capacidad de pago de este, que a su vez, está definida por su flujo de caja y el grado de cumplimiento de sus obligaciones.

Asimismo, clasifica al deudor de la cartera de créditos de acuerdo a las siguientes categorías:

- Normal (0)
- Con Problemas Potenciales (1)
- Deficiente (2)
- Dudoso (3)
- Pérdida (4)

En tal sentido, se considera estado "solvente" cuando el ejecutor de obras (persona natural o jurídica nacional) o consultor de obras (persona jurídica nacional) se encuentre calificado con la categoría "normal (0)", por las entidades del sistema financiero que reportan información a la central de riesgo de la SBS.

En todos los casos, los dos lineamientos mencionados serán aplicados simultáneamente para medir la solvencia económica; salvo, que se trate de proveedor extranjero, en cuyo caso se le aplicará únicamente los Ratios de Medición de Solvencia.

7.1.2.2. Procedimiento de evaluación de la solvencia económica en la inscripción y renovación de proveedores nacionales

- a) Para la inscripción y renovación de inscripción del ejecutor de obras (persona natural o jurídica, nacional) y consultor de obras (persona jurídica nacional), se efectuará la evaluación de la última Declaración Pago Anual del Impuesto a la Renta de Tercera Categoría -PDT declarada a la SUNAT, su respectiva constancia de presentación y el reporte "detalle de declaraciones y pagos" o reporte similar con el que se acredite el envío de dicha declaración (N.º orden) a la SUNAT; o en su defecto los estados financieros auditados del último ejercicio económico, de acuerdo a lo establecido en el TUPA del OSCE. La información financiera que se logre acreditar, será considerada para determinar la solvencia económica a través del aplicativo informático correspondiente, en cuyo caso, de obtenerse un resultado de empresa en estado insolvente, se deberán solicitar "Estados Financieros situacionales", de acuerdo al punto 7.1.2.3.
- b) Se verificará en el reporte de calificación de la central de riesgos de la SBS y AFP que el proveedor cuente con la calificación "Normal (0)", caso contrario, se procederá a solicitar "Estados Financieros situacionales", salvo ya se hubieran solicitado por la situación de insolvencia descrita en el punto anterior. Adicionalmente, deberán presentar documentación (7.1.2.7) que demuestre la mejora o regularización con respecto a la deuda reportada a la central de riesgos (Comprobante de pago, constancia de cuotas no vencidas, cronograma de refinanciamiento, constancia de no adeudos, etc.).
- c) Para los casos de inscripción, de personas jurídicas, que no cuenten con información reportada a la central de riesgos y tampoco se hubieran encontrado obligadas a presentar Estados Financieros para el cálculo de los ratios de solvencia, se considerará en estado solvente al haber acreditado el capital social en la evaluación legal respectiva.

7.1.2.3. Casos en los que procede la Presentación de los estados financieros situacionales para proveedores nacionales

Corresponde la presentación de estados financieros situacionales, en el formato establecido para dicho fin, en los siguientes casos:

- a) Cuando, como resultado de la aplicación de los Ratios de Medición de Solvencia, el proveedor resultara en estado insolvente, por no acreditar el ratio de endeudamiento y/o el ratio de liquidez corriente.
- b) Cuando de acuerdo a la calificación reportada por la Central de Riesgos de la SBS, el proveedor muestre una calificación "con problemas potenciales (1)", "deficiente (2)", "dudoso (3)" y/o de "pérdida (4)".
- c) Se muestra una situación que origine ser declarado insolvente de acuerdo a lo establecido en la Ley General de Sociedades (Ley N.º 26887) o en la Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (Decreto Ley N.º 21621), siguiendo los procedimientos establecidos en las respectivas normativas.
- d) Cuando en los casos de renovación de inscripción de ejecutores (persona natural y jurídica) y consultores de obras (persona jurídica), se acredite, mediante ficha RUC completa, no haberse encontrado obligado a presentar la última Declaración Pago Anual del Impuesto a la Renta de Tercera Categoría ante la SUNAT. En el campo de solvencia económica de la solicitud presentada (formulario electrónico), no corresponde consignar importe alguno (cero), salvo en los casos de personas naturales, que deberán consignar necesariamente el importe de la casilla "capital".



- e) Cuando producto de la evaluación, el ejecutor de obras, persona natural resulte en estado insolvente, deberán presentar estados financieros situacionales en el formulario establecido para tal efecto, con la finalidad de acreditar solvencia económica, debiendo presentar documentos adicionales que permitan acreditar la nueva situación financiera. Los documentos adicionales o registro contable que acredite el capital respectivo, deben contar con la firma en original de contador público colegiado.
- f) En el caso de trámites de inscripción o renovación de inscripción cuando no haya vencido aún el plazo para la presentación de la última Declaración Pago Anual del Impuesto a la Renta de Tercera Categoría ante la SUNAT (según cronograma de vencimiento) y el inicio de sus actividades se hubiese producido con una antigüedad mayor o igual a los seis (06) meses desde la fecha de presentación de la solicitud, o se hubiera acreditado no haberse encontrado obligado a presentar dicha declaración a la SUNAT.

7.1.2.4. Procedimiento de evaluación de la solvencia económica en la inscripción y renovación de proveedores extranjeros

Para el caso del proveedor extranjero, que solicite la inscripción o renovación de inscripción como ejecutor de obras (persona natural o jurídica) y/o consultor de obras (persona jurídica), se efectuará la evaluación de los estados financieros auditados del último ejercicio económico, considerando lo establecido en el TUPA del OSCE y de acuerdo a lo siguiente:

- a) Si como resultado de la aplicación de los Ratios de Medición de Solvencia el proveedor no lograra acreditar el ratio de **liquidez corriente**, deberá adjuntar un cronograma mensual de las amortizaciones, según las cuentas que conforman el **pasivo corriente** del Estado de Situación Financiera (Balance General) materia de evaluación durante el ejercicio siguiente, así como el saldo por amortizar, en caso no se haya cumplido aún con cancelar la totalidad de dicho pasivo, el mismo que deberá ser debidamente justificado.
- b) Si como resultado de la aplicación de los Ratios de Medición de Solvencia el proveedor no lograra acreditar el ratio de **endeudamiento**, deberá adjuntar un cronograma mensual de las amortizaciones, según las cuentas que conforman el **total pasivo (corriente y no corriente)** del Estado de Situación Financiera (Balance General) materia de evaluación durante el ejercicio siguiente, así como el saldo por amortizar de dichos pasivos.
- c) Dicho cronograma, para ambos casos debe ser presentado en original y encontrarse firmado o suscrita por el consejo de administración, directorio u órgano similar, o por funcionario que cuente con las facultades acreditadas para emitir este tipo de declaraciones.
- d) En caso de insolvencia patrimonial, originada por las pérdidas acumuladas que hayan disminuido su patrimonio neto, y a fin de restablecer su solvencia económica, se deberán presentar Estados Financieros situacionales (Balance General, Estado de Ganancias y Pérdidas y las notas contables respectivas), así como la documentación que acredite y sustente su nueva situación económica, con la finalidad de aplicar los ratios de medición de solvencia aprobados para tal efecto. Para el caso de persona natural ejecutor de obras extranjero, deberá presentar documentación adicional equivalente a la persona natural ejecutor de obras nacional.

- e) Para los casos de inscripción de proveedores extranjeros, que inician sus actividades en el periodo que solicitan su inscripción, deberán presentar documento equivalente a la Ficha RUC (Comprobante de Información Registrada) expedido por autoridad, institución o persona competente en su lugar de origen, que acredite la fecha de inicio de sus actividades económicas.

7.1.2.5. Situaciones frecuentes en la evaluación contable

- a) Cuando se haya validado la última Declaración Pago Anual del Impuesto a la Renta Tercera Categoría declarada a la SUNAT y existan diferencias entre los importes consignados en el campo referido a la solvencia económica del formulario electrónico (solicitud de inscripción/ renovación), se procederá a realizar la modificación de oficio en dicho campo, teniendo como sustento la declaración PDT-SUNAT presentada, salvo los importes correspondientes a las sumatorias de las casillas del activo y pasivo. Sin embargo, cuando se trate de una declaración que no cuente con importes en las cuentas del pasivo (cero) y se declare únicamente el capital y su respectiva contrapartida del activo, y sea posible determinar los importes correspondientes al Activo Corriente y No Corriente, también se procederá con la modificación de oficio, tanto en la etapa de evaluación, como durante la resolución de los recursos de reconsideración y apelación, siempre que no subsista alguna otra observación contable.
- b) Cuando se hayan validado los Estados Financieros Auditados y existan diferencias con los importes consignados en el campo referido a la solvencia económica del formulario electrónico (solicitud de inscripción/ renovación), se podrá realizar la modificación de oficio, teniendo como sustento los estados financieros auditados, salvo que no se cuente con alguno de los importes requeridos. Esta modificación será posible tanto en la etapa de evaluación, como durante la resolución de los recursos de reconsideración y apelación, siempre que no subsista alguna otra observación contable.
- c) En el caso que se consigne capital adicional, deberá acreditarse éste con la presentación de la copia simple del libro de actas de la junta de accionistas o la decisión del titular (en caso de una E.I.R.L), donde conste dicho acuerdo o decisión, respectivamente.
- d) En el caso que se consigne excedente de revaluación, deberá acreditarse este con la presentación de la copia simple del documento que sustenta el ajuste de la reevaluación, sólo si su inclusión permite alcanzar el ratio de solvencia patrimonial requerida.
- e) Los resultados acumulados que se consignent en el balance situacional deben concordar (igual o menor) con lo declarado en la última Declaración Pago Anual del Impuesto a la Renta Tercera Categoría materia de evaluación.
- f) En el caso de inscripción de persona natural como ejecutor de obras que no cuenten con la Declaración Pago Anual del Impuesto a la Renta de Tercera Categoría, por haber iniciado actividades en el ejercicio en que solicitan su inscripción, deben consignar en el campo referido a la solvencia económica, la información financiera registrada en el Balance de Apertura del Libro de Inventarios y Balances o el asiento del Libro Diario de Formato Simplificado 6 Libro Diario, según corresponda, debiendo consignar la fecha del registro respectivo. En este caso, se podrá realizar la modificación de oficio en el formulario electrónico, teniendo como sustento el libro contable presentado. Esta modificación será posible tanto en la etapa de evaluación, como



durante el procedimiento de resolución del recurso de reconsideración y siempre que no subsista alguna otra observación contable.

- g) En el caso de trámites de inscripción, que no cuenten con la Declaración Pago Anual del Impuesto a la Renta Tercera Categoría del último ejercicio económico y hubieran solicitado su inscripción en el primer trimestre del año y en consecuencia, no se encuentran aún obligados a la presentación de dicha declaración ante la SUNAT, según cronograma de vencimiento, se presentará la Declaración Pago Anual del Impuesto a la Renta Tercera Categoría correspondiente al ejercicio anterior.
- h) En el caso, de trámites de inscripción, que no se cuente con la Declaración Pago Anual del Impuesto a la Renta Tercera Categoría del último ejercicio económico, por haber iniciado actividades económicas en el ejercicio en el que solicita su inscripción y no se encuentren obligados a la presentación de la declaración ante la SUNAT, se procederá con la evaluación considerando únicamente el reporte de la central de riesgos de la SBS y AFP. La fecha de inicio de actividades económicas y/o fecha de afectación de tributos se acreditará con la respectiva ficha RUC (Comprobante de Información Registrada - CIR).
- i) Se procederá a realizar la modificación de oficio consignando cero en todas las casillas del campo de solvencia económica, en los casos de personas jurídicas nacionales, que hubieran acreditado no haberse encontrado obligadas a presentar la información financiera declarada ante SUNAT o Estados Financieros auditados; así mismo cuando se trate del capital acreditado del ejecutor persona natural y su respectiva contrapartida.

7.1.2.6. Procedimiento de evaluación de la solvencia económica en los trámites de aumento de capacidad máxima de contratación (nacionales y extranjeras)

Para el trámite de aumento de capacidad máxima de contratación se realizará la evaluación contable a la última Declaración Pago Anual del Impuesto a la Renta Tercera Categoría declarada a la SUNAT (último ejercicio gravable) conforme a lo previsto en los literales precedentes, considerando además que si posteriormente al cierre del último ejercicio económico se produce un aumento del capital, se deberá presentar estados financieros situacionales en el formulario oficial, mostrando el nuevo capital debidamente acreditado en la evaluación legal.

7.1.2.7. Información y documentos adicionales

- a) Se considerarán como documentos adicionales para los efectos de la evaluación contable: libros y registros contables, declaraciones y/o reportes de SUNAT, actas, testimonios, Comprobante de pago, cronograma de pagos y/o refinanciamiento, reporte de cancelación de deudas emitido por entidades del sistema financiero, cartas de no adeudos, comprobantes de pago, tarjetas de propiedad, copia literal emitida por la SUNARP, informes técnicos, informe de tasación, entre otros, los cuales serán necesarios según sea el caso, para acreditar la información financiera.
- b) Para los trámites de aumento de capacidad máxima de contratación, que se requiera la presentación de estados financieros situacionales, se podrán considerar, los que hubiera podido consignar en la solicitud de aumento (formulario oficial) y cuente con las respectivas firmas, del representante legal y contador Público colegiado.
- c) Cuando se trate de acreditar el nuevo capital de la persona natural, se deberá mostrar el detalle de las cuentas que conforman el activo (corriente y no corriente). Asimismo, cuando resulte necesario, se deberá presentar copia de los documentos o com-

probantes que son determinantes en la evaluación de solvencia, los cuales deberán mostrar de forma razonable el nombre (propietario), fecha de adquisición, valores, entre otros.

- d) Para los casos en los que corresponda presentar el Formato de información sobre operaciones financiadas con el depósito dinerario para sustento de gastos de operaciones e inversiones realizados en territorio nacional, se deberá presentar el flujo de efectivo respecto al Importe del Depósito Dinerario acreditado, adjuntando la copia simple de los diez (10) comprobantes de pago de mayor materialidad o importe, de acuerdo a los gastos en las actividades de inversión y actividades de operación que se muestren en dicho reporte. El flujo de efectivo deberá encontrarse debidamente firmado por el apoderado o representante legal y contador público colegiado.

7.1.3. EVALUACIÓN TÉCNICA

Consiste en la evaluación de la capacidad técnica del proveedor, para lo cual se tendrá en cuenta lo previsto por la Ley, su Reglamento y el TUPA del OSCE. En tal sentido, la evaluación implica la revisión y cumplimiento de lo establecido en la normativa para la acreditación de la experiencia, la asignación de la capacidad máxima de contratación y de especialidades y categorías, considerándose lo siguiente:

7.1.3.1. Capacidad Máxima de Contratación

La capacidad máxima de contratación se asignará al ejecutor de obras conforme a lo señalado en el artículo 243 del Reglamento, debiéndose considerar lo siguiente:

- a) En el caso de las personas jurídicas nacionales se verificará si cuenta con inscripción en el Registro Nacional de la Micro y Pequeña Empresa (REMYPE), con la presentación de la respectiva constancia.
- b) En el caso de las personas jurídicas extranjeras, se verificará si provienen de países con los cuales el Perú tiene vigente un tratado o compromiso internacional que incluya disposiciones en materia de contrataciones públicas.

Como consecuencia de lo señalado en los literales a) y b), en todos los trámites de inscripción, renovación o aumento de capacidad máxima de contratación, la capacidad máxima de contratación se determina de acuerdo con lo dispuesto en los literales a) o b) del artículo 243 del Reglamento, según corresponda.

- c) En el caso de los procedimientos que se encuentren dentro lo establecido en el literal a) del artículo 243 del Reglamento, la capacidad máxima de contratación se determina por la ponderación del capital, validado por la evaluación legal y contable, según corresponda, y de la experiencia en obras acreditadas, de acuerdo con la documentación exigida en el TUPA y la presente Directiva.
- d) En el caso de los procedimientos que se encuentren dentro lo establecido en el literal b) del artículo 243 del Reglamento, la capacidad máxima de contratación se determina por la ponderación del capital o depósito efectivo, validado por la evaluación legal y contable, y de la experiencia en obras acreditadas; de acuerdo con la documentación exigida en el TUPA del OSCE, y la presente Directiva, pudiéndose otorgar hasta veinte (20) veces el capital o depósito según el siguiente detalle:

$$\text{CMC} = 15 (C) + 2(S \text{ Obras})$$

Donde:

C: Capital o Depósito efectivo, el cual no puede ser inferior al 5% de su capacidad máxima de contratación

Entonces:

$C > 5\% \text{ CMC}$

$C > 5/100 \text{ CMC}$

$20C > \text{CMC}$

Por tanto, la capacidad máxima de contratación no podrá exceder, en ningún caso, a veinte (20) veces el capital o depósito acreditado.

7.1.3.2. DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD MÁXIMA DE CONTRATACIÓN EN INSCRIPCIÓN COMO EJECUTOR DE OBRAS

Para efectos de la determinación de la capacidad máxima de contratación se considerará el capital social suscrito y pagado e inscrito en Registros Públicos, o el capital contable, o el depósito efectivo, según sea el caso descrito en el artículo 243 (**Capacidad máxima de contratación**) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; acreditado durante los treinta (30) días hábiles que dura el procedimiento de inscripción, renovación de inscripción o aumento de capacidad máxima de contratación.

- a) **INSCRIPCIÓN DE EJECUTOR DE OBRAS SIN EXPERIENCIA:** Si el proveedor no acredita experiencia en su inscripción como ejecutor de obras, se le otorga una capacidad máxima de contratación equivalente a quince (15) veces su capital o depósito, hasta un máximo de S/. 500,000.00, según el siguiente detalle:

$$\text{CMC} = 15(C) + 2(S \text{ obras})$$

Donde:

C: Capital o Depósito,

S obras: CERO

Entonces $\text{CMC} = 15C$ (no mayor a S/. 500,000.00)

- b) **INSCRIPCIÓN DE EJECUTOR DE OBRAS CON EXPERIENCIA:** En el caso de los trámites de inscripción como ejecutor de obras que acrediten experiencia se procederá según lo descrito en los literales a, b y c del numeral 7.1.3.1 de las Disposiciones Específicas establecidas en la presente Directiva.

7.1.3.3 DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD MÁXIMA DE CONTRATACIÓN EN RENOVACIÓN DE INSCRIPCIÓN COMO EJECUTOR DE OBRAS:

a) Renovación de la capacidad máxima de contratación, sin recalcular:

Procederá cuando se cumplan todos los siguientes supuestos:

- i. El proveedor renueva su vigencia antes de haberse cumplido cinco (5) años del vencimiento de su última vigencia.
- ii. Se verifique que el capital o depósito con el cual obtuvo la capacidad máxima de contratación actual no ha disminuido o que habiendo disminuido, no afecta su Capacidad Máxima de Contratación. Considérese lo señalado en el segundo párrafo del literal c) del numeral 7.1.3.3 de las Disposiciones Específicas de la presente Directiva.
- iii. Ser persona natural, persona jurídica nacional que mantenga su condición de MYPE, o persona jurídica extranjera que provenga de un país con el cual el Estado Peruano tenga un tratado o compromiso internacional vigente que incluya disposiciones en materia de contrataciones públicas, o que se verifique que su capital o depósito no es inferior al 5% de la Capacidad Máxima de Contratación actual.

b) Renovación de la capacidad máxima de contratación, con recalcuro:

El RNP procederá a recalcular la Capacidad Máxima de Contratación al verificarse cualquiera de los siguientes supuestos:

- i. El proveedor solicita la renovación de inscripción después de haberse cumplido cinco (5) años del vencimiento de su última vigencia.
- ii. Se verifique que el nuevo capital o depósito es inferior al capital o depósito con el que obtuvo la capacidad máxima de contratación actual y que este afecta la Capacidad Máxima de Contratación. Considérese lo señalado en el segundo párrafo del literal c) del numeral 7.1.3.3 de las Disposiciones Específicas de la presente Directiva.
- iii. En este caso, el proveedor puede presentar documentación de obras culminadas dentro de los últimos cinco años para acreditar experiencia; considerando para tal efecto los requisitos establecidos en el trámite de aumento de capacidad máxima de contratación, de no hacerlo se le considerará como ejecutor sin experiencia, y su capacidad máxima será equivalente a 15 veces su capital, hasta un tope de S/. 500,000.00

c) Renovación de la capacidad máxima de contratación, con reajuste:

En el caso de las personas jurídicas bajo los alcances del literal b) del artículo 243 del Reglamento, el RNP reajustará su capacidad máxima de contratación siempre que el capital o depósito acreditado sea menor al cinco por ciento (5%) de su capacidad máxima de contratación actual, otorgándole como capacidad el monto equivalente a veinte (20) veces el capital o depósito acreditado.

La capacidad máxima de contratación del ejecutor de obras se verá afectada cuando el monto del nuevo capital o depósito, de ser el caso, al ser multiplicado por el factor de ponderación de la fórmula establecida en el artículo 243 del Reglamento, resulte inferior a la otorgada en su última vigencia, debiendo recalcular su capacidad máxima de contratación.

En el procedimiento de renovación de inscripción como ejecutor de obras, supuestos a); b); y c); debe tenerse en cuenta que en ningún caso se puede otorgar una Capacidad Máxima de Contratación mayor a la de su última vigencia.

7.1.3.4 DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD MÁXIMA DE CONTRATACIÓN PARA TRÁMITES DE AUMENTO

La Capacidad Máxima de Contratación que se obtenga como resultado del trámite de aumento, reemplazará a la Capacidad Máxima de Contratación anterior.

a) Aumento de capacidad máxima de contratación sin acreditar experiencia:

Cuando el ejecutor de obras cuente con una capacidad máxima de contratación inferior a S/. 500,000.00 el proveedor podrá realizar el trámite de Aumento de su Capacidad Máxima de Contratación mediante el incremento únicamente de su capital o depósito, procediéndose conforme a lo señalado en el literal a) del numeral 7.1.3.2 de las Disposiciones Específicas de la presente Directiva.

b) Aumento de capacidad máxima de contratación con experiencia:

En el caso de los trámites de Aumento de Capacidad Máxima de Contratación de ejecutores de obra que acrediten experiencia se procederá según lo descrito en las literales a), b) y c) del numeral 7.1.3.1 de las Disposiciones Específicas de la presente Directiva.



7.1.3.5. Especialidades y Categorías.

A las personas jurídicas que cumplan con lo establecido en el artículo 240 del reglamento, se le otorgarán todas las especialidades y a las personas naturales las especialidades que correspondan de acuerdo a su profesión o profesiones conforme figura en el cuadro N.º 1.

Cuadro N.º 1. Especialidades de los consultores de obra según su profesión

PROFESIONES DE LOS CONSULTORES PERSONAS NATURALES	1. OBRAS URBANAS, EDIFICACIONES	2. OBRAS VIALES, PUERTOS	3. OBRAS DE SANEAMIENTO	4. OBRAS ELECTRO-MEC., ENERGETICAS, TELECOMUNICACION	5. OBRAS DE REPRESAS, IRRIGACIONES
ARQUITECTOS	X				
ING. CIVILES	X	X	X		X
ING. SANITARIOS			X		
ING. AGRÓNOMOS					X
ING. AGRÍCOLAS					X
ING. ELECTROME-CÁNICOS				X	
ING. MECÁNICOS				X	
ING. MECÁNICOS ELECTRICOS				X	
ING. MECÁNICOS DE FLUIDOS			X	X	X
ING. ELÉCTRICOS				X	
ING. ELECTRÓNICO-S				X	
ING. MINEROS		X			
ING. PETROLEROS				X	
ING. DE ENERGÍA				X	

Teniendo en cuenta que la especialidad 4. Consultoría en obras electromecánicas, energéticas, telecomunicaciones y afines comprende tanto a las especialidades en OBRAS ENERGÉTICAS y OBRAS ELECTROMECHANICAS, que se otorgaba con el D.L. 1017, los consultores que cuenten con alguna de estas especialidades o ambas, renovarán con la especialidad 4. Consultoría en obras electromecánicas, energéticas, telecomunicaciones y afines, siguiendo el procedimiento descrito en el párrafo precedente.

7.1.3.5.1. Procedimiento para la obtención de categorías:

a) Obtención de categorías:

Categorías: Las categorías son los niveles que un consultor de obras logra obtener de acuerdo a su experiencia acreditada, y que están vinculadas a los montos de los valores referenciales de las consultorías de obras, lo cual le permite participar en los procedimientos de selección según su especialidad.

Para obtener las categorías de las especialidades, los consultores de obras deberán presentar los requisitos establecidos en el TUPA y la presente Directiva, según se indica en el cuadro N.º 2.

Cuadro N.º 2. Obtención de categorías para los consultores de obra

	CATEGORÍA A	CATEGORÍA B	CATEGORÍA C	CATEGORÍA D
Experiencia mínima a acreditar con el presupuesto de ejecución de obra determinado en el expediente técnico	NO REQUIERE ACREDITAR EXPERIENCIA	EL MONTO MÍNIMO QUE DEBE ALCANZAR CON UNO O DOS PRESUPUESTOS DE EJECUCIÓN DE OBRAS SERÁ DE S/. 400,000.00.	EL MONTO MÍNIMO QUE DEBE ALCANZAR CON UNO O DOS PRESUPUESTOS DE EJECUCIÓN DE OBRAS SERÁ DE S/. 4,000,000.00.	EL MONTO MÍNIMO QUE DEBE ALCANZAR CON UNO O DOS PRESUPUESTOS DE EJECUCIÓN DE OBRAS SERÁ DE S/. 20,000,000.00.

(i) Categoría A: Se le otorgará al consultor de obras que no acredite experiencia.

(ii) Categoría B: Se acreditará con un servicio de consultoría de obra cuyo monto del valor de ejecución de obra, determinado en el presupuesto del expediente técnico, no sea inferior a S/. 400,000.00; o con dos servicios de consultorías de obras cuyos montos de sus valores de ejecución de obra determinados en el presupuesto del expediente técnico, no sean inferiores a S/. 200,000.00.

(iii) Categoría C: Se acreditará con un servicio de consultoría de obra cuyo monto del valor de ejecución de obra, determinado en el presupuesto del expediente técnico, no sea inferior a S/ 4'000,000.00; o con dos servicios de consultorías de obras cuyos montos de sus valores de ejecución de obra determinados en el presupuesto del expediente técnico, no sean inferiores a S/. 2'000,000.00.

(iv) Categoría D: Se acreditará con un servicio de consultoría de obra cuyo monto del valor de ejecución de obra, determinado en el presupuesto del expediente técnico, no sea inferior a S/. 20'000,000.00; o con dos servicios de consultorías de obras cuyos montos de sus valores de ejecución de obra determinados en el presupuesto del expediente técnico, no sean inferiores a S/. 10'000,000.00.

Los trabajos de consultoría de obras que se presenten como experiencia no podrán tener más de 5 años de antigüedad, la misma que se medirá entre la fecha de culminación de la consultoría de obra hasta la fecha de presentación de la solicitud.

b) Aplicación de las categorías en las contrataciones de consultoría de obras:

Los consultores de obras podrán participar en los procedimientos de selección, según las categorías otorgadas por el RNP, y que se encuentran detalladas en el cuadro N.º 3.

Cuadro N.º 3. Categorías de los consultores de obra para participar en contrataciones

	CATEGORÍA A	CATEGORÍA B	CATEGORÍA C	CATEGORÍA D
Monto máximo del valor referencial de consultoría de obras hasta donde puede participar en los procedimientos de selección:	Hasta 8 UIT	Hasta el monto máximo de la Adjudicación Simplificada	Hasta el concurso público teniendo como límite el 10% del monto a partir del cual se puede convocar la Licitación Pública con Precalificación	Hasta el concurso público sin límites.

(i) Categoría A: Habilita al consultor de obras a participar en las contrataciones para consultoría de obras, según la especialidad hasta 8 UIT.

(ii) Categoría B: Habilita al consultor de obras a participar en las contrataciones de consultoría de obras, según la especialidad hasta la adjudicación simplificada.

(iii) Categoría C: Habilita al consultor de obras a participar en las contrataciones de consultoría de obras, según la especialidad hasta el 10% del monto a partir del cual se puede convocar la Licitación Pública con Precalificación.

(iv) Categoría D: Habilita al consultor de obras a participar en las contrataciones de consultoría de obras, según la especialidad, sin límites.

e) Procedimientos ante el RNP de los consultores de obras.

(i) Inscripción sin experiencia:

A las personas naturales que no acrediten experiencia se les asignará la especialidad que corresponda a su profesión, según el cuadro N.º 1, pero únicamente en la categoría A, la cual les faculta a realizar consultorías de obras hasta 8 UIT.

A las personas jurídicas que se inscriban en el Registro Nacional de Proveedores y que no acrediten experiencia se les otorgará todas las especialidades en la categoría A, la cual les faculta a realizar consultorías de obras hasta 8 UIT.

(ii) Inscripción con experiencia: Los consultores de obras podrán obtener categorías para cada especialidad, de acuerdo a lo descrito en los numerales 7.1.3.5 y 7.1.3.5.1.

(iii) Renovación de inscripción como consultor de obras: Los consultores de obras renovarán las mismas especialidades y categorías de su última vigencia, siempre que soliciten su renovación dentro de los últimos 5 años de vencida la vigencia; en caso excedan dicho plazo, las especialidades y categorías tendrán que ser revalidadas según el procedimiento descrito en los numerales 7.1.3.5 y 7.1.3.5.1.

(iv) Ampliación de especialidad y categoría: los consultores de obras persona natural, podrán ampliar especialidad o especialidades, sólo cuando acrediten una profesión diferente a la que acreditaron anteriormente, según el cuadro N.º 1. Los consultores de obras podrán ampliar la categoría otorgada, por especialidad según lo establecido en los numerales 7.1.3.5 y 7.1.3.5.1; para lo cual presentarán la documentación establecida en el TUPA.

(v) Categorización: según lo establecido en la duodécima disposición complementaria transitoria del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, los consultores de

obras que cuenten con vigencia serán categorizados automáticamente, otorgándosele las especialidades y categorías de la siguiente manera:

• **Al Consultor de obras - Persona jurídica:**

A los consultores de obras que cuenten con la especialidad 7 (obras menores) de acuerdo al artículo 268 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N.º 184-2008-EF, el RNP les otorga de oficio todas las especialidades contempladas en el artículo 239 del presente Reglamento en la categoría A.

A los consultores de obras que cuenten adicionalmente con las especialidades 1, 2, 3, 4, 5 y/o 6 según el artículo 268 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N.º 184-2008-EF, el RNP les otorga de oficio, y de manera provisional, la categoría D en las especialidades que les corresponda de acuerdo al artículo 239 del presente Reglamento. Posteriormente, en el primer procedimiento que realice, sea de ampliación de especialidad y/o categoría o de renovación de inscripción, se procederá a su validación con la finalidad de recategorizarlo; para cuyo efecto deberá acreditar su experiencia según lo establecido en el TUPA de OSCE.

• **Al Consultor de obras - Persona natural:**

A los consultores de obras que cuenten con la especialidad 7 (obras menores) de acuerdo al artículo 268 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N.º 184-2008-EF y modificatorias, el RNP les otorga de oficio las especialidades contempladas en el artículo 239 del presente Reglamento, de acuerdo a su profesión, en la categoría A.

A los consultores de obras que cuenten adicionalmente con las especialidades 1, 2, 3, 4, 5 y/o 6 previstas en el artículo 268 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N.º 184-2008-EF, el RNP les otorga de oficio y de manera provisional, la categoría D en la(s) especialidad(es) que les corresponda de acuerdo a su profesión, según el artículo 239 del presente Reglamento. Posteriormente, en el primer procedimiento que realice, sea de ampliación de especialidad y/o categoría o de renovación de inscripción, se procederá a su validación con la finalidad de recategorizarlo; para cuyo efecto deberá acreditar su experiencia según lo establecido en el TUPA de OSCE.

Para mejor entender verificar cuadro 04.

Cuadro N.º 4: Equivalencias de las especialidades según el Decreto Legislativo N.º 1017 a la Ley N.º 30225 y su aplicación en los procedimientos de selección.

ESPECIALIDADES 1017	ESPECIALIDADES 30225 CONTRATACION HASTA 8 UIT CATEGORIA A	EQUIVALENTE A ESPECIALIDAD 7	ESPECIALIDADES 1017		
		ADJUDICACION SIMPLIFICADA	CONCURSO PÚBLICO		
		CATEGORIA B	CATEGORIA C	CATEGORÍA D (*)	
1	1 EDIFICACIONES Y AFINES	Hasta 8 UIT	hasta Adjudicación Simplificada	Hasta 10% del monto a partir del cual se puede convocar la Licitación Pública con Precalificación	Sin límites

ESPECIALIDADES 1017	ESPECIALIDADES 30225		EQUIVALENTE A ESPECIALIDAD 7	ESPECIALIDADES 1017		
	CONTRATACION HASTA 8 UIT		ADJUDICACION SIMPLIFICADA	CONCURSO PÚBLICO		
	CATEGORIA A			CATEGORIA B	CATEGORIA C	CATEGORIA D (+)
2	2	VIALES PUERTOS Y AFINES	Hasta 8 UIT	Hasta Adjudicación Simplificada	Hasta 10% del monto a partir del cual se puede convocar la Licitación Pública con Precalificación	Sin límites
3	3	SANEAMIENTO Y AFINES	Hasta 8 UIT	hasta Adjudicación Simplificada	Hasta 10% del monto a partir del cual se puede convocar la Licitación Pública con Precalificación	Sin límites
4 y 5	4	ELECTROMECANICAS, ENERGETICAS, TELECOMUNICACIONES Y AFINES	Hasta 8 UIT	hasta Adjudicación Simplificada	Hasta 10% del monto a partir del cual se puede convocar la Licitación Pública con Precalificación	Sin límites
6	5	REPRESAS, IRRIGACIONES Y AFINES	Hasta 8 UIT	hasta Adjudicación Simplificada	Hasta 10% del monto a partir del cual se puede convocar la Licitación Pública con Precalificación	Sin límites

(+) Categoría que se otorgará de oficio al consultor de obra que cuenten adicionalmente con las especialidades 1, 2, 3, 4, 5 y/o 6 según el artículo 268 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 184-2008-EF. Asimismo la categoría D otorgada automáticamente, abarca a las categorías, A, B y C, y deberá ser válida en el primer procedimiento que presente dentro de la vigencia de la Ley N.º 30225, sea este de Renovación de inscripción o de Ampliación de especialidad y/o categorías; presentando la documentación establecida en el TUPA.

7.1.3.6. Situaciones previstas en la evaluación de la experiencia de los ejecutores de obras

- El acta de recepción de obra pública, documento exigido en los trámites establecidos en el TUPA del OSCE entre otros, será considerado para la acreditación de experiencia siempre que cumpla con las formalidades establecidas en el artículo 178 del Reglamento.
- Cuando se trate de obras bajo las modalidades de concurso oferta y llave en mano, sólo se considerará como experiencia para efectos de determinar la capacidad máxima de contratación, el monto de obra ejecutado, independientemente de la elaboración del expediente técnico y del costo del terreno. Así, únicamente se considerará el equipamiento, siempre que se refiera a componentes mecánicos y electromecánicos necesarios para el funcionamiento de la edificación y no del mobiliario.
- En la presentación de Obras Privadas, en caso se verifique en el Formulario Único de Edificación - FUE Licencia, resolución de licencia de construcción o licencia de obra, un profesional responsable distinto al que aparece en el Formulario Único de Edificación - FUE conformidad de obra y declaratoria de fábrica o inscripción en registros públicos de la declaratoria de fábrica, deberá acreditar el cambio realizado ante la

municipalidad correspondiente; asimismo el vínculo laboral a demostrar deberá ser del profesional responsable o de los profesionales responsables de ser el caso. (Ver Cuadro N.º 5)

Cuadro N.º 5: casos de Uso, para acreditar al Responsable de Obra, de una edificación

	FUE LICENCIA	FUE FABRICA
Caso 1	Responsable A	Responsable A
Caso 2	Responsable A	Responsable B
Caso 3	Responsable A	Constatador

Caso 1: En el caso de que el Responsable de obra **sea el mismo** que figura en el Formulario Único de Edificación - FUE Licencia, y en el Formulario Único de Edificación - FUE conformidad de obra y declaratoria de fábrica, solamente se solicitará el **vínculo laboral** del Responsable A, durante **todo el período** de ejecución de la obra.

Caso 2: En el caso de que en el Formulario Único de Edificación - FUE Licencia aparezca un Responsable A y en el Formulario Único de Edificación - FUE conformidad de obra y declaratoria de fábrica aparezca un Responsable B, se solicitará el vínculo laboral del Responsable B o vínculo laboral con los responsables A y B, según corresponda, durante el período de ejecución de la obra. Asimismo, se solicitará la copia de la solicitud de cambio del profesional, presentado formalmente ante el Municipio respectivo.

Caso 3: En el caso de que en el Formulario Único de Edificación - FUE Licencia aparezca un Responsable A y en el Formulario Único de Edificación - FUE conformidad de obra y declaratoria de fábrica aparezca un Constatador, se solicitará el **vínculo laboral** del profesional (Responsable A) que dirigió la obra con la empresa, durante **todo el período** de ejecución de la obra.

En caso que, el Responsable A, **haya sido sustituido** (desde **el inicio o durante** la ejecución de la obra); también se **solicitará la copia de la solicitud del cambio de profesional**, presentado formalmente ante el Municipio respectivo, asimismo deberá presentar el **vínculo laboral** del nuevo profesional durante el periodo que le correspondió dirigir la obra.

- d) Para que el subcontrato de ejecución de obra pública sea considerado para la determinación de la capacidad máxima de contratación, deberá encontrarse inscrito en el RNP, de acuerdo con el procedimiento establecido en el TUPA del OSCE.

7.1.3.7. Situaciones previstas en la evaluación de experiencia de los consultores de obras

- a) Para la acreditación de la experiencia en consorcio, en los contratos suscritos bajo la modalidad de concurso oferta o llave en mano, sólo se considerará aquella obtenida por el consultor de obras que haya tenido a su cargo la elaboración del expediente técnico de obra.
- b) Para acreditar experiencia en consultorías de obras, la documentación presentada deberá demostrar fehacientemente que se trata de la elaboración de un expediente técnico para ejecución de obras o una supervisión de obra. Caso contrario, el proveedor podrá presentar documentación adicional a la exigida en el TUPA del OSCE, emitida por entidad y/o la contratante, para acreditarla como tal.

- c) Para la ampliación de categoría el consultor de obra podrá utilizar la experiencia acreditada anteriormente ante el RNP, siempre que cuente con toda la documentación establecida en el TUPA del OSCE.
- d) Una misma consultoría de obra no podrá ser utilizada para obtener categorías dentro de dos o más especialidades; solo podrá ser considerada en la especialidad en la cual tenga mayor incidencia.

7.1.3.8. Situaciones que se presentan en la evaluación técnica

a) la experiencia obtenida por el proveedor como persona natural será considerada, a partir de la fecha de incorporación al colegio profesional correspondiente; y para las personas jurídicas desde la fecha de su constitución.

De acuerdo a lo previsto en el TUPA del OSCE, el cuadro demostrativo de ejecución y consultoría de obras es parte integrante del formulario electrónico en los trámites de inscripción y renovación de inscripción; asimismo, es parte integrante del formulario de solicitud en los trámites de ampliación de especialidad y/o categoría y aumento de capacidad máxima de contratación. En dicho cuadro el proveedor detallará la información de las obras o consultorías de obras que el proveedor desee acreditar como experiencia.

La información contenida en el cuadro demostrativo es descriptiva y referencial, dado que ésta será corroborada con la documentación presentada y exigida en el TUPA del OSCE. Asimismo, será verificada con la base de datos contenida en el módulo de récord de ejecución y consultoría de obras, y con el módulo de reporte de constancias de capacidad de libre contratación y de no estar inhabilitado para contratar con el Estado, según corresponda.

En el caso de no detallar las obras o consultoría de obras en el cuadro demostrativo correspondiente, estas no serán consideradas en la evaluación.

b) Para efectos de acreditar la experiencia ante el RNP, no se considerarán los siguientes supuestos:

- i. Los contratos o subcontratos que se constituyan con infracción a la Ley y/o su Reglamento.
- ii. Los subcontratos para la ejecución de obras públicas en el extranjero que no se encuentren debidamente autorizados por la entidad pública competente.
- iii. Los subcontratos de obras privadas a nivel nacional o extranjero.
- iv. Los contratos marco privados que se encuentren en ejecución.
- v. Los contratos suscritos cuyo objeto sólo es la ejecución de partidas, ya que éste trabajo será considerado como servicio.
- vi. Los trabajos realizados como supervisor/inspector municipal o como supervisor de una entidad financiera.
- vii. Cuando el ejecutor de obra contrate al supervisor.

7.1.4. PROCEDIMIENTOS PARA LOS EJECUTORES Y CONSULTORES DE OBRAS NACIONALES Y EXTRANJEROS DOMICILIADOS (SUCURSAL)

7.1.4.1. Trámite de inscripción

7.1.4.1.1. El proveedor deberá realizar el pago de la tasa cuyo monto se encuentra establecido en el TUPA del OSCE. Al momento de realizar el pago en la entidad bancaria au-

torizada, el proveedor que desee inscribirse como ejecutor y/o consultor de obras deberá indicar el número de RUC.

7.1.4.1.2. Estos datos estarán consignados en la constancia de pago o Comprobante que la entidad bancaria genere. Es responsabilidad del proveedor verificar que en la constancia de pago o Comprobante esté consignado correctamente el número de RUC y tipo de proveedor (ejecutor o consultor) elegido para inscribirse, antes de dar su conformidad a la operación.

7.1.4.1.3. Transcurridos dos (2) días hábiles de realizado el pago de la tasa, el proveedor podrá ingresar a la "Bandeja de Mensajes" que se encuentra en la opción "Operación en Línea - Con clave RNP" de la página web del RNP, a la que deberá acceder por única vez digitando su RUC y número de Comprobante o constancia de pago. Una vez validados los datos registrados, recibirá en su bandeja de mensajes la "Clave del RNP".

7.1.4.1.4. El proveedor deberá ingresar a "Trámites en Línea", ubicado en la opción "Operación en Línea - Con clave RNP" de la página web del RNP, digitando su número de RUC y su clave del RNP con la finalidad de acceder al formulario electrónico de "Solicitud de Inscripción/Renovación para Ejecutor o Consultor de Obras", en el cual deberá completar los datos solicitados y grabar la información registrada; luego deberá imprimir el formulario electrónico.

7.1.4.1.5. A partir del día siguiente de grabar en el sistema los datos del formulario electrónico, podrá presentarlo adjuntando los requisitos según el TUPA del OSCE, de forma presencial o mediante correo postal en la Sede Central o en las Oficinas Desconcentradas del OSCE.

7.1.4.1.6. Dentro del plazo de resolución del trámite, se enviará al proveedor una notificación electrónica a su bandeja de mensajes informándole sobre el resultado de la evaluación. Si el resultado de la evaluación es aprobado, finaliza el procedimiento.

Al día siguiente de la aprobación se genera la "Constancia de inscripción" con una vigencia de un (1) año. Dicha constancia puede ser obtenida digitando el número de RUC en la opción "Imprimir Constancia" de la página web del RNP.

7.1.4.1.7. Si producto de la evaluación se advierte que la información presentada está incompleta o es inexacta, el trámite de inscripción pasará al estado de observado, pudiendo el proveedor subsanar dentro del plazo máximo de veinticinco (25) días hábiles siguientes de presentada la solicitud. Esta situación será comunicada mediante una notificación electrónica a la bandeja de mensajes del proveedor, para que proceda conforme lo establecido en el numeral 7.3. "Subsanación de Observaciones", de las Disposiciones Específicas de la presente Directiva.

7.1.4.1.8. Si el proveedor no cumple con presentar la totalidad de la documentación exigida en el TUPA o efectuar las correcciones en los plazos antes señalados, no se considerará conforme el cumplimiento de los requisitos y, por consiguiente, su trámite se declarará no aprobado. El proveedor podrá presentar el recurso impugnativo correspondiente.

7.1.4.2. Trámite de renovación de inscripción

7.1.4.2.1. El proveedor nacional y extranjero domiciliado inscrito en el RNP, podrá iniciar su trámite de renovación de inscripción abonando la tasa correspondiente en los bancos autorizados, desde los sesenta (60) últimos días antes del vencimiento de la vigencia de su inscripción. De efectuarse el pago sin encontrarse en el plazo señalado, el sistema del RNP considerará el pago como "duplicidad", no siendo viable el inicio del trámite de renovación; en este caso, el proveedor podrá solicitar la devolución de la tasa respectiva.

7.1.4.2.2. Transcurridos dos (2) días hábiles de realizado el pago de la tasa correspondiente, el proveedor podrá ingresar a "Bandeja de Mensajes", opción "Operación en Línea - Con clave RNP" de la página web del RNP, y seguir el procedimiento para el trámite de inscripción indicado en el numeral 7.1.4.1. del presente acápite.

En caso que el trámite de renovación de inscripción se apruebe cuando aún se encuentre vigente el trámite anterior, la vigencia de la renovación se iniciará al día siguiente de haber vencido la vigencia del primero de ellos.

7.1.4.3. Trámites de aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad y categorías e inscripción de subcontrato:

7.1.4.3.1. El proveedor deberá efectuar el pago de la tasa en cualquiera de las entidades bancarias habilitadas para tal efecto.

7.1.4.3.2. El proveedor deberá descargar el formulario oficial vigente "Solicitud para Aumento de Capacidad/Ampliación de Especialidad y Categorías - Ejecutor o Consultor de Obras", el cual se encuentra publicado en la página web del RNP seleccionando la opción "Formularios RNP". Tratándose del trámite de inscripción de subcontratos, descargará el formulario "Solicitud para inscripción de subcontrato".

7.1.4.3.3. El proveedor deberá consignar toda la información solicitada en los formularios antes indicados, según corresponda. Luego los presentará con la firma en original del representante o apoderado, según el caso, en la Sede Central u Oficinas Desconcentradas del OSCE, con todos los requisitos exigidos en el TUPA, iniciándose el trámite al día siguiente de su presentación.

7.1.4.3.4. Dentro del plazo de resolución del trámite, se comunicará al proveedor sobre el resultado de la evaluación a través de su bandeja de mensajes; asimismo, se podrá verificar el resultado desde la página web del RNP "Consultas en Línea -Sin clave RNP", opción "Estado de Trámite - Ejecutores y Consultores".

Si el trámite es aprobado se finaliza el procedimiento y se actualizará la información en la "Constancia de Inscripción" figurando la nueva capacidad máxima de contratación o nuevas especialidades o categorías, según corresponda, y a la cual podrá acceder el proveedor a través de la página web del RNP, en la opción "Imprimir Constancia".

En el caso de inscripción de subcontrato, la constancia es expedida de forma física, realizándose su entrega de forma personal en la Sede Central u Oficinas Desconcentradas del OSCE.

7.1.4.3.5. Si luego de la evaluación realizada se advierte que la información presentada está incompleta o es inexacta, el trámite pasará al estado de observado, pudiendo el proveedor subsanar la observación dentro del plazo de veinticinco (25) días hábiles siguientes de presentada la solicitud.

En el caso de las observaciones a los trámites de aumento de capacidad máxima de contratación como ejecutor de obras, ampliación de especialidad y categorías como consultor de obras e inscripción de subcontrato, se podrán visualizar a través de la página web del RNP, ingresando el número de trámite respectivo.

7.1.4.3.6. Si el proveedor no cumple con presentar la totalidad de la documentación exigida en el TUPA o efectuar las correcciones en los plazos antes señalados, no se considerará conforme el cumplimiento de los requisitos y, por consiguiente, su trámite se declarará no aprobado. El proveedor podrá presentar el recurso impugnativo correspondiente.

7.2. PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN Y RENOVACIÓN DE EJECUTORES Y CONSULTORES DE OBRAS EXTRANJEROS NO DOMICILIADOS

7.2.1. Trámite de inscripción

7.2.1.1. El trámite puede ser realizado por un apoderado o representante legal, según sea el caso. Para tal efecto, deberá contar con poder vigente (con facultades suficientes para representarlo en procedimientos administrativos ante entidades públicas) debidamente inscrito en los Registros Públicos del Perú.

7.2.1.2. El apoderado o representante legal deberá efectuar el trámite de manera presencial, acercándose a la Sede Central del OSCE, donde será atendido por personal del RNP, quien luego de verificar la vigencia del poder dará su conformidad para que se realice el pago de la tasa correspondiente en la caja de la Sede Central del OSCE.

7.2.1.3. Transcurridos dos (2) días hábiles, el apoderado o representante legal se acercará a la Sede Central del OSCE, para que personal del RNP le entregue el "Código de extranjero no domiciliado" y la "Clave del RNP".

7.2.1.4. El apoderado o representante legal deberá ingresar a la opción "Trámites en Línea" ubicado en la página web del RNP "Operación en Línea - Con clave RNP", digitando su "Código de extranjero no domiciliado" y su clave del RNP con la finalidad de acceder al formulario electrónico, en el cual deberá completar los datos solicitados y grabar la información registrada; imprimiendo el formulario electrónico.

7.2.1.5. A partir del día siguiente de registrado el formulario electrónico, deberá presentarlo en la Sede Central o en las Oficinas Desconcentradas del OSCE, con firma en original del apoderado o representante legal, junto con los demás requisitos señalados en el TUPA; la presentación podrá ser personal o mediante correo postal.

7.2.1.6. Luego, el procedimiento de inscripción será exactamente igual al procedimiento de inscripción de ejecutores y consultores de obras nacionales y extranjeros domiciliados (sucursal) establecido en los numerales 7.1.4.1.6 al 7.1.4.1.8 del presente acápite.

7.2.2. Trámite de renovación

7.2.2.1. El proveedor inscrito en el RNP podrá iniciar su trámite de renovación abonando la tasa correspondiente en los bancos autorizados, desde los sesenta (60) últimos días antes del vencimiento de la vigencia de su inscripción. De efectuarse el pago sin encontrarse en el plazo señalado, el sistema del RNP considerará el pago como "duplicidad", no siendo viable el inicio del trámite de renovación; en este caso, el proveedor podrá solicitar la devolución de la tasa respectiva.

7.2.2.2. Transcurridos dos (2) días hábiles de realizado el pago de la tasa, el proveedor podrá ingresar a la página web del RNP "Operación en Línea - Con clave RNP", opción "Bandeja de Mensajes" y seguir el procedimiento indicado para el trámite de inscripción de proveedores extranjeros no domiciliados establecido en el numeral 7.2.1 del presente acápite.

En caso que el trámite de renovación de inscripción se apruebe cuando aún se encuentre vigente el trámite anterior, la vigencia de la renovación se iniciará al día siguiente de haber vencido la vigencia del primero de ellos.

7.2.3. Trámites de aumento de capacidad máxima de contratación y ampliación de especialidad y categorías e inscripción de subcontrato:

Se procederá conforme lo señalado en numeral 7.1.4.3 del presente acápite.

7.3. SUBSANACIÓN DE OBSERVACIONES

Si el trámite de inscripción, renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad y categorías e inscripción de subcontrato es observado por la falta de un requisito o por la incongruencia detectada en la información presentada, deberá tenerse en cuenta lo siguiente:

7.3.1. Con respecto a la información consignada en el formulario oficial:

El proveedor deberá verificar que la información declarada en el formulario oficial sea la misma que acredita con la documentación presentada, conforme a los requisitos establecidos en el TUPA.

Tratándose del aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad y categorías e inscripción de subcontrato, debe descargarse el formulario que corresponda al trámite para proceder a subsanar las observaciones formuladas, imprimirlo y presentarlo con las correcciones solicitadas en forma presencial o mediante correo postal, en la Sede Central u Oficinas Desconcentradas del OSCE.

7.3.2. Cuando la observación se encuentre referida a documentos establecidos en el TUPA:

El proveedor deberá subsanar las observaciones presentando los documentos solicitados, ya sea en forma presencial o mediante correo postal en la Sede Central u Oficinas Desconcentradas del OSCE.

El proveedor podrá subsanar las observaciones dentro de un plazo que no excederá de los veinticinco (25) días hábiles siguientes de presentada la solicitud. De no cumplir con subsanar las observaciones formuladas dentro del plazo antes indicado, no se considerará conforme el cumplimiento de los requisitos exigidos en el TUPA y como consecuencia el trámite se declarará no aprobado, notificándose tal situación a su bandeja de mensajes, pudiendo interponer recurso impugnativo.

7.4. RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

7.4.1. Plazos

El término para la interposición del recurso de reconsideración es de quince (15) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de notificado el resultado del trámite seguido ante el RNP.

La notificación se entiende efectuada el día del envío a la bandeja de mensajes, siendo responsabilidad del proveedor el permanente seguimiento del trámite.

El RNP tiene como plazo máximo para la resolución del recurso de reconsideración interpuesto en los trámites de inscripción, renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad y categorías e inscripción de subcontrato, treinta (30) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de presentado el recurso.

Cuando el recurso de reconsideración no cuente con la firma del abogado o recurrente tendrá un plazo de dos (02) días hábiles para subsanar dicha omisión.

7.4.2. Formalidades y requisitos

El recurso de reconsideración debe ser dirigido ante el órgano que emitió el acto resolutivo (Subdirección de Operaciones Registrales u Oficina Desconcentrada).

El recurso de reconsideración debe cumplir con los requisitos previstos en los artículos 113 y 211 de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Contra la resolución el recurso de reconsideración procede interponer recurso de apelación.

VIII. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

8.1. Los documentos provenientes del extranjero deberán contar con la legalización del Consulado Peruano, refrendado por el Ministerio de Relaciones Exteriores en el Perú o, en su defecto, con la Apostilla de la Haya, correspondiente al país de origen del documento.

Cuando la documentación presentada no figure en idioma español, dichas legalizaciones y/o apostilla deben constar en el documento en idioma original, debiendo presentarse con la respectiva traducción simple con indicación del nombre y apellidos del traductor.

8.2. Los representantes legales o apoderados de los ejecutores y consultores de obras, para ser considerados en el RNP, deben contar con poder vigente inscrito en Registros Públicos del Perú, con la facultad de representar al poderdante en procedimiento administrativo ante entidades públicas.

8.3. Sólo se podrán inscribir en el RNP aquellos subcontratos que cumplan con lo establecido en el artículo 35 de la Ley, debiendo el subcontratista contar con inscripción vigente en el RNP.

IX. DISPOSICIONES TRANSITORIAS

9.1. Las notificaciones de los procedimientos de aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad y categoría, inscripción de subcontrato y resoluciones de los recursos de reconsideración que se interpongan, serán realizadas de manera electrónica en la bandeja de mensajes, en la medida que esta sea implementada en el sistema del RNP de manera progresiva. En tanto no se culmine la implementación antes mencionada, la notificación de dichos procedimientos será realizada al domicilio del proveedor, de su apoderado o de su representante legal fijado en el formulario oficial correspondiente.

9.2. A la primera renovación de inscripción de las personas naturales y jurídicas consultores de obras, que se realice a partir de la entrada en vigencia de la presente Directiva, se le aplicará lo previsto en los numerales 7.1.3.5 y 7.1.3.6, conforme a lo previsto por los artículos 241 del Reglamento.

X. DISPOSICIONES FINALES

10.1. El trámite para los ejecutores y consultores de obras nacionales, extranjeros domiciliados (sucursal) y extranjeros no domiciliados (matriz) se contabilizará a partir del día siguiente de recibida la documentación en físico en la Sede Central del OSCE o en cualquiera de sus Oficinas Desconcentradas.

10.2. Las validaciones diarias en el sistema del RNP después del inicio del trámite son las siguientes:

- a) No estar inhabilitado para contratar con el Estado.
- b) No estar suspendido por multa impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado.
- c) No estar anulado por fiscalización.

Si el RNP identifica que el trámite se encuentra en alguno de los supuestos antes indicados, comunicará automáticamente al proveedor a través de la bandeja de mensajes lo siguiente: "trámite no aprobado por inhabilitación y/o limitaciones".

También el sistema del RNP realiza la verificación del RUC no habido, no activo, no existente o no hallado.

10.3. El formulario electrónico presentado vía web tiene el carácter de declaración jurada, por lo que el proveedor solicitante al hacer uso de la clave del RNP que le fue asignada, es responsable de la información que se consigne en dicho formulario, bajo sanción de ser inhabilitado para contratar con el Estado, conforme a lo prescrito por la Ley y su Reglamento.

10.4. Para efectos de establecer la capacidad máxima de contratación en ejecutores de obras, y la categorización en el caso de consultores de obras, los capitales, depósitos, contratos de ejecución de obras o consultoría de obras, y/o presupuestos de ejecución de obras o lo que haga sus veces, según corresponda, celebrados en moneda extranjera, su equivalencia en soles se determinará utilizando el factor de conversión del promedio ponderado de venta de la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP publicado en su portal web institucional. Para el caso de inscripción y/o renovación de ejecutores y consultores de obras, la equivalencia será tomada en cuenta con el factor conocido a la fecha del llenado del formulario electrónico (datos completos); y para el caso de aumento de capacidad máxima de contratación y ampliación de especialidad y/o categoría, se considerará el factor conocido a la fecha de recepción de los requisitos en mesa de partes.

10.5. La presente directiva entrará en vigencia en la fecha de publicación en el Diario Oficial El Peruano de la norma que apruebe el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.

10.6. A partir de la vigencia de la presente directiva deróguese la Directiva N.º 011-2012-OSCE-PRE.

Jesús María, enero de 2016

Modificada en marzo de 2018

D-011

DIRECTIVA N.º 015-2016-OSCE/CD

PROCEDIMIENTO PARA LA INSCRIPCIÓN Y RENOVACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE PROVEEDORES DE BIENES Y SERVICIOS EN EL REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES (RNP)

(Aprobada por la Resolución N.º 022-2016-OSCE/PRE [EP, 11-01-2016])

I. FINALIDAD

Establecer los lineamientos respecto al procedimiento y plazos aplicables en los trámites de inscripción y renovación de los proveedores de bienes y/o servicios en el Registro Nacional de Proveedores, en adelante RNP.

OPINIONES DEL OSCE

§ 2235. Los proveedores extranjeros no domiciliados que se identifican en el RNP con “código de proveedor extranjero” deben suscribir el contrato consignando su identificación fiscal correspondiente pudiendo usar el número de RUC para tales efectos. CONSULTA: 2.1. “¿Es posible que un “ESTABLECIMIENTO PERMANENTE” que haya obtenido la Buena Pro en algún proceso de selección, pueda suscribir el contrato con la entidad pública convocante utilizando como identificación fiscal el RUC otorgado por parte de SUNAT, a pesar que exista un código de proveedor extranjero no domiciliado que es otorgado al momento de su registro como proveedor de bienes y servicios?”. [...] 2.1.3. [...] [La] Directiva N.º 015-2016-OSCE/CD [D-011] regula el procedimiento para la inscripción y renovación de inscripción de proveedores de bienes y servicios en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), que obligatoriamente deben aplicar: (i) Proveedores de bienes y/o servicios nacionales y extranjeros domiciliados (sucursal); (ii) proveedores de bienes y/o servicios extranjeros no domiciliados con representante legal o apoderado en el Perú; y, (iii) proveedores de bienes y/o servicios extranjeros no domiciliados sin representante legal o apoderado en el Perú. Así, el numeral 7.2 de la Directiva N.º 015-2016-OSCE/CD establece el procedimiento de inscripción y renovación de inscripción que, para estos efectos, deben cumplir los proveedores extranjeros no domiciliados con representante legal o apoderado en el Perú; precisando que una vez iniciado el trámite de inscripción, y realizado el pago de la tasa, el RNP otorga a dichos proveedores un usuario denominado “código de proveedor extranjero no domiciliado” y la clave del RNP. Por lo expuesto, se infiere que los proveedores de bienes y/o servicios extranjeros no domiciliados con representante legal o apoderado en el Perú deben contar con un “código de proveedor extranjero”, cuyo uso permite verificar si su inscripción en el RNP se encuentra vigente durante todas las etapas del proceso de contratación. 2.1.4. Precisando lo anterior, el “código de proveedor extranjero” permite verificar si los proveedores extranjeros no domiciliados mantienen vigente su inscripción en el RNP durante todo el proceso de contratación en el que participan -incluyendo la etapa del otorgamiento

II. OBJETO

Implementar los mecanismos administrativos necesarios para la aplicación de los procedimientos establecidos en el artículo 238 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.

III. ALCANCE

La presente Directiva es de aplicación obligatoria para:

- Los proveedores de bienes y/o servicios nacionales y extranjeros domiciliados (sucursal).
- Los proveedores de bienes y/o servicios extranjeros no domiciliados con representante legal o apoderado en el Perú.
- Los proveedores de bienes y/o servicios extranjeros no domiciliados sin representante legal o apoderado en el Perú.

IV. BASE LEGAL

- Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N.º 30225.
- Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada mediante Ley N.º 27444.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.
- Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

de la Buena Pro y de la suscripción del contrato-; mientras que, por otro lado, el Registro Único de Contribuyentes (RUC) es la identificación fiscal ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT, y se encuentra regulado en el marco de la legislación tributaria nacional. En ese sentido, se advierte que la funcionalidad del “código de proveedor extranjero” y la funcionalidad de la identificación fiscal de los proveedores - sea RUC o la que corresponda, de acuerdo al país de origen - responde, en cada caso, a naturalezas distintas. **2.1.5.** Por tanto, los proveedores extranjeros no domiciliados que se identifican en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) con “código de proveedor extranjero” deben suscribir el contrato consignando su identificación fiscal correspondiente - pudiendo ser el número de RUC en caso de contar con el -; sin perjuicio de la obligación de mantener vigente su inscripción en el RNP durante todas las etapas del proceso de contratación. (Opinión N.º 149-2016/DTN, de 09-09-2016, ff. 2.1, 2.1.3, 2.1.4 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2GB6G6t>).

§ 2236. Cuando una Entidad requiera contratar con un proveedor no domiciliado en el país sin representante legal bajo la normativa de contrataciones del Estado, deberá requerir al proveedor la inscripción en el RNP siguiendo el procedimiento previsto en la Directiva N.º 015-2016-OSCE/CD. CONSULTA: “(...) formular consulta respecto al procedimiento a seguir para contratar los servicios jurídicos (informes jurídicos escritos) que serán brindados por una prestigiosa Universidad extranjera, a través de uno de sus profesionales altamente calificados. Cabe señalar que tales servicios jurídicos serán contratados por montos no mayores a las 8 UITs”. [...] CONCLUSIONES: **3.1.** Cuando una Entidad requiera contratar con un proveedor no domiciliado en el país, bajo los métodos de contratación previstos en la normativa de contrataciones del Estado, incluidas las contrataciones iguales o menores a 8 UIT, deberá requerir al proveedor que se encuentre inscrito en el RNP. **3.2.** El proveedor no domiciliado en el país, debe inscribirse en el RNP, siguiendo el procedimiento previsto en el numeral 7.3 de la Directiva N.º 015-

- Texto Único de Procedimientos Administrativos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

En la presente Directiva se utilizarán las siguientes referencias:

- **Ley:** Ley de Contrataciones del Estado.
- **OSCE:** Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- **Página web del OSCE, sección RNP:** <http://portal.osce.gob.pe/rnp/>
- **Proveedor:** Proveedor de bienes o proveedor de servicios.
- **Reglamento:** Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- **RNP:** Registro Nacional de Proveedores.
- **RUC:** Registro Único de Contribuyentes.
- **TUPA:** Texto Único de Procedimientos Administrativos.

VI. DISPOSICIONES GENERALES

6.1. De la inscripción y renovación de inscripción en el RNP

- a) El proveedor, persona natural o jurídica, nacional o extranjero, de acuerdo a las actividades que realiza, puede inscribirse en el RNP como proveedor de bienes y/o servicios.

2016-OSCE/CD [D-011] y el Procedimiento N.º 44 del TUPA del OSCE. (Opinión N.º 146-2016/DTN, de 01-09-2016, ff. 3.2 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LvyOqq>).

- b) En el caso de personas jurídicas nacionales y extranjeras domiciliadas, el objeto social, los fines y/o actividades deben corresponder a la provisión de bienes y/o servicios, según corresponda, y estar inscritas en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP). Asimismo, para el caso de las sucursales de personas jurídicas extranjeras en el Perú, deben presentar información de la matriz.
- c) Para el caso de las personas jurídicas extranjeras no domiciliadas, el objeto social, los fines y/o actividades deben corresponder a la provisión de bienes y/o servicios, según corresponda, y estar inscritas en Registros Públicos o entidad equivalente de su lugar de origen, o expedidas por autoridad competente.
- d) Los procedimientos de inscripción y renovación de inscripción para los proveedores de bienes y servicios son de aprobación automática. Los requisitos para los procedimientos de inscripción y renovación de inscripción en el RNP se encuentran establecidos en el TUPA del OSCE.
- e) Para la inscripción y renovación de inscripción en el RNP se considera que el domicilio del proveedor nacional o extranjero domiciliado (sucursal) es el que declaró en la SUNAT, y en el caso del proveedor extranjero no domiciliado, es el declarado en el formulario electrónico del RNP.
- f) Las notificaciones al proveedor en el marco del procedimiento de inscripción y renovación de inscripción ante el RNP se realizan a su "bandeja de mensajes", la cual se ubica en la pestaña "Operaciones en línea - con clave RNP" de la página web del OSCE, sección RNP. Para acceder a dicha bandeja de mensajes, el proveedor debe seguir las indicaciones que constan en los instrumentos de orientación publicados en la referida página web.

Es responsabilidad del proveedor el permanente seguimiento de las notificaciones a dicha bandeja. La notificación se entiende efectuada el día del envío a la bandeja de mensajes.

- g) La constancia de inscripción en el RNP es el documento que acredita que el proveedor se encuentra inscrito en el RNP y contiene información del proveedor, su domicilio y el plazo de vigencia de la inscripción. La constancia es obtenida vía web y puede ser impresa al día siguiente de la aprobación automática del procedimiento, para lo cual se debe acceder a la pestaña "Consultas en Línea - sin clave RNP" de la página web del OSCE, sección RNP. En caso que el proveedor se encuentre inhabilitado o suspendido por multa impuesta por el Tribunal de Contrataciones para contratar con el Estado, no podrá obtener esta constancia.
- h) La vigencia de la inscripción y renovación de inscripción en el RNP es de un año, contado a partir del día calendario siguiente de la aprobación automática.

6.2. De las limitaciones de la inscripción o renovación de inscripción ante el RNP

No pueden inscribirse ni renovar su inscripción como proveedores en el RNP, las personas naturales o jurídicas, que se encuentren con sanción vigente de inhabilitación o suspendido por multa para participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y contratar con el Estado, impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado. Estos supuestos son validados durante todo el procedimiento.

Asimismo, el proveedor no podrá iniciar el procedimiento de inscripción o renovación en el RNP, cuando se verifique un supuesto de error en el procesamiento de datos o error en

el procesamiento de pago, conforme a lo dispuesto en los literales b) y c) del numeral 6.4 de las Disposiciones Generales de la presente Directiva.

6.3. De la presunción de veracidad y fiscalización posterior

- a) El formulario electrónico enviado vía web, así como toda la documentación o información presentada en el marco del procedimiento de inscripción o renovación de inscripción del RNP, tienen carácter de declaración jurada, sujetándose al principio de presunción de veracidad. En ese sentido, el proveedor, su apoderado o representante legal, y/o la Entidad solicitante al utilizar el usuario y clave del RNP asignados, son responsables de la información y el contenido que se consigne en dicho formulario, y de ser el caso, de la documentación presentada.
- b) Los documentos e información pueden ser sometidos al procedimiento de fiscalización posterior, según lo establecido en el artículo 32 de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y en la Directiva aprobada por el OSCE sobre la materia.

6.4. Del estado del trámite de inscripción y renovación de inscripción en el RNP

El proveedor puede consultar el estado del trámite de inscripción y renovación de inscripción a través de la página web del OSCE, sección RNP. El considera los siguientes estados:

a) Pago caduco:

Cuando el proveedor nacional o extranjero domiciliado (sucursal) no ha registrado y enviado vía web el formulario electrónico, y en el caso de proveedor extranjero no domiciliado, además de lo indicado, no ha presentado los requisitos establecidos en el TUPA en la sede central del OSCE, en ambos supuestos, dentro del plazo de treinta (30) días calendario, contado a partir del día siguiente de la fecha en que pagó la tasa. En estos casos, el proveedor puede solicitar la devolución de la tasa.

b) Error en el procesamiento de datos:

Cuando el sistema detecta que el proveedor se encuentra con:

- RUC no habido, no activo, no existente o no hallado. Esta situación se mantendrá hasta que regularice su estado, oportunidad en la que el proveedor debe iniciar un nuevo procedimiento.
- Inhabilitación vigente para contratar con el Estado o suspendido por multa impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado.
- Nulidad de inscripción en el RNP por fiscalización posterior.
- Multa impaga impuesta por el OSCE o moroso en el pago del fraccionamiento correspondiente.

En estos casos, el proveedor puede solicitar la devolución de la tasa.

c) Error en el procesamiento de pago:

Cuando el sistema detecta las siguientes situaciones:

- Una persona jurídica paga el monto de la tasa que corresponde a una persona natural o viceversa.
- Cuando el pago efectuado no coincide con el volumen de ingresos y/o ventas brutas del año anterior declarados en el formulario electrónico, en el caso de las personas naturales.

- Cuando se efectuó el pago con el RUC de una Entidad del Estado.
- Cuando el proveedor paga la tasa de su renovación antes de los sesenta (60) días calendario del término de su vigencia.

En estos casos, el proveedor puede solicitar la devolución de la tasa.

d) Pendiente de envío de datos:

Cuando el proveedor nacional o extranjero no ha enviado el formulario electrónico vía web, encontrándose habilitada la opción para el registro y envío de la información.

e) Pendiente de verificación de requisitos:

Cuando el proveedor nacional o extranjero domiciliado (sucursal) ha registrado y enviado vía web el formulario electrónico, encontrándose pendiente que el RNP verifique el cumplimiento de los requisitos.

En el caso del proveedor extranjero no domiciliado, cuando ha registrado, enviado vía web el formulario electrónico y presentado los requisitos establecidos en el TUPA en la sede central del OSCE, encontrándose pendiente que el RNP verifique el cumplimiento de los mismos.

f) Aprobación automática:

Cuando el RNP, luego de verificar que el proveedor cumplió los requisitos establecidos en el TUPA, realiza la recepción vía web del formulario electrónico, en el caso de proveedores nacionales y extranjeros domiciliados (sucursal), y adicionalmente, la recepción de documentos en la sede central del OSCE, en el caso de proveedores extranjeros no domiciliados.

g) Solicitud observada:

Cuando el RNP advierte, que el proveedor no ha cumplido con los requisitos establecidos en el TUPA, notificándole mediante comunicación electrónica.

h) Subsanación pendiente de verificación de requisitos:

Cuando el proveedor nacional o extranjero domiciliado (sucursal) envía el formulario electrónico subsanando las observaciones, encontrándose pendiente que el RNP verifique el cumplimiento de los requisitos.

En el caso del proveedor extranjero no domiciliado, cuando envía el formulario electrónico y presenta la subsanación de observaciones en la sede central del OSCE, encontrándose pendiente que el RNP verifique el cumplimiento de los requisitos.

i) Solicitud no presentada:

Cuando el proveedor no presente la subsanación de las observaciones dentro del plazo estipulado o que el RNP considere que la subsanación presentada no es conforme.

j) Vigencia culminada:

Cuando vence el plazo de vigencia de un (1) año de inscripción en el RNP.

VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

7.1 PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN Y RENOVACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE PROVEEDORES NACIONALES Y EXTRANJEROS DOMICILIADOS (SUCURSAL)

7.1.1. Procedimiento de inscripción

a) Pago de la tasa

El proveedor debe realizar el pago de la tasa en los bancos autorizados, cuya relación se encuentra publicada en la página web del OSCE, sección RNP, considerando los montos establecidos en el TUPA.

Al realizar el pago, el proveedor debe indicar su número de RUC y si desea inscribirse como proveedor de bienes, como proveedor de servicios o como proveedor de bienes y servicios. En caso el proveedor desee inscribirse como proveedor de bienes y servicios, abona únicamente el monto correspondiente a una tasa. Es responsabilidad del proveedor verificar que en la constancia de pago o voucher figure como proveedor de bienes, servicios o bienes y servicios, según corresponda; y se consigne correctamente su número de RUC.

b) Obtención de la clave del RNP y habilitación del formulario electrónico

Transcurridos dos (2) días hábiles de realizado el pago de la tasa, el proveedor debe acceder a su "bandeja de mensajes" a fin de obtener su clave del RNP, para ello el proveedor debe seguir las indicaciones que constan en los instrumentos de orientación publicados en la página web del OSCE, sección RNP.

Asimismo, transcurridos dos (2) días hábiles de realizado el pago de la tasa, se habilita el formulario electrónico "Solicitud de Inscripción/Renovación de Proveedores de Bienes y/o Servicios" al cual puede acceder a través de la referida página web.

c) Registro y envío de información en el formulario electrónico

El proveedor debe registrar la información requerida en el formulario electrónico "Solicitud de Inscripción/Renovación de Proveedores de Bienes y/o Servicios", y enviar vía web dicho formulario.

Para las personas jurídicas, el formulario puede ser enviado de lunes a viernes, excepto días no laborales, desde las 00:00 horas hasta las 16:30 horas. Los formularios enviados fuera de este horario se consideran remitidos al día hábil siguiente.

Para las personas naturales, el formulario puede ser enviado de lunes a viernes, excepto días no laborales, las 24 horas del día.

El proveedor debe registrar y enviar el formulario electrónico en un plazo máximo de treinta (30) días calendario, contado a partir del día siguiente de realizado el pago de la tasa.

d) Recepción del formulario y aprobación automática

Para las personas jurídicas, la verificación de los requisitos establecidos en el TUPA se realiza dentro de los dos (2) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente de la fecha de envío del formulario electrónico. En caso el proveedor cumpla con dichos requisitos, el RNP procede a la recepción vía web del formulario electrónico, aprobándose de manera automática la solicitud de inscripción en el RNP del proveedor, y notificándole dicho acto a su bandeja de mensajes.

Para las personas naturales, el sistema del RNP validará los datos del formulario enviado, de encontrarse conformes, lo recibirá vía web, aprobándose de manera automática la solicitud de inscripción en el RNP del proveedor, y notificándole dicho acto a su bandeja de mensajes.

El RNP puede usar la información en línea del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), así como la información proporcionada en la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), entre otros, que resulten necesarios para determinar

que los proveedores se encuentran en pleno ejercicio de sus derechos civiles (personas naturales) o constituidos conforme a Ley (personas jurídicas).

A partir del día calendario siguiente a la fecha de aprobación automática, el proveedor puede acceder a su constancia de inscripción, a través de la página web del OSCE, sección RNP.

e) Observación de la solicitud

En caso el proveedor no cumpla con los requisitos establecidos en el TUPA, el RNP formula por única vez las observaciones a la solicitud a través de una comunicación electrónica, otorgándole un plazo de dos (2) días hábiles para la subsanación, contado a partir del día hábil siguiente de recibida dicha comunicación.

f) Subsanación de observaciones

Dentro del plazo mencionado en el literal anterior, el proveedor debe subsanar por única vez las observaciones respectivas, y realizar el envío del formulario electrónico vía web con la subsanación de las observaciones.

g) Verificación de subsanación

En un plazo máximo de dos (2) días hábiles, contado a partir del día hábil siguiente a la fecha de envío del formulario electrónico de subsanación, el RNP verifica si la subsanación presentada es conforme, caso en el cual, procede a la recepción vía web del formulario electrónico, aprobándose de manera automática la solicitud de inscripción en el RNP del proveedor, y notificándose dicho acto al proveedor a través de una comunicación electrónica.

A partir del día calendario siguiente a la fecha de aprobación automática, el proveedor puede acceder a su constancia de inscripción, a través de la página web del OSCE, sección RNP.

h) Solicitud no presentada

En caso el proveedor no presente la subsanación de las observaciones dentro del plazo estipulado o el RNP considere que la subsanación presentada no es conforme, la solicitud se tiene por no presentada. En este caso, el proveedor puede solicitar la devolución de la tasa.

7.1.2. Procedimiento de renovación

Dentro de los sesenta (60) días calendario previo al vencimiento de la vigencia de su inscripción, el proveedor que desee renovar su inscripción en el RNP debe realizar el pago de la tasa correspondiente en los bancos autorizados, cuya relación se encuentra publicada en la página web del OSCE, sección RNP, considerando los montos establecidos en el TUPA. De efectuar el pago con anterioridad a dicho periodo, el proveedor no podrá iniciar el trámite de renovación. En este caso, puede solicitar la devolución de la tasa.

El procedimiento se sujeta a las disposiciones establecidas en el segundo párrafo del literal a), el segundo párrafo del literal b), así como los literales c), d), e), f), g) y h) del numeral precedente.

Si el proveedor no recordase su clave del RNP, debe realizar el trámite para su obtención, conforme a lo establecido en los instrumentos de orientación publicados en la página web del OSCE, sección RNP.

En caso que el procedimiento de renovación de inscripción se apruebe cuando aún se encuentre vigente su inscripción, la vigencia de la renovación se inicia al día siguiente del vencimiento de la inscripción.

7.2 PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN Y RENOVACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE PROVEEDORES EXTRANJEROS NO DOMICILIADOS CON REPRESENTANTE LEGAL O APODERADO EN EL PERÚ

7.2.1. Procedimiento de inscripción

a) Emisión de orden de pago

Para iniciar el trámite de inscripción ante el RNP, el representante legal o apoderado en el Perú de un proveedor extranjero no domiciliado debe apersonarse a la sede central del OSCE con los siguientes documentos, los cuales deben cumplir con las formalidades establecidas en el TUPA:

- Copia simple de poder vigente inscrito en los Registros Públicos del Perú, expedido con una antigüedad no mayor a sesenta (60) días calendario a la fecha de presentación de la solicitud de inscripción, donde conste que el representante legal o apoderado tiene facultades para representar al proveedor extranjero no domiciliado en procedimientos administrativos ante Entidades públicas.
- Copia de la escritura pública inscrita en Registros Públicos o ante autoridad competente en su país de origen; o, documento oficial emitido por la autoridad registral, institución o autoridad competente en su país de origen, donde se consigne el objeto social, fines y/o actividades, los cuales deben estar referidos a la provisión de bienes y/o de servicios, según corresponda.

Una vez que el RNP verifica que el proveedor cuenta con los documentos para iniciar el procedimiento, genera una orden de pago con los datos del proveedor para que éste efectúe el pago de la tasa correspondiente en la caja de la sede central del OSCE dentro de dos (2) días hábiles de emitida dicha orden.

b) Entrega de kit de usuario y habilitación del formulario electrónico

Luego de realizado el pago de la tasa, el RNP entrega el Kit de usuario al representante legal o apoderado, el mismo que contiene el código de proveedor extranjero no domiciliado y su clave del RNP.

Asimismo, se habilita el formulario electrónico "Solicitud de Inscripción/Renovación de Proveedores de Bienes y/o Servicios" al cual puede acceder a través de la página web del OSCE, sección RNP, y únicamente puede ser completado en la sede central del OSCE.

c) Registro, envío de información en el formulario electrónico y presentación de la solicitud de inscripción

En la sede central del OSCE, el representante legal o apoderado debe registrar la información requerida en el formulario electrónico y enviarlo vía web. Asimismo, debe imprimir y firmar el formulario para presentarlo en la ventanilla del RNP, con los demás requisitos establecidos en el TUPA, en un plazo máximo de treinta (30) días calendario, contado a partir del día siguiente de realizado el pago de la tasa en caja de la sede central del OSCE.

d) Recepción del formulario y aprobación automática

El mismo día de la presentación de la solicitud de inscripción, el RNP verifica que el proveedor cumpla con los requisitos establecidos en el TUPA. En caso el proveedor cumpla con dichos requisitos, el RNP procede a la recepción de la solicitud en ventanilla, aprobándose de manera automática la solicitud de inscripción del proveedor, y notificándole dicho acto a través de una comunicación electrónica.

El RNP puede usar la información en línea del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), entre otros, que resulten necesarios para las verificaciones pertinentes.

A partir del día calendario siguiente a la fecha de aprobación automática, el proveedor puede acceder a su constancia de inscripción, a través de la página web del OSCE, sección RNP.

e) Observación de la solicitud

En caso el proveedor no cumpla con los requisitos establecidos en el TUPA, el RNP formula por única vez las observaciones a la solicitud a través de una comunicación electrónica, otorgándole un plazo de dos (2) días hábiles para la subsanación, contado a partir del día hábil siguiente de recibida dicha comunicación.

f) Subsanación de observaciones

Dentro del plazo mencionado en el literal anterior, el proveedor debe subsanar por única vez las observaciones respectivas, para lo cual debe realizar el envío del formulario electrónico vía web con la subsanación de las observaciones en la sede central del OSCE. Asimismo, debe imprimir y firmar el formulario para presentarlo en la sede central del OSCE, y de ser el caso adjuntar los demás requisitos establecidos en el TUPA, que hayan sido materia de las observaciones.

g) Verificación de subsanación

El mismo día de la presentación de la subsanación de las observaciones en la sede central del OSCE, el RNP verifica si la subsanación presentada es conforme, caso en el cual, procede a la recepción, aprobándose de manera automática la solicitud de inscripción en el RNP del proveedor, y notificándose dicho acto al proveedor a través de una comunicación electrónica.

A partir del día calendario siguiente a la fecha de aprobación automática, el proveedor puede acceder a su constancia de inscripción, a través de la página web del OSCE, sección RNP.

h) Solicitud no presentada

En caso el proveedor no presente la subsanación de las observaciones dentro del plazo estipulado o el RNP considere que la subsanación presentada no es conforme, la solicitud se tiene por no presentada. En este caso, el proveedor puede solicitar la devolución de la tasa.

7.2.2. Procedimiento de renovación

Dentro de los sesenta (60) días calendario previos al vencimiento de la vigencia de su inscripción, el proveedor extranjero no domiciliado con representante legal o apoderado en el Perú que desee renovar su inscripción en el RNP debe realizar el pago de la tasa correspondiente en caja de la sede central del OSCE. De efectuar el pago con anterioridad a dicho periodo, el proveedor no podrá iniciar el trámite de renovación. En este caso, puede solicitar la devolución de la tasa.

El procedimiento se sujeta a las disposiciones establecidas en literal a), el segundo párrafo del literal b), así como los literales c), d), e), f), g) y h) del numeral precedente.

Si el proveedor no recordase su clave del RNP, debe realizar el trámite para su obtención, conforme a lo establecido en los instrumentos de orientación publicados en la página web del OSCE, sección RNP.

Si al momento de realizar el trámite de renovación, el proveedor extranjero no domiciliado ya no cuenta con representante legal o apoderado en el Perú, y alguna Entidad requiera contratar con dicho proveedor puede hacerlo conforme al procedimiento previsto en el numeral 7.3 subsiguiente.

7.3 PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN Y RENOVACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE PROVEEDORES EXTRANJEROS NO DOMICILIADOS SIN REPRESENTANTE LEGAL O APODERADO EN EL PERÚ

El presente procedimiento es de aplicación para las Entidades que requieran contratar bienes sofisticados y/o servicios especializados, con proveedores extranjeros no domiciliados que no cuentan con representante legal o apoderado en el Perú.

7.3.1. Procedimiento de inscripción

Para iniciar el trámite de inscripción ante el RNP, el funcionario público designado por la Entidad para realizar el procedimiento, debe apersonarse a la sede central del OSCE con los siguientes documentos, los cuales deben cumplir con las formalidades establecidas en el TUPA:

- Carta poder simple firmada por el Titular de la Entidad que designa al funcionario público responsable del procedimiento, indicando las características técnicas del bien sofisticado y/o las características del servicio especializado a requerir por la Entidad.
- Copia de la escritura pública inscrita en Registros Públicos o ante autoridad competente en su país de origen; o, documento oficial emitido por la autoridad registral, institución o autoridad competente en su país de origen, donde se consigne el objeto social, fines y/o actividades, los cuales deben estar referidos la provisión de bienes y/o de servicios, según corresponda.

Una vez que el RNP verifica que el proveedor cuenta con los documentos para iniciar el procedimiento, genera una orden de pago con los datos del proveedor para que el funcionario efectúe el pago de la tasa correspondiente en la caja de la sede central del OSCE dentro de dos (2) días hábiles de emitida dicha orden.

El procedimiento se sujeta a las disposiciones establecidas en los literales b), c), d), e), f), g), y h) del numeral 7.2.1, considerando que el formulario electrónico impreso debe ser firmado por el Titular de la Entidad; asimismo, el funcionario designado por la Entidad es responsable del seguimiento de dicho procedimiento.

7.3.2. Procedimiento de renovación

El procedimiento de renovación de inscripción se sujeta a las disposiciones establecidas en el primer, segundo y tercer párrafo del numeral 7.2.2, considerando que el funcionario designado por la Entidad es responsable del seguimiento de dicho procedimiento, salvo que al momento de solicitar la renovación, el proveedor ya cuente con representante legal o apoderado en el Perú, caso en el cual, el proveedor extranjero debe realizar dicho procedimiento.

VIII. DISPOSICIONES FINALES

8.1. La presente Directiva entrará en vigencia en la fecha de publicación en el Diario Oficial El Peruano de la norma que apruebe el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.

8.2 A partir de la entrada en vigencia de la presente directiva deróguese la Directiva N.º 005-2014-OSCE/CD.

Jesús María, enero de 2016

Directivas

D-012**DIRECTIVA N.º 014-2016-OSCE/CD****DISPOSICIONES APLICABLES AL PROCEDIMIENTO DE ACTUALIZACIÓN DE INFORMACIÓN EN EL REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES (RNP)**

(Aprobada por la Resolución N.º 021-2016 [EP, 11-01-2016])

I. FINALIDAD

Precisar las disposiciones aplicables al procedimiento de actualización de información en el Registro Nacional de Proveedores y la relación de sancionados con inhabilitación temporal y/o definitiva publicada en el portal institucional del OSCE.

OPINIONES DEL OSCE

§ 2237. **Obligación de los proveedores de efectuar el procedimiento de variación de información ante la RNP cuando ocurra la modificación de la conformación de los socios, accionistas, participacionistas o titular, así como la distribución de acciones, participaciones y aportes.** CONSULTA: **2.1.** “[...] existe alguna restricción y/o requisito que se deba cumplir para proceder con la transferencia de acciones y/o participaciones representativas del capital social de una sociedad que se encuentra actualmente ejecutando contratos sujetos a la normativa de contrataciones públicas”. CONCLUSIONES: **3.1.** La normativa de contrataciones del Estado vigente, así como la anterior ley y el anterior Reglamento, no establecen restricciones a los proveedores para que estos efectúen transferencias de acciones, participaciones y/o aportes; sin embargo, sí obliga a los proveedores a realizar el procedimiento de actualización de información ante el RNP, cuando ocurra la modificación de la conformación de los socios, accionistas, participacionistas o titular, así como la distribución de acciones, participaciones y aportes. **3.2.** En caso que un determinado contratista efectúe la modificación de la conformación de sus socios, accionistas, participacionistas o titular, o de la distribución de sus acciones, participaciones y/o aportes; ello no enervará la responsabilidad de ejecutar la totalidad de las obligaciones a su cargo, de acuerdo a lo establecido en el contrato y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 40.1 del artículo 40 de la Ley. **3.3.** En concordancia con lo establecido por la normativa de contrataciones del Estado vigente, así como por la anterior Ley y el anterior Reglamento, los proveedores deben presentar la solicitud de actualización de información ante el RNP, dentro de los diez (10) primeros días hábiles del mes siguiente de haber ocurrido la variación de la conformación de sus socios, accionistas, participacionistas o titular, así como de la distribución de sus acciones, participaciones y aportes; debiendo precisarse que dicho marco normativo no ha previsto una disposición que obligue a los proveedores a solicitar una opinión previa a una determinada Entidad, a efectos de realizar la

II. OBJETO

Establecer las disposiciones que las personas naturales o jurídicas deben cumplir para actualizar la información prevista en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

III. ALCANCE

La presente Directiva es de cumplimiento obligatorio para las personas naturales y jurídicas nacionales y extranjeras, inscritas en el Registro Nacional de Proveedores como proveedores de bienes, servicios, consultores y ejecutores de obras. Asimismo, es de aplicación para el administrado integrante de la persona jurídica que figure en la relación de sancionados publicada en el portal institucional del OSCE.

IV. BASE LEGAL

- Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N.º 30225.
- Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada mediante Ley N.º 27444.
- Ley General de Sociedades, aprobada mediante Ley N.º 26887.
- Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, aprobada mediante Decreto Ley N.º 21621.
- Código Civil, aprobado mediante Decreto Legislativo N.º 295.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.

transferencia de sus acciones, participaciones y/o aportes, así como tampoco un procedimiento para dicho fin. (Opinión N.º 124-2017/DTN, de 01-06-2017, ff. 2.1, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CrVdAB>).

- Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- Texto Único de Procedimientos Administrativos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

En la presente Directiva se utilizarán las siguientes referencias:

- **Directiva:** La presente Directiva.
- **Directiva:** La presente Directiva.
- **EIRL:** Empresa Individual de Responsabilidad Limitada.
- **Ley:** Ley de Contrataciones del Estado.
- **Ley N.º 27444:** Ley del Procedimiento Administrativo General.
- **LGS:** Ley General de Sociedades.
- **OSCE:** Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- **Proveedores:** Proveedores de bienes, servicios, consultores y ejecutores de obras, nacionales y extranjeros inscritos en el RNP.
- **Reglamento:** Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- **RNP:** Registro Nacional de Proveedores.
- **RUC:** Registro Único de Contribuyentes.
- **SUNARP:** Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.
- **SUNAT:** Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria.
- **Tribunal:** Tribunal de Contrataciones del Estado.
- **TUPA:** Texto Único de Procedimientos Administrativos del OSCE.

VI. DISPOSICIONES GENERALES

6.1. La información que figura en el formulario oficial tiene carácter de declaración jurada, y junto con la documentación presentada en el marco de los procedimientos seguidos en el RNP, se sujetan al principio de presunción de veracidad. En ese sentido, el proveedor, persona natural o jurídica, nacional o extranjero, o el administrado que integró la persona jurídica que se encuentre sancionado con inhabilitación temporal o definitiva, según corresponda, son responsables de la información y el contenido que se consigne en dicho formulario oficial, y de ser el caso, de los documentos presentados.

6.2. Los documentos e información pueden ser sometidos al procedimiento de fiscalización posterior, según lo establecido en el artículo 32 de la Ley N.º 27444 y en la Directiva aprobada por el OSCE sobre la materia.

6.3. En caso de no encontrarse en la página web de SUNARP la información declarada por el proveedor en los formularios oficiales, el RNP requerirá la presentación de copia de la partida registral actualizado expedido por Registros Públicos.

6.4. La documentación proveniente del extranjero, que tenga por objeto acreditar los requisitos previstos en el TUPA, deberá estar legalizada por el Consulado Peruano corres-

pondiente al lugar de origen de la documentación, refrendado por el Ministerio de Relaciones Exteriores en el Perú y, de ser el caso, con su traducción simple indicando el nombre del traductor; o estar fijados con la Apostilla de la Haya. La legalización deberá constar en el documento original y no en la traducción

PROCEDIMIENTO DE ACTUALIZACIÓN DE INFORMACIÓN

6.5. Los proveedores están obligados a efectuar el procedimiento de actualización de información, cuando se ha producido la variación de la siguiente información: modificación del domicilio, nombre, razón o denominación social, transformación societaria, representante legal, apoderados de personas jurídicas extranjeras no domiciliadas, socios, accionistas, participacionistas o titular, órganos de administración, capital social o patrimonio, distribución de acciones, participaciones y aportes, según lo dispuesto en el artículo 237 del Reglamento.

La información modificada debe coincidir con aquella que figura en la SUNARP, SUNAT, en la institución competente del país de origen (extranjeros), o en alguno de los documentos solicitados en el TUPA para acreditar la información, según corresponda.

6.6. La solicitud respectiva debe realizarse dentro de los diez (10) primeros días hábiles del mes siguiente de ocurrida la variación materia de actualización, de acuerdo al procedimiento establecido en el TUPA, con el objeto de mantener actualizada la información que administra el RNP.

Si el proveedor no hubiese realizado la actualización de información en el plazo antes indicado, deberá efectuar el procedimiento de regularización por actualización extemporánea fijado en el TUPA.

6.7. Al momento de presentar la solicitud de actualización de información, el proveedor debe contar con inscripción vigente en el RNP y no tener sanción vigente impuesta por el Tribunal.

6.8. La actualización de información debe presentarse a través del formulario oficial, en el cual se deberá consignar los datos generales de identificación del solicitante, la información que solicita modificar, así como la "Declaración jurada de veracidad de documentos, información y declaraciones presentadas por el proveedor de bienes, servicios, ejecutor y/o consultor" suscrita en original por el proveedor, su apoderado o representante legal, según corresponda.

Al formulario oficial deberá adjuntarse los requisitos señalados en el TUPA.

6.9. El proveedor puede realizar varias actualizaciones respecto de la información que tiene registrada en el RNP, las cuales deberán ser identificadas expresamente en el formulario oficial.

En estos casos, el proveedor realiza únicamente el pago que corresponda a la tasa de mayor monto de las actualizaciones solicitadas, debiendo cumplir con los requisitos de cada una de ellas, de acuerdo a lo establecido en el TUPA.

Si se verifica alguna variación distinta a la solicitada, se observará el trámite a fin de que el solicitante actualice el resto de la información no comunicada.

6.10. El procedimiento de actualización de información es de evaluación previa. El plazo máximo para resolver es de treinta (30) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de presentada la solicitud.

Dentro del plazo de resolución del trámite, se enviará al proveedor una notificación electrónica a su bandeja de mensajes informándole sobre el resultado de la evaluación, sujeto

a lo señalado en la Disposición Transitoria de la Directiva. Si el resultado de la evaluación es aprobado, finaliza el procedimiento.

La subsanación de las observaciones, deberá efectuarse dentro del plazo que no excederá los veinticinco (25) días hábiles siguientes de haberse presentado la solicitud, culminado dicho periodo el proveedor no podrá presentar mayor documentación. De no subsanarse la observación dentro del plazo señalado, el trámite no será aprobado y su resultado se comunicará a la bandeja de mensajes, sujeto a lo señalado en la Disposición Transitoria de la Directiva.

6.11. Aquellos procedimientos de actualización de información que no hayan sido aprobados pueden ser impugnados a través de los recursos de reconsideración y de apelación, de conformidad con los requisitos establecidos en el TUPA y de acuerdo a lo establecido en la Ley N.º 27444. El plazo para interponer dichos recursos es de quince (15) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente de su notificación. El plazo máximo para resolver la impugnación es de treinta (30) días hábiles.

Las comunicaciones realizadas a través de la bandeja de mensajes del proveedor se entenderán notificadas el mismo día del envío a la bandeja de mensajes, siendo responsabilidad del proveedor el permanente seguimiento del trámite, sujeto a lo señalado en la Disposición Transitoria de la Directiva.

6.12. Si el proveedor presenta una solicitud de actualización de datos teniendo un expediente en evaluación ante el RNP, dicha solicitud de actualización será incorporada al trámite en evaluación, a efectos de ser tomado en cuenta al momento de resolver.

PROCEDIMIENTO DE ACTUALIZACIÓN DE SOCIOS, TITULAR, REPRESENTANTE LEGAL, APODERADO Y/O INTEGRANTE DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN QUE A LA FECHA DE LA IMPOSICIÓN DE SANCIÓN NO PERTENEZCAN A PERSONAS JURÍDICAS INHABILITADAS PUBLICADAS EN EL PORTAL INSTITUCIONAL DEL OSCE

6.13. El socio, titular, representante legal, apoderado y/o integrante del órgano de administración que haya integrado una persona jurídica que se encuentre en la relación de sancionados con inhabilitación temporal y/o definitiva publicada en el portal institucional del OSCE, puede solicitar la modificación de los datos publicados de dicha persona jurídica, de modo que se excluya los nombres del socio, titular, representante legal, apoderado y/o integrante del órgano de administración, siempre que a la fecha de la imposición de la sanción no hayan formado parte de dicha persona jurídica ni en los doce (12) meses anteriores a dicha imposición. Es responsabilidad del proveedor no haber efectuado la actualización de información de manera oportuna y/o correcta ante el RNP que hubiese dado lugar a la publicación de dichos datos.

Los reclamos que se presenten respecto de la información publicada no serán imputables al RNP.

6.14. La solicitud de modificación debe contener una indicación clara y expresa de los hechos que dan lugar al petitorio, así como consignar el correo electrónico, teléfono, el domicilio y la firma en original del administrado.

Si el solicitante fuese una persona jurídica, la solicitud deberá estar suscrita con firma original de su representante legal o apoderado que cuente con facultades suficientes.

6.15. El procedimiento de actualización de socios, titular, representante legal, apoderado y/o integrante del órgano de administración que a la fecha de la imposición de sanción, no pertenezcan a personas jurídicas inhabilitadas publicadas en el portal institucional del

OSCE es de evaluación previa. El plazo máximo para resolver es de treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente de presentada la solicitud.

Dentro del plazo de resolución del trámite, se enviará al proveedor una comunicación sobre el resultado de su evaluación, vía notificación personal o correo electrónico, según el solicitante lo haya considerado. Si el resultado de la evaluación es aprobado, finaliza el procedimiento.

6.16. La subsanación de las observaciones, deberá efectuarse dentro del plazo que no excederá los veinticinco (25) días hábiles siguientes de haberse presentado la solicitud, culminado dicho periodo el proveedor no podrá presentar mayor documentación. De no subsanarse la observación dentro del plazo señalado, el trámite no será aprobado y su resultado se comunicará vía notificación personal o correo electrónico, según el solicitante lo haya considerado.

6.17. Las solicitudes no aprobadas pueden ser impugnados a través de los recursos de reconsideración y de apelación, de conformidad con los requisitos establecidos en el TUPA y de acuerdo a lo establecido en la Ley N.º 27444. El plazo para interponer dichos recursos es de quince (15) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente de su notificación. El plazo máximo para resolver la impugnación es de treinta (30) días hábiles.

6.18. Para la aprobación del procedimiento, los administrados deben cumplir con los requisitos establecidos en el TUPA, según el tipo de persona jurídica y de acuerdo a la condición que figuraba en la organización de la persona jurídica.

VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

7.1. CAMBIO DE DOMICILIO, DE RAZÓN O DENOMINACIÓN SOCIAL, MODIFICACIÓN DEL NOMBRE DE PERSONAS NATURALES Y TRANSFORMACIÓN SOCIETARIA

7.1.1. Proveedor nacional y extranjero domiciliado (sucursal)

De manera previa a la actualización de información, el proveedor debe haber realizado el cambio de domicilio, o el cambio de razón o denominación social o la modificación del nombre de la persona natural ante la SUNAT. El procedimiento de cambio de razón o denominación social comprende la variación por transformación societaria.

Tratándose de personas jurídicas, el cambio de denominación, razón social y la transformación societaria, también deben figurar inscritos ante la SUNARP.

Para la procedencia de la solicitud de cambio de domicilio, a la fecha de presentación de la solicitud de actualización de información y mientras dure el procedimiento hasta la aprobación del mismo, el RUC del proveedor se debe encontrar "activo" y "habido". No proceden las solicitudes con la condición de "suspensión temporal", "suspensión definitiva", o "no habido", "no hallado", "pendiente" u otras similares que no den cuenta de la ubicación del domicilio.

De haberse producido varias modificaciones ante la SUNAT no comunicadas al RNP, para efectos del cómputo del plazo al que se refiere el numeral 6.6 de la Directiva, se considera como fecha de la ocurrencia la primera fecha de modificación realizada ante la SUNAT respecto del domicilio, razón o denominación social o nombre de la persona natural, según sea el caso, que figure en el RNP, siendo aplicables los requisitos establecidos para la regularización, de corresponder.

Si como consecuencia del cambio de la razón o denominación social o transformación societaria, se hubiera producido alguna variación de los órganos de la sociedad, para

efectos del cómputo del plazo, se considera como fecha de la ocurrencia la fecha de inscripción de la razón social en SUNAT.

En caso de transformación societaria a una sociedad anónima, se deberá acreditar con el libro de matrícula de acciones la nueva composición de socios.

7.1.2. Proveedor extranjero no domiciliado

De manera previa a la comunicación de la ocurrencia, el proveedor extranjero no domiciliado debe haber efectuado la modificación respectiva ante la autoridad competente de su país de origen.

En el caso de cambio de domicilio y/o cambio de razón o denominación social, el proveedor extranjero no domiciliado debe presentar copia simple del documento, expedido en el país de origen, donde figure el cambio solicitado, con las formalidades establecidas en el numeral 6.4 de la Directiva.

La persona jurídica extranjera no domiciliada (matriz) que comunique la constitución de una sucursal en Perú, deberá previamente haberlo registrado ante SUNARP y SUNAT.

Finalmente, el proveedor extranjero domiciliado (sucursal) que tramite su cambio a proveedor extranjero no domiciliado (matriz) deberá acreditar la extinción de la sucursal inscrita en la SUNARP.

7.2. ACTUALIZACIÓN DE REPRESENTANTE LEGAL, APODERADO Y DE LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN

La actualización de representante legal, apoderado y de los órganos de administración de la persona jurídica comprende su nombramiento, revocación, renuncia, modificación o sustitución.

7.2.1. Proveedor nacional

De manera previa, la persona jurídica solicitante debe haber inscrito el cambio de representante legal o de los miembros del órgano de administración, según corresponda, ante la SUNARP.

Para efectos del cómputo del plazo al que se refiere el numeral 6.6, se considera como fecha de la ocurrencia la fecha de inscripción en SUNARP del documento que da mérito al cambio de representante o de los órganos de administración.

Dicha inscripción debe efectuarse en un plazo de treinta (30) días calendario contados a partir de la fecha de realización del acto o de aprobación del acta en la que conste el acuerdo respectivo. Si se efectuara en forma posterior, el cómputo del plazo para la actualización de información correrá desde la fecha de ingreso del representante u órgano de administración que figure en el acta, escritura pública u otro documento que dio mérito a la inscripción.

7.2.2. Proveedor extranjero domiciliado y no domiciliado

Los cambios de representante legal de personas jurídicas extranjeras domiciliadas (sucursal) o apoderado en el Perú de personas jurídicas extranjeras no domiciliadas (matriz), deben cumplir con la disposición del primer párrafo establecida en el numeral 7.2.1 de la Directiva. En el caso de apoderados solo es obligatoria la actualización de aquellos que cuentan con poder de representación en procedimientos administrativos ante entidades públicas.

Cuando la solicitud corresponda a un cambio de representante legal u órganos de administración en la persona jurídica extranjera no domiciliada (matriz), el proveedor solicitan-

te previamente debe haber realizado el cambio ante la entidad equivalente a los Registros Públicos del Perú, en su país de origen. Para este supuesto, se deberá presentar copia del documento expedido por la autoridad competente donde conste inscrito el cambio solicitado, con las formalidades indicadas en el numeral 6.4 de la Directiva.

Para efectos del cómputo del plazo al que se refiere el numeral 6.6 de la Directiva, se considera como fecha de la ocurrencia la fecha de inscripción de la modificación ante la entidad competente del país de origen o del documento que lo acredite, según sea el caso.

7.3. CAMBIO DE SOCIOS, ACCIONISTAS, PARTICIPACIONISTAS O TITULAR, DISTRIBUCIÓN DE ACCIONES, PARTICIPACIONES O APORTES

7.3.1. Proveedor Nacional

De manera previa a la actualización de información, la persona jurídica solicitante debe haber realizado el cambio de socios, accionistas, participacionistas o titular ante la SUNARP.

Lo anterior es aplicable a todas las sociedades, en lo que corresponda, salvo cuando se trate de sociedades anónimas, en cuyo caso debe verificarse que el cambio se encuentre registrado en el libro de matrícula de acciones.

El procedimiento de cambio de socios, accionistas o participacionistas, comprende además del cambio o reemplazo, la adición y el retiro de uno o varios socios, accionistas o participacionistas, siempre que no se afecte la pluralidad mínima establecida en el artículo 4 de la LGS, salvo que se encuentre dentro del plazo de recomposición, así como la distribución de acciones, participaciones o aportes.

Para efectos del cómputo del plazo al que se refiere el numeral 6.6 de la Directiva, se considera como fecha de la ocurrencia la de inscripción del cambio de los socios, accionistas, participacionistas o titular, así como de la distribución de acciones, participaciones o aportes ante la SUNARP, o en el caso de las sociedades anónimas, la fecha que figura en el libro de matrícula de acciones. Asimismo, en este último supuesto es de presentación obligatoria la documentación que acredite a los nuevos accionistas y/o la variación de la distribución accionarial.

El procedimiento de cambio de socios, accionistas, participacionistas o titular, además, será utilizado para el registro de aumento o reducción de capital social que figura inscrito en el RNP, de forma conjunta a la actualización de socios o de la variación de la distribución de las acciones, participaciones o aportes. Cuando se trate de Empresas individuales de Responsabilidad Limitada, el procedimiento comprende el cambio del titular o la variación de los aportes.

7.3.2. Proveedores extranjeros domiciliados y no domiciliados

Previamente el proveedor debe haber realizado la variación de socios, accionistas, participacionistas o titular, de acuerdo a la legislación de su país de origen, debiendo presentar el documento equivalente al libro de matrícula de acciones, y solo cuando su normativa no lo exija, el acta de junta, escritura pública u otro documento oficial donde conste el cambio solicitado, con las formalidades establecidas en el numeral 6.4 de la Directiva.

Para efectos del cómputo del plazo al que se refiere el numeral 6.6 de la Directiva, se considera como fecha de la ocurrencia la fecha de inscripción de la modificación ante la entidad competente del país de origen o del documento que lo acredite, según sea el caso.

7.4. CONSECUENCIAS POR NO COMUNICAR LA ACTUALIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN

De conformidad con lo establecido en el artículo 237 del Reglamento, cuando por una denuncia se advierta el incumplimiento de comunicar la actualización de la información señaladas en los numerales 7.2 y 7.3 de la Directiva, la Dirección del RNP cancelará la vigencia de inscripción o renovación de los proveedores omisos, mediante resolución notificada al domicilio registrado en el RNP, sin perjuicio que el proveedor pueda posteriormente solicitar la renovación de la vigencia de la inscripción en el RNP cumpliendo con los requisitos establecidos en el TUPA.

No se considerará omiso al proveedor que haya declarado la información materia de denuncia en un trámite de renovación anticipada, aumento de capacidad máxima de contratación o ampliación de especialidad y categoría que se encuentre en estado de evaluación.

Contra la resolución que cancela la vigencia procede el recurso de reconsideración ante la Dirección del RNP, el cual se interpone en el plazo de quince (15) días hábiles desde el día siguiente de la notificación. La resolución que resuelve el recurso de reconsideración agota la vía administrativa.

La cancelación de la vigencia procederá a partir del día calendario siguiente de vencido el plazo de quince (15) días hábiles para impugnar la primera resolución, o a partir del día calendario siguiente de notificada válidamente la resolución que declara infundado el recurso de reconsideración; debiendo entenderse que a partir de dicha fecha el proveedor no cuenta con inscripción vigente en el RNP para todos los efectos.

VIII. DISPOSICIÓN TRANSITORIA

8.1. Las notificaciones de los procedimientos de actualización de información y de los recursos de reconsideración y apelación que se interpongan, serán realizadas de manera electrónica en la bandeja de mensajes, en la medida que esta sea implementada en el sistema del RNP de manera progresiva. En tanto no se culmine la implementación antes mencionada, la notificación de dichos procedimientos será realizada al domicilio del proveedor, de su apoderado o de su representante legal y/o al correo electrónico fijado en el formulario oficial correspondiente.

IX. DISPOSICIONES FINALES

9.1. La presente directiva entrará en vigencia en la fecha de publicación en el Diario Oficial El Peruano de la norma que apruebe el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.

9.2. A partir de la vigencia de la presente directiva deróguese la Directiva N.º 014-2012-OSCE/CD.

Jesús María, enero del 2016

D-013**DIRECTIVA N.º 013-2016-OSCE/CD****PROCEDIMIENTO DE EXPEDICIÓN DE LAS CONSTANCIAS DE NO ESTAR INHABILITADO O SUSPENDIDO PARA CONTRATAR CON EL ESTADO, CAPACIDAD LIBRE DE CONTRATACIÓN E INFORMATIVA DE NO ESTAR INHABILITADO O SUSPENDIDO**

(Aprobada por la Resolución N.º 020-2016-OSCE/PRE [EP, 11-01-2016])

I. FINALIDAD

Precisar las disposiciones que deben observarse en los procedimientos de expedición de las constancias de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado, capacidad libre de contratación e informativa de no estar inhabilitado o suspendido.

OPINIONES DEL OSCE

§ 2238. **La subcontratación y la capacidad máxima de contratación.** [...] **CONCLUSIONES: 3.1.** Si bien la normativa de contrataciones del Estado establece que la constancia libre de contratación debe ser presentada por el proveedor ganador de la buena pro, ello no exime a la Entidad de la obligación de verificar el cumplimiento de los artículos 35 de la Ley y el 124 del Reglamento [cfr. art. 147 del Nuevo Reglamento], así como que el subcontratista, en su calidad de ejecutor de obras inscrito en el RNP, posea un capacidad de contratación que garantice el nivel técnico y la solvencia económica suficientes para ejecutar obras públicas, disminuyéndose el riesgo de posibles incumplimientos de las obligaciones contractuales objeto de la subcontratación que fueron aprobadas por la Entidad. **3.2.** Los subcontratos, de acuerdo a la Ley [Ley N.º 30225], el Reglamento [Decreto Supremo N.º 350-2015-EF] y la Directiva aplicable [Directiva N.º 013-2016-OSCE/CD (**D-013**)], forman parte del record de ejecución de obras por parte de los ejecutores de obras, por lo que debe seguirse los procedimientos previstos en dicha normativa así como el Procedimiento TUPA OSCE que resultara aplicable, de acuerdo a lo señalado en la presente Opinión, a fin de que pueda incrementar su capacidad máxima de contratación, según corresponda. **3.3.** En el caso en el caso que un ejecutor de obras sin experiencia quiera aumentar su capacidad máxima de contratación podrá solicitar el aumento de su capital o depósito, de acuerdo a lo señalado en el literal a) del numeral 7.1.3.2 de la citada Directiva. Sin embargo, en caso el ejecutor de obras acredite experiencia se procederá según lo descrito en el literal b) del numeral 7.1.3.2. (Opinión N.º 022-2017/DTN, de 31-01-2017, ff. 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DtZMMH>).

II. OBJETO

Fijar reglas complementarias para los procedimientos de expedición de las constancias de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado, capacidad libre de contratación e informativa de no estar inhabilitado o suspendido.

III. ALCANCE

La presente Directiva es de cumplimiento obligatorio para los proveedores, así como para las Entidades que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme al artículo 3 de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado del Estado.

IV. BASE LEGAL

- Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N.º 30225.
- Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada mediante Ley N.º 27444.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.
- Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- Texto Único de Procedimientos Administrativos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

En la presente Directiva se utilizarán las siguientes referencias:

- **Directiva:** La presente Directiva.
- **Ley:** Ley de Contrataciones del Estado.
- **Ley N.º 27444:** Ley del Procedimiento Administrativo General.
- **OSCE:** Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- **Reglamento:** Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- **RNP:** Registro Nacional de Proveedores.
- **SEACE:** Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado.
- **Tribunal:** Tribunal de Contrataciones del Estado.
- **TUPA:** Texto Único de Procedimientos Administrativos del OSCE.

VI. DEFINICIONES

- **Constancia de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado:** Es el documento expedido por el OSCE que acredita que un proveedor inscrito en el RNP no se encuentra incluido en la Relación de proveedores sancionados para contratar con el Estado, según el modelo del Anexo 01 de la Directiva.
- **Constancia de capacidad libre de contratación:** Es el documento expedido por el OSCE que acredita el monto disponible de la capacidad máxima de contratación hasta por el cual puede contratar con el Estado un proveedor inscrito en el RNP como ejecutor de obras, según el modelo del Anexo 02 de la Directiva.

- **Constancia informativa de no estar inhabilitado o suspendido:** Es el documento expedido por el OSCE que acredita que una persona natural o jurídica, inscrita o no en el RNP, no se encuentra incluida en la Relación de proveedores sancionados para contratar con el Estado. Este documento es solamente de carácter informativo y no es válido para firmar contrato con el Estado, según el modelo del Anexo 03 de la Directiva.
- **Relación de proveedores sancionados para contratar con el Estado:** Comprende a los proveedores, participantes, postores o contratistas sancionados administrativamente por el Tribunal con inhabilitación temporal o definitiva, o con suspensión por multa impaga, para participar o ser postor en cualquier procedimiento de selección o contratar con el Estado. Esta relación es de consulta pública para las Entidades, proveedores y público en general en el portal web del OSCE.

VII. DISPOSICIONES GENERALES

7.1. El OSCE es el encargado de expedir la Constancia de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado, la Constancia de capacidad libre de contratación y la constancia informativa de no estar inhabilitado o suspendido, a través de la Subdirección de Servicios de Información Registral y Fidelización del Proveedor de la Dirección del RNP.

7.2. La Constancia de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado, la Constancia de capacidad libre de contratación y la Constancia informativa de no estar inhabilitado o suspendido, se tramitan en la Sede Central o en cualquiera de las Oficinas Desconcentradas del OSCE.

7.3. La solicitud presentada debe ser recibida sin que en ningún caso se pueda calificar, negar o diferir su admisión. La persona que atiende el trámite recibe la solicitud y anota bajo su firma en el propio documento, la hora, fecha y lugar de recepción, el número de fojas y documentos acompañados. Como constancia de recepción, se entrega la copia de la solicitud presentada con las anotaciones respectivas.

7.4. En caso de que no exista ninguna observación al trámite, se hará entrega de la constancia solicitada en la misma fecha de presentada la solicitud, salvo que existan razones de fuerza mayor que difiera la atención del trámite, en cuyo caso se anotará la correspondiente justificación en la copia de la solicitud.

7.5. La Constancia de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado y la Constancia de capacidad libre de contratación, pueden ser solicitada únicamente por el proveedor ganador de la buena pro, su representante o apoderado, según sea el caso, que figure en la base de datos del RNP; en su defecto, deberá acreditar su representación con copia simple de la vigencia de poder. Para acreditar la identidad de las personas antes descritas, o del tercero presentante de la solicitud, de ser el caso, aquel deberá exhibir su documento de identidad con la presentación de la solicitud de constancia.

7.6. La Constancia informativa de no estar inhabilitado o suspendido, puede ser tramitada por cualquier administrado.

7.7. De acuerdo con los artículos 117 y 151 del Reglamento, la Constancia de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado y la Constancia de capacidad libre de contratación, son requisitos formales que el proveedor ganador de la buena pro debe presentar a la Entidad como condición para la suscripción del contrato. En tal sentido, cuando figure el estado "contratado" en la ficha del procedimiento de selección del SEACE, no se expedirán dichas constancias en vía de regularización. Asimismo, el RNP hará de conocimiento del órgano de control de institucional y de la Contraloría General de la República.

7.8. La medida cautelar dictada en un proceso judicial que deje sin efecto una sanción impuesta por el Tribunal, será publicitada en las constancias de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado, de capacidad libre de contratación e informativa de no estar inhabilitado o suspendido, con indicación de los datos del juzgado y del juez que la concedió. Esta publicidad se realiza durante la vigencia de la medida cautelar.

7.9. Cuando en la ficha del SEACE del procedimiento de selección figure registrado la interposición de un recurso de apelación, no se emitirá la constancia solicitada, en tanto no sea resuelto por el órgano competente y la buena pro figure en estado "consentido". Cabe precisar que, conforme a lo detallado en el TUPA del OSCE, dicho estado del sistema comprende al consentimiento de la buena pro como a su estado administrativamente firme.

7.10. No procede la emisión de la Constancia de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado y la Constancia de capacidad libre de contratación, cuando el procedimiento de selección se encuentre suspendido por efecto del procesamiento de la acción de supervisión por el OSCE, de conformidad con lo establecido en el literal q) del artículo 52 de la Ley.

7.11. Cuando el ganador de la Buena Pro sea un consorcio, cada uno de sus integrantes debe tramitar la constancia de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado y la constancia de capacidad libre de contratación, según corresponda.

7.12. En caso de pérdida automática de la Buena Pro, el nombre del postor que ocupe el segundo lugar en el orden de prelación debe figurar con Buena Pro consentida en la ficha del procedimiento de selección del SEACE.

7.13. La Entidad podrá validar y descargar las constancias de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado y de capacidad libre de contratación ingresando el número y año de la constancia que se consulta, a través de la página web del OSCE (<http://www.osce.gob.pe>), sección RNP pestaña ENTIDADES - opción validación de constancias debiendo seleccionar "no estar inhabilitado" o "capacidad libre de contratación", luego ingresar el número y año de la constancia que se consulta.

7.14. La Entidad es responsable del registro adecuado de las actuaciones relativas al procedimiento de selección en el SEACE, por lo que la emisión de las constancias de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado y de capacidad libre de contratación no convalidan los errores u omisiones en que hayan incurrido.

7.15. De conformidad con la Ley N.º 27444, la información declarada en el formulario de solicitud de la constancia de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado y en la constancia de capacidad libre de contratación, tiene calidad de declaración jurada sujeto a fiscalización posterior, por lo que deben presentarse con la firma en original del proveedor ganador de la Buena Pro, su representante o apoderado, según sea el caso.

VIII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

8.1. CONSTANCIA DE NO ESTAR INHABILITADO O SUSPENDIDO PARA CONTRATAR CON EL ESTADO

8.1.1. Tramitación

De conformidad con el artículo 117 del Reglamento, el postor ganador de la Buena Pro debe tramitar la constancia de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado ante el OSCE, a fin de perfeccionar el contrato con la Entidad derivado de los siguientes procedimientos:

a) Licitación Pública;

- b) Concurso Público;
- c) Adjudicación Simplificada;
- d) Selección de Consultores Individuales;
- e) Subasta Inversa Electrónica;
- f) Contrataciones Directas:
 - f.1. Situación de desabastecimiento.
 - f.2. Proveedor único.
 - f.3. Servicios personalísimos.
 - f.4. Servicios de publicidad para el Estado.
 - f.5. Servicios de consultoría distintos a las consultorías de obra que son continuación y/o actualización de un trabajo previo ejecutado por un consultor individual.
 - f.6. Contratación de bienes o servicios con fines de investigación, experimentación o desarrollo de carácter científico o tecnológico.
 - f.7. Para el arrendamiento de bienes inmuebles y la adquisición de bienes inmuebles existentes.
 - f.8. Para los servicios especializados de asesoría legal para la defensa de funcionarios, servidores o miembros de las fuerzas armadas y policiales, conforme al inciso k) del artículo 27 de la Ley.
 - f.9. Contrataciones derivadas de un contrato resuelto o declarado nulo cuya continuidad de ejecución resulta urgente.
 - f.10. Para contratar servicios educativos de capacitación que cuenten con un procedimiento de admisión o selección para determinar el ingreso o aceptación de las personas interesadas, por parte de las entidades educativas que los brindan.
- g) Contrataciones complementarias de bienes o servicios.

8.1.2. Excepciones

El proveedor se encuentra exceptuado de tramitar la constancia de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado a fin de perfeccionar el contrato derivado de los siguientes procedimientos de selección y métodos de contratación:

- a) Comparación de precios;
- b) Catálogos electrónicos de acuerdo marco;
- c) Contrataciones que se realicen bajo el supuesto del literal a) del artículo 5 de la Ley.
- d) Contrataciones directas:
 - d.1. Contratación entre Entidades, siempre que la Entidad que actúa como contratista no sea empresa del Estado, conforme al último párrafo del artículo 117 del Reglamento.
 - d.2. Situación de emergencia.
 - d.3. Contrataciones con carácter secreto, secreto militar o por razones de orden interno.

En estos casos es responsabilidad de la Entidad efectuar la verificación correspondiente en la página web del OSCE.

Asimismo, no procede expedir la constancia de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado, conforme el artículo 235 del Reglamento a:

- 1) Las sociedades conyugales y las sucesiones indivisas para celebrar contratos sobre bienes y servicios.
- 2) Las Entidades del Estado comprendidas en el inciso 3.1. del artículo 3 de la Ley que de- seen participar como proveedores en procedimientos de selección convocados por otras Entidades Públicas.

8.1.3. Procedimiento

- a) El proveedor ganador de la Buena Pro debe ingresar a la página web del OSCE, seleccionar la pestaña "Tupa/Trámites y Formularios", y descargar el formulario oficial "Solicitud de Constancias", en el cual seleccionará el tipo de constancia y los datos solicitados.
- b) Para que proceda la emisión de la constancia de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado, es requisito que en la ficha del procedimiento de selección del SEACE figure el estado consentido, salvo en los casos de las contrataciones directas.
- c) Para tramitar la constancia de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado, el proveedor debe contar con inscripción vigente en el RNP, de acuerdo al objeto del procedimiento de selección, y no estar incluido en la Relación de proveedores sancionados para contratar con el Estado.
- d) En los procedimientos de selección por ítems, el proveedor ganador puede solicitar una constancia de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado por todos los ítems, o por cada uno de ellos.
- e) Tratándose de una compra corporativa, la Constancia de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado se emite a nombre de la Entidad que ha estado a cargo de su convocatoria, expidiéndose por el monto total adjudicado por todos los ítems, o por cada uno de ellos.
- f) En el caso que el ganador de la Buena Pro sea un consorcio, la constancia de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado debe ser tramitada por cada uno de los integrantes del consorcio.
- g) Para las contrataciones complementarias, el contrato principal y sus adendas, de ser el caso, deben estar publicados en el SEACE, caso contrario, se deberá adjuntar copia simple de los mismos. El estado del procedimiento de selección en el SEACE debe figurar como "contratado".

8.2. CONSTANCIA DE CAPACIDAD LIBRE DE CONTRATACIÓN

8.1.4. Tramitación

De conformidad con el artículo 151 del Reglamento, el ejecutor de obras ganador de la Buena Pro debe tramitar la constancia de capacidad libre de contratación, a fin de perfeccionar el contrato derivado de los siguientes procedimientos de selección:

- a) Licitación Pública.
- b) Adjudicación Simplificada.
- c) Contratación Directa en el supuesto que derive de un contrato resuelto o declarado nulo cuya continuidad de ejecución resulte urgente, conforme al inciso 10 del artículo 85 del Reglamento.

8.1.5. Excepciones

El proveedor ganador de la Buena Pro se encuentra exceptuado de tramitar la constancia de capacidad libre de contratación a fin de perfeccionar el contrato derivado de las siguientes contrataciones directas:

- a) Situación de Emergencia.
- b) Contrataciones con carácter secreto, secreto militar o por razones de orden interno.

8.1.6. Procedimiento

a) El ejecutor de obra adjudicatario de la buena pro debe ingresar a la página web del OSCE, seleccionar la pestaña "Tupa/Trámites y Formularios", y descargar el formulario oficial "Solicitud de Constancias", en el cual consignará el tipo de constancia y los datos solicitados.

b) Para que proceda la emisión de la Constancia de capacidad libre de contratación, es necesario que en la ficha del procedimiento de selección del SEACE figure el estado consentido, y encontrarse el solicitante al día en la declaración del récord de obras, contar con inscripción vigente en el RNP como ejecutor de obras, y no estar incluido en la Relación de proveedores sancionados para contratar con el Estado.

c) La capacidad libre de contratación es el monto no comprometido de la capacidad máxima de contratación y se obtiene deduciendo de ésta las obras públicas adjudicadas que cuentan con constancia de capacidad libre de contratación expedidas por el RNP.

d) La capacidad máxima de contratación es comprometida al momento de la expedición de la Constancia de capacidad libre de contratación, y se va restituyendo de acuerdo a la declaración de lo valorizado por los avances de las obras públicas contratadas y reportadas a través del módulo de record de obras habilitado en la página web del OSCE.

e) En el caso de consorcios, estos solicitarán la correspondiente constancia de capacidad libre de contratación para cada integrante con indicación del porcentaje de participación, adjuntando la copia de la promesa de consorcio legalizada presentada con la oferta en el procedimiento de selección, donde la capacidad libre de contratación deberá ser igual o superior al porcentaje equivalente al monto de las obligaciones a las que se compromete cada uno de los integrantes del consorcio.

f) No procede expedir la constancia de capacidad libre de contratación cuando se detecte que el contenido de la promesa de consorcio, respecto de la identificación de sus integrantes, las obligaciones y porcentaje de las obligaciones de cada uno de sus integrantes, difiera de la información que la Entidad registró en el SEACE.

g) En el caso de contratación de obras por paquete, se expedirá una constancia de capacidad libre de contratación por cada obra incluida en el paquete.

h) Cuando por circunstancias sobrevinientes a su emisión, tales como declaratoria de desierto como consecuencia de la pérdida de buena pro, cancelación, nulidad del procedimiento de selección, entre otras, que interrumpan el perfeccionamiento del contrato, previa solicitud del ejecutor de obras, el RNP cancelará la constancia de capacidad libre de contratación a efectos de restituir el monto de la capacidad máxima de contratación afectado.

8.3. CONSTANCIA INFORMATIVA DE NO ESTAR INHABILITADO O SUSPENDIDO

La Constancia informativa de no estar inhabilitado o suspendido puede ser tramitada por cualquier interesado respecto de las sanciones vigentes que tuviera cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjero en la Relación de proveedores sancionados para contratar con el Estado.

De requerirse información histórica de las sanciones del proveedor, esta se solicitará a través del procedimiento "información analítica por proveedor" contemplado en el TUPA del OSCE.

IX. DISPOSICIÓN FINAL

9.1. La presente Directiva entrará en vigencia en la fecha de publicación en el Diario Oficial El Peruano de la norma que apruebe el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.

X. ANEXOS

- Anexo N.º 1 - Constancia de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado.
- Anexo N.º 2 - Constancia de capacidad libre de contratación.
- Anexo N.º 3 - Constancia informativa de no estar inhabilitado o suspendido.

Véase los anexos aquí: <bit.ly/2tRlftl>

Jesús María, enero de 2016

D-014**DIRECTIVA N.º 012-2016-OSCE/CD****PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DEL RÉCORD DE EJECUCIÓN Y CONSULTORÍA DE OBRAS EN EL REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES (RNP)**

(Aprobada por la Resolución N.º 019-2016-OSCE/CD [EP, 11-01-2016])

I. FINALIDAD

Desarrollar el procedimiento de declaración del récord de ejecución y consultoría de obras ante el Registro Nacional de Proveedores, en adelante RNP.

II. OBJETO

Regular la obligación del ejecutor y del consultor de obras de declarar la información detallada de los contratos suscritos con las Entidades comprendidas en el artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado, y adicionalmente para el ejecutor de obras la obligación de declarar las respectivas valorizaciones periódicas aprobadas por el supervisor o inspector, hasta la culminación de la obra, ante el RNP.

III. ALCANCE

La presente Directiva es de aplicación obligatoria para los ejecutores y consultores de obras inscritos en el RNP, independientemente del estado de la vigencia de su registro.

IV. BASE LEGAL

- Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N.º 30225.
- Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada mediante Ley N.º 27444.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.
- Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- Texto Único de Procedimientos Administrativos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

En la presente Directiva se utilizarán las siguientes referencias:

- **Directiva:** La presente Directiva.

- **Ley:** Ley de Contrataciones del Estado.
- **OSCE:** Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- **Reglamento:** Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- **RNP:** Registro Nacional de Proveedores.

VI. DEFINICIONES

- **Declaración del récord de ejecución de obras o de consultoría de obras:** Es efectuada por el ejecutor o consultor de obras dentro del plazo de diez (10) días hábiles del mes siguiente a la fecha de suscribir contratos con Entidades enmarcadas dentro de la Ley y el Reglamento. En el caso del ejecutor de obras, incluye las respectivas valorizaciones periódicas aprobadas por el supervisor o inspector, adicionales y/o deductivos si los hubiera, de cada contrato de obra en ejecución, desde la suscripción del contrato hasta la culminación de la obra.
- **Rectificación no sustancial del récord de ejecución de obras o consultoría de obras:** Es efectuada por el ejecutor o consultor de obras con la finalidad de corregir o modificar los datos previamente registrados en los procedimientos de declaración o regularización de récord de ejecución de obras o consultoría de obras con respecto al tipo de proceso, número de proceso y/o el nombre de la Entidad o cuando se retire alguna obra o consultoría de obra comunicada erróneamente.
- **Rectificación sustancial del récord de ejecución de obras o consultoría de obras:** Es efectuada por el ejecutor o consultor de obras con la finalidad de corregir o modificar los datos previamente registrados en los procedimientos de declaración o regularización de récord de ejecución o consultoría de obras con respecto a las fechas de contratos, montos de contratos, adicionales, deductivos y/o valorizaciones periódicas, según corresponda. En caso de solicitar la modificación de las valorizaciones periódicas, se deberá adjuntar el documento aprobado por el supervisor o inspector mediante el cual se acredite el monto a rectificar.
- **Regularización de la declaración del récord de ejecución de obras o consultoría de obras:** Es presentada por el ejecutor o consultor de obras con la finalidad de subsanar la omisión del procedimiento de declaración del récord de ejecución o consultoría de obras; o que habiéndolo informado en su oportunidad, omitió declarar una o más obras o consultoría de obras.

VII. DISPOSICIONES GENERALES

7.1. Se encuentran obligados a realizar las declaraciones del récord, todos los ejecutores y consultores de obras con inscripción en el RNP, sea que esta se encuentre o no vigente.

7.2. La obligación de la declaración del record de ejecución de obras persiste aun cuando no se haya realizado una valorización periódica mensual, debiendo el ejecutor de obras declarar el monto de cero (0,00).

7.3. La declaración y rectificación no sustancial del récord de ejecución y consultoría de obras se realizarán electrónicamente vía web a través de la sección RNP del Portal Institucional del OSCE; y, de forma presencial, en los supuestos de rectificación sustancial y regularización del récord de ejecución y consultoría de obras, a través de los formatos DRNP-SOR-FOR-0011/Ejecutor de Obras y DRNP-SOR-FOR-0012/Consultor de Obras, según corresponda, que se podrá descargar del Portal Institucional del OSCE.

7.4. La rectificación sustancial o regularización de la declaración del récord de consultoría de obras podrá realizarse, siempre que el consultor no haya contratado por especialidades distintas a las otorgadas por el RNP.

En el caso que haya contratado por especialidades distintas, dicha situación debe ser comunicada al Tribunal de Contrataciones del Estado.

7.5. La rectificación sustancial o regularización de la declaración del récord de ejecución de obras podrá realizarse, siempre que la información a rectificar o regularizar, según corresponda, no haya beneficiado al ejecutor en la suscripción de contratos por montos superiores a su capacidad libre de contratación y/o en su participación en otros procedimientos de selección.

En el caso que haya contratado por montos superiores a su capacidad máxima de contratación, dicha situación debe ser comunicada al Tribunal de Contrataciones del Estado.

7.6. En caso se resuelva el contrato de una obra que aún no ha terminado de valorizarse, el proveedor puede solicitar la liberación de su capacidad de contratación aún comprometida. Para tal efecto deberá presentar el sustento por el cual una de las partes o ambas resuelven el contrato.

VIII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

8.1. DECLARACIÓN ELECTRONICA VÍA WEB DEL RÉCORD DE EJECUCIÓN Y CONSULTORÍA DE OBRAS

8.1.1. Obligatoriedad

El ejecutor y consultor de obras se encuentra obligado a efectuar la declaración electrónica a través de la página web del OSCE sección RNP: <http://portal.osce.gob.pe/rnp/>.

La declaración electrónica del récord es gratuita.

8.1.2. Supuestos de declaración electrónica vía web

La declaración electrónica del récord de ejecución y consultoría de obras vía web se realiza en los siguientes supuestos:

a) Declaración del récord de ejecución de obras

El ejecutor de obras debe efectuar la declaración del récord dentro de los primeros diez (10) días hábiles del mes siguiente en que se suscribieron los contratos, se aprobaron obras adicionales y/o deductivos, y/o se efectuaron las valorizaciones periódicas aprobadas por el supervisor o inspector del contrato de obra, según corresponda.

Si dentro del plazo establecido el ejecutor de obras no hubiese efectuado ninguna declaración, al décimo primer (11) día hábil el sistema del RNP automáticamente realizará la declaración sin obras (declaración en blanco), siempre que no cuente con saldo pendiente por valorizar del mes anterior. Asimismo, si el ejecutor de obras no hubiese efectuado ninguna declaración dentro del plazo establecido y cuente con saldo pendiente por valorizar del mes anterior, el sistema RNP al décimo primer (11) día hábil le bloqueará la declaración, no permitiéndoles informar sus obras hasta que regularice los meses pendientes como lo señala el literal a) del numeral 8.2.1 de la presente Directiva.

b) Declaración del récord de consultoría de obras

El consultor de obras debe efectuar la declaración del récord dentro de los primeros diez (10) días hábiles del mes siguiente en que se suscribieron los contratos de consultoría de obras.



Si dentro del plazo establecido el consultor de obras no hubiese efectuado ninguna declaración, al décimo primer (11) día hábil, el sistema del RNP automáticamente realizará la declaración sin consultoría de obras (declaración en blanco).

c) Rectificación no sustancial vía web del récord de ejecución o consultoría de obras

El ejecutor o consultor de obras podrá modificar vía web la información registrada previamente en los procedimientos de declaración o regularización del récord como lo señala el numeral 6.2 de la presente Directiva.

Esta rectificación se podrá realizar después que se haya advertido el error luego de haber efectuado el procedimiento de declaración o regularización del récord de ejecución o consultoría de obras, según corresponda.

8.1.3. Procedimiento

a) Para efectos de realizar la declaración del récord, el ejecutor o consultor de obras debe ingresar a la página web del OSCE sección RNP: <http://porta.osce.gob.pe/rnp/>, seleccionar el enlace "Operaciones en Línea - Con Clave RNP" y la opción "trámites en línea", donde deberá consignar su número de RUC y clave RNP.

b) Seguidamente, debe seleccionar la opción "récord de obras". Esta opción le dará acceso a la pantalla de inicio del módulo de declaración del récord de ejecución y consultoría de obras, en la cual se podrá visualizar la selección automática que realiza el sistema del RNP, según se trate de ejecutor y/o consultor de obras. En caso el proveedor se encuentre inscrito en ambos registros, la declaración debe efectuarse por separado.

c) El módulo de declaración de récord de ejecución y consultoría de obras presentará las siguientes opciones:

- **Registro de Récord**

Esta opción permite realizar la declaración mensual del récord de ejecución y consultoría de obras dentro del plazo establecido y, de ser el caso, la rectificación no sustancial. Incluye las siguientes acciones:

- i) Declaración de récord: La que se efectúa dentro de los primeros diez (10) días hábiles del mes siguiente de la suscripción del contrato o valorización.
- ii) Rectificación no sustancial de récord: Es la rectificación que se realiza en forma electrónica vía web conforme lo señalado en el numeral 6.2 y en literal c) del numeral 8.1.2.

- **Reporte de Récord**

Esta opción permite visualizar todos los récords declarados vía web y en forma presencial, ya sea que el ejecutor o consultor de obra haya tenido o no inscripción vigente en el RNP.

8.2. DECLARACIÓN PRESENCIAL DEL RÉCORD DE EJECUCIÓN Y CONSULTORÍA DE OBRAS

8.2.1. Supuestos de declaración presencial

La declaración presencial del récord de ejecución y consultoría de obras se presenta en los supuestos de regularización y de rectificación sustancial del récord, el cual amerita el pago de la tasa correspondiente.

a) Regularización del récord de ejecución de obras

El ejecutor de obras podrá presentar la declaración del récord en forma extemporánea, es decir, fuera del plazo de diez (10) días hábiles señalado en el literal a) del numeral 8.1.2 de

la presente Directiva, con el objeto de subsanar la omisión de la declaración de récord de un determinado mes; o que habiendo declarado omitió la declaración de una o más obras, el cual podrá efectuarlo después que se haya advertido el error luego de haber realizado el procedimiento de declaración de récord de ejecución de obras. Para tal efecto, debe realizar el pago de la tasa fijada en el TUPA del OSCE.

b) Regularización del récord de consultoría de obras

El consultor de obras podrá presentar la declaración del récord en forma extemporánea, es decir, fuera del plazo de diez (10) días hábiles señalado en el literal b) del numeral 8.1.2 de la presente Directiva, con el objeto de subsanar la omisión de la declaración de récord de un determinado mes; o que habiendo declarado omitió la declaración de una o más consultorías de obras, el cual podrá efectuarlo después que se haya advertido el error luego de haber realizado el procedimiento de declaración de récord de consultoría de obras. Para tal efecto, debe realizar el pago de la tasa fijada en el TUPA del OSCE.

c) Rectificación sustancial del récord de ejecución o consultoría de obras

El ejecutor o consultor de obras podrá modificar en forma presencial la información registrada previamente en el procedimiento de declaración o regularización del récord de ejecución o consultoría de obras como lo señala el numeral 6.3 de la presente Directiva.

Esta rectificación se podrá realizar después que se haya advertido el error luego que se haya realizado el procedimiento de declaración o regularización del record de ejecución o consultoría de obras, según corresponda. Para tal efecto, debe realizar el pago de la tasa fijada en el TUPA del OSCE.

8.2.2. Procedimiento

a) La regularización o rectificación sustancial de la declaración del récord se realiza mediante el formulario oficial "Información sobre Récord de Ejecutor de Obras" o "Información sobre Récord de Consultor de Obras" dirigido a la Subdirección de Operaciones Registrales de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del OSCE, documento que el ejecutor o consultor de obra debe descargar de la página web del OSCE sección RNP. <http://portal.osce.gob.pe/rnp/>, según corresponda.

b) Dicho formulario se presenta ante la Mesa de Partes de la Sede Central o de las Oficinas Desconcentradas del OSCE.

IX. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

9.1. En el caso de consorcios, la declaración, rectificación y/o regularización del récord de ejecución de obras y/o de consultoría de obras se realizará por cada consorciado, de acuerdo al porcentaje de obligaciones que le corresponde respecto al monto total del contrato.

9.2. En el caso de contratos de ejecución de obras, los consorciados deberán declarar todas las valorizaciones periódicas aprobadas por el supervisor o inspector, adicionales y/o deductivos afectados por su porcentaje de obligaciones, que deberá concordar con la promesa formal del consorcio presentada en su propuesta técnica, en base a la cual se le otorgó la buena pro y la constancia de capacidad libre de contratación.

9.3. En el caso de contratos de consultoría de obras, los consorciados deberán declarar la suscripción del contrato, considerando su porcentaje de obligaciones correspondiente.

X. DISPOSICIONES FINALES

10.1 La presente Directiva entrará en vigencia en la fecha de publicación en el Diario Oficial El Peruano de la norma que apruebe el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.

10.2 A partir de la vigencia de la presente directiva deróguese la Directiva N.º 013-2012-OSCE/CD.

Jesús María, enero del 2016

D-015**DIRECTIVA N.º 009-2012-OSCE/CD****DIRECTIVA PARA LA FISCALIZACIÓN POSTERIOR ALEATORIA DE LOS
PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SEGUIDOS ANTE EL REGISTRO NACIONAL
DE PROVEEDORES**

(Aprobada por la Resolución N.º 284-2012 [EP, 18-09-2012])

I. FINALIDAD

La presente directiva tiene por finalidad establecer el procedimiento de fiscalización posterior aleatoria que realiza la Sub Dirección de Fiscalización Posterior de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores a los procedimientos administrativos seguidos ante el Registro Nacional de Proveedores, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley N.º 27444 del Procedimiento Administrativo General y demás normas complementarias.

II. OBJETO

Establecer las disposiciones complementarias que debe cumplir la Sub Dirección de Fiscalización Posterior, para la verificación posterior aleatoria de los procedimientos administrativos seguidos ante el Registro Nacional de Proveedores.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La presente directiva es de obligatorio cumplimiento para la Sub Dirección de Fiscalización Posterior, en adelante órgano responsable, la que debe verificar la autenticidad de las declaraciones, documentos, informaciones y traducciones proporcionados por los administrados o sus representantes en los procedimientos administrativos de aprobación automática o evaluación previa comprendidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de OSCE.

IV. BASE LEGAL

- Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N.º 1017.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 184-2008-EF.
- Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de OSCE, aprobado mediante Resolución Ministerial N.º 789-2011-EF-10.
- Decreto Supremo N.º 292-2009-EF, que aprueba el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de OSCE.
- Ley N2 27444, que aprueba la Ley del Procedimiento Administrativo General.

- Ley N2 29060, que aprueba la Ley del Silencio Administrativo.
- Decreto Supremo N.º 096-2007-PCM, que regula la fiscalización posterior aleatoria de los procedimientos administrativos por parte del Estado.

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso

V. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

5.1 Fiscalización posterior

Por la fiscalización posterior el órgano responsable queda obligado a verificar la autenticidad de las declaraciones, documentos, informaciones y traducciones proporcionados por los administrados o sus representantes en los procedimientos de aprobación automática o evaluación previa seguidos ante el Registro Nacional de Proveedores.

5.2. Principios de aplicación al procedimiento de fiscalización posterior

El procedimiento de fiscalización posterior a las declaraciones, documentos, informaciones y traducciones proporcionados por los administrados o sus representantes ante el Registro Nacional de Proveedores se sujeta a los principios de presunción de veracidad y privilegio de controles posteriores previstos en los numerales 1.7 y 1.16 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 27444.

5.3. Naturaleza jurídica del procedimiento de fiscalización posterior

El procedimiento de fiscalización posterior es de carácter inspectivo o de comprobación administrativa, que consiste en verificar de forma reservada la autenticidad de los documentos y/o declaraciones presentados por los administrados o sus representantes.

5.4. Derecho de defensa

En caso de verificarse la transgresión al principio de presunción de veracidad, la persona natural o jurídica nacional o extranjera en el procedimiento en curso, ejercerá su derecho de defensa una vez finalizadas las respectivas acciones de fiscalización.

5.5. Procedimientos administrativos sujetos a fiscalización posterior

Las acciones de fiscalización posterior son aplicables a los siguientes procedimientos administrativos:

- Inscripción de proveedores de bienes.
- Renovación de inscripción de proveedores de bienes.
- Inscripción de proveedores de servicios.
- Renovación de inscripción de proveedores de servicios.
- Inscripción de ejecutores de obras.
- Renovación de inscripción de ejecutores de obras.
- Aumento de capacidad máxima de contratación de ejecutores de obras.
- Inscripción de consultores de obras.
- Renovación de inscripción de consultores de obras.
- Ampliación de especialidad de consultores de obras.

Cabe precisar que cada uno de los procedimientos administrativos antes listados comprende, a su vez, todos los tipos de proveedores previstos en el TUPA de OSCE, a saber, personas naturales y jurídicas, tanto nacionales como extranjeras.

5.6. Plazo para desarrollar las acciones de fiscalización posterior

El órgano responsable deberá desarrollar las acciones de fiscalización en forma permanente y sucesiva, sobre la base de los muestreos aleatorios obtenidos por períodos semestrales, y demás supuestos indicados en el numeral 5.8. de la presente directiva.

5.7. Selección de la muestra aleatoria

Los expedientes administrativos materia de fiscalización posterior serán seleccionados por medio de un módulo informático que permita extraer una muestra aleatoria de los expedientes de cada uno de los procedimientos administrativos sujetos a fiscalización posterior, listados en el numeral 5.5. de la presente directiva.

El referido módulo informático deberá seleccionar una muestra aleatoria de no menos del diez por ciento (10%) del total de expedientes tramitados en el período semestral bajo análisis, por cada procedimiento administrativo regulado en la parte pertinente del TUPA de OSCE, con un máximo de cincuenta (50) expedientes por cada procedimiento administrativo.

En el supuesto que el diez por ciento (10%) de la muestra aleatoria del total de expedientes por cada procedimiento administrativo, sea un número que exceda el máximo de cincuenta (50) expedientes, el órgano responsable está facultado a seleccionar una cantidad equivalente a la raíz cuadrada del número total correspondiente.

Asimismo, si en determinado tipo de procedimiento, el número de expedientes no excediera a cincuenta (50), la fiscalización posterior se efectuará a la totalidad de los expedientes seleccionados.

5.8. Fiscalización adicional a la muestra aleatoria

Excepcionalmente, en forma adicional a la muestra aleatoria obtenida para cada semestre, el órgano encargado podrá fiscalizar aquellos procedimientos de aprobación automática o evaluación previa seguidos ante el Registro Nacional de Proveedores, bajo los siguientes supuestos:

5.8.1. Cuando una vez concluidos los procedimientos a que se refiere el numeral 5.5. de la presente directiva, la evaluación de las declaraciones, documentos, informaciones y traducciones proporcionados por los administrados, determine indicios razonables y suficientes de una posible transgresión al principio de presunción de veracidad.

5.8.2. Por comunicación expresa del Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que este Colegiado, luego de conocer y resolver los procedimientos de su competencia, advierta que uno o más proveedores habrían proporcionado información inexacta o documentación falsa a efectos de obtener la aprobación de su respectivo trámite en el Registro Nacional de Proveedores.

5.8.3. Por denuncias de terceros, cuando estos últimos proporcionen información debidamente sustentada de que uno o más proveedores, habrían proporcionado información inexacta o documentación falsa a efectos de obtener la aprobación de su respectivo trámite en el Registro Nacional de Proveedores.

5.8.4. Por denuncias de carácter público, en aquellos casos en que como resultado de acciones de control, investigaciones u otras medidas realizadas por otras entidades públicas y/o difundidas a través de los medios de comunicación masiva, se tomara conocimiento de que uno o más proveedores, habrían proporcionado información inexacta o documentación falsa a efectos de obtener la aprobación de su respectivo trámite en el Registro Nacional de Proveedores.

5.9. Acciones de fiscalización posterior

El órgano responsable revisará los expedientes seleccionados, comprobará y verificará la autenticidad de la documentación presentada, realizando el cruce de información con aquellas personas, entidades e instituciones que figuren en su contenido, así como empleará cualquier otro medio probatorio que coadyuve a realizar sus funciones.

En tal sentido, se podrá solicitar a las personas, entidades públicas y privadas, nacionales y extranjeras, que corroboren la autenticidad de las declaraciones, documentos, informaciones y traducciones proporcionados por los administrados o sus representantes, en forma escrita y/o a través de medios electrónicos, y que sirvieron de sustento para el trámite del procedimiento administrativo objeto de fiscalización.

En el caso de declaraciones, documentos, informaciones y traducciones provenientes del extranjero, el OSCE podrá celebrar convenios de cooperación interinstitucional con la finalidad de disponer de los mecanismos de verificación pertinentes.

5.10. Del informe en caso de veracidad de documentos

En los casos que, luego de realizadas las acciones de fiscalización correspondientes y de acuerdo a la información obtenida se verifique la veracidad de las declaraciones, documentos, información y traducciones proporcionadas por los administrados o sus representantes, el órgano responsable elaborará un informe dando por concluida la respectiva fiscalización, y remitirá los actuados a la Dirección del Registro Nacional de Proveedores para su conocimiento, aprobación y derivación al Archivo Central de OSCE.

5.11. De la comisión de fraude o falsedad

De detectarse fraude o falsedad en las declaraciones, documentos, información y/o traducciones proporcionados por los administrados o sus representantes, se procederá de la siguiente manera:

- El órgano responsable elaborará un informe que será remitido a la Dirección del Registro Nacional de Proveedores con la finalidad que, de ser el caso, esta última declare la nulidad del acto administrativo correspondiente.
- De conformidad con lo establecido en el artículo 9 del Decreto Legislativo N.º 1017, Ley de Contrataciones del Estado, los proveedores cuya inscripción en el Registro Nacional de Proveedores hubiera sido declarada nula por haber presentado documentación falsa o información inexacta, sólo podrán solicitar su reinscripción en el referido Registro luego de transcurridos dos (2) años desde que quedó administrativamente firme la resolución que declaró la nulidad.
- Asimismo, la resolución que declare la nulidad del acto administrativo como consecuencia de un procedimiento de fiscalización posterior incluirá, en su parte resolutive, la disposición de iniciar las acciones legales a efectos de interponer la denuncia penal correspondiente contra el administrado o su representante, según se trate de una persona natural o jurídica.
- Además, la mencionada resolución dispondrá la remisión de los actuados al Tribunal de Contrataciones del Estado a fin que este último, de considerarlo pertinente, dé inicio al respectivo procedimiento administrativo sancionador. En este sentido, constituyendo una competencia exclusiva del referido Colegiado el conocimiento de estas infracciones administrativas y su eventual sanción, así como en estricta aplicación del principio non bis in ídem, previsto en el numeral 10, del artículo 230 de la Ley N.º

27444, no corresponderá en ningún caso la imposición de la multa a que se contrae el numeral 32.3 del artículo 32 de la Ley N.º 27444.

- Finalmente, en el caso que el procedimiento declarado nulo corresponda a uno de aumento de capacidad máxima de contratación (ejecutores de obras) o a uno de ampliación de especialidad (consultores de obras), la referida resolución también dispondrá en su parte resolutive la respectiva disminución de capacidad de contratación y la reducción de la(s) respectiva(s) especialidad(es), por haberse verificado una o más transgresiones al principio de presunción de veracidad en el mencionado procedimiento.

VI. DISPOSICIONES FINALES

La presente directiva regirá a partir de la entrada en vigencia de la Ley N.º 29873, que modifica la Ley de Contrataciones del Estado y el Decreto Supremo N.º 138-2012-EF, que modifica el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Jesús María, setiembre 2012



VII. PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN Y EJECUCIÓN CONTRACTUAL

D-016

DIRECTIVA N.º 001-2018-OSCE/CD

REQUISITO DE SOLVENCIA ECONÓMICA EN ADJUDICACIONES SIMPLIFICADAS CUYO USO SE AUTORIZA MEDIANTE NORMAS DE EXCEPCIÓN

(Aprobada por la Resolución N.º 016-2018-OSCE/PRE [EP, 16-03-2018])

I. FINALIDAD

Seleccionar a proveedores solventes para ejecutar los contratos derivados de las Adjudicaciones Simplificadas que convoquen las Entidades que han sido autorizadas a utilizar dicho procedimiento de selección independientemente del límite aplicable a tal procedimiento en la Ley de Presupuesto.

II. OBJETO

Establecer disposiciones complementarias que permitan la inclusión del requisito de solvencia económica del proveedor por parte de las Entidades que han sido autorizadas a realizar la contratación de ejecución de obras a través de Adjudicaciones Simplificadas independientemente del límite aplicable a tal procedimiento en la Ley de Presupuesto.

III. ALCANCE

La presente Directiva comprende a las Entidades que han sido autorizadas a realizar la contratación de ejecución de obras a través de Adjudicaciones Simplificadas independientemente del límite aplicable a tal procedimiento en la Ley de Presupuesto, así como para los proveedores que participen en dichas Adjudicaciones Simplificadas.

IV. BASE LEGAL

- Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.
- Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

5.1 Las Entidades que han sido autorizadas a utilizar el procedimiento de selección de Adjudicación Simplificada, independientemente del límite aplicable a tal procedimiento en la Ley de Presupuesto, podrán establecer como parte del requerimiento, el requisito de solvencia económica del proveedor siempre que:

- a. El monto del valor referencial sea igual o superior a veinte millones de soles.
- b. Se verifique a través de un informe sustentado documentalmente que existe pluralidad de proveedores que pueden cumplir con el requisito de solvencia económica.
- c. No se incluyan exigencias desproporcionadas al objeto de la contratación o innecesarias que limiten o impidan la concurrencia de los proveedores u orienten la contratación hacia uno de ellos.

Corresponde a cada Entidad evaluar la pertinencia del establecimiento del requisito de solvencia económica, en atención a las características de la obra a ejecutar, y teniendo en cuenta la finalidad de la norma de excepción que autorizó el uso del procedimiento de Adjudicación Simplificada.

5.2 La Entidad debe indicar los documentos con los que se acreditará el requisito de solvencia económica del proveedor en el acápite "Documentos de presentación obligatoria" de las Bases del procedimiento.

VI. DISPOSICIÓN FINAL

6.1. La presente Directiva entrará en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de la Resolución que la aprueba en el Diario Oficial El Peruano.

Jesús María, marzo de 2018

D-017**DIRECTIVA N.º 012-2017-OSCE/CD****GESTIÓN DE RIESGOS EN LA PLANIFICACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE OBRAS**

(Aprobada por la Resolución N.º 014-2017-OSCE/CD [EP, 09-05-2017])

I. FINALIDAD

Precisar y uniformizar los criterios que deben ser tomados en cuenta por las Entidades para la implementación de la gestión de riesgos en la planificación de la ejecución de obras; con lo que, se incrementará la eficiencia de las inversiones en las obras públicas.

II. OBJETO

Establecer disposiciones complementarias para la aplicación de las normas referidas a la identificación y asignación de riesgos previsible de ocurrir durante la planificación de la ejecución del contrato de obras públicas.

III. ALCANCE

La presente Directiva es de cumplimiento obligatorio para las Entidades que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme al artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado; así como, para los proveedores que participen en las contrataciones que realicen las Entidades.

IV. BASE LEGAL

- Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

En la presente Directiva se utilizarán las siguientes referencias:

- Directiva: La presente Directiva.
- Ley: Ley de Contrataciones del Estado.
- OSCE: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- Reglamento: Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

VI. DISPOSICIONES GENERALES

6.1 Al elaborar el expediente técnico, la Entidad debe incluir un enfoque integral de gestión de los riesgos previsible de ocurrir durante la ejecución de la obra, teniendo en cuenta las características particulares de la obra y las condiciones del lugar de su ejecución.

Para tal efecto, se deben usar los formatos incluidos como Anexos 1 y 3 de la Directiva, los cuales contienen la información mínima que puede ser enriquecida por las Entidades según la complejidad de la obra.

6.2 Al elaborar las Bases para la ejecución de la obra, el Comité de Selección debe incluir en la proforma de contrato, conforme a lo que señala el expediente técnico, las cláusulas que identifiquen y asignen los riesgos que pueden ocurrir durante la ejecución de la obra y la determinación de la parte del contrato que debe asumirlos durante la ejecución contractual.

6.3 Durante la ejecución de la obra, la Entidad a través del inspector o supervisor, según corresponda, debe realizar la debida y oportuna administración de riesgos durante todo el plazo de la obra.

6.4 El residente de la obra, así como el inspector o supervisor, según corresponda, deben evaluar permanentemente el desarrollo de la administración de riesgos, debiendo anotar los resultados en el cuaderno de obra, cuando menos, con periodicidad semanal, precisando sus efectos y los hitos afectados o no cumplidos de ser el caso.

VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

7.1 El enfoque integral de gestión de riesgos debe contemplar, por lo menos, los siguientes procesos:

IDENTIFICAR RIESGOS => ANALIZAR RIESGOS => PLANIFICAR LA RESPUESTA A RIESGOS => ASIGNAR RIESGOS

7.2 Identificar riesgos

Durante la elaboración del expediente técnico se deben identificar los riesgos previsible que puedan ocurrir durante la ejecución de la obra, teniendo en cuenta las características particulares de la obra y las condiciones del lugar de su ejecución.

A continuación se listan algunos riesgos que pueden ser identificados al elaborar el expediente técnico:

- a) Riesgo de errores o deficiencias en el diseño que repercutan en el costo o la calidad de la infraestructura, nivel de servicio y/o puedan provocar retrasos en la ejecución de la obra.
- b) Riesgo de construcción que generan sobrecostos y/o sobreplazos durante el periodo de construcción, los cuales se pueden originar por diferentes causas que abarcan aspectos técnicos, ambientales o regulatorios y decisiones adoptadas por las partes.
- c) Riesgo de expropiación de terrenos de que el encarecimiento o la no disponibilidad del predio donde construir la infraestructura provoquen retrasos en el comienzo de las obras y sobrecostos en la ejecución de las mismas.
- d) Riesgo geológico / geotécnico que se identifica con diferencias en las condiciones del medio o del proceso geológico sobre lo previsto en los estudios de la fase de formulación y/o estructuración que redunde en sobrecostos o ampliación de plazos de construcción de la infraestructura.

- e) Riesgo de interferencias / servicios afectados que se traduce en la posibilidad de sobrecostos y/o sobreplazos de construcción por una deficiente identificación y cuantificación de las interferencias o servicios afectados.
- f) Riesgo ambiental relacionado con el riesgo de incumplimiento de la normativa ambiental y de las medidas correctoras definidas en la aprobación de los estudios ambientales.
- g) Riesgo arqueológico que se traduce en hallazgos de restos arqueológicos significativos que generen la interrupción del normal desarrollo de las obras de acuerdo a los plazos establecidos en el contrato o sobrecostos en la ejecución de las mismas.
- h) Riesgo de obtención de permisos y licencias derivado de la no obtención de alguno de los permisos y licencias que deben ser expedidas por las instituciones u organismos públicos distintos a la Entidad contratante y que es necesario obtener por parte de ésta antes del inicio de las obras de construcción.
- i) Riesgos derivados de eventos de fuerza mayor o caso fortuito, cuyas causas no resultarían imputables a ninguna de las partes.
- j) Riesgos regulatorios o normativos de implementar las modificaciones normativas pertinentes que sean de aplicación pudiendo estas modificaciones generar un impacto en costo o en plazo de la obra.
- k) Riesgos vinculados a accidentes de construcción y daños a terceros.

Esta lista no es taxativa, sino enunciativa, pudiendo la Entidad incorporar otros riesgos, según la naturaleza o complejidad de la obra.

7.3 Analizar riesgos

Este proceso supone realizar un análisis cualitativo de los riesgos identificados para valorar su probabilidad de ocurrencia e impacto en la ejecución de la obra. Producto de este análisis, se debe clasificar los riesgos en función a su alta, moderada o baja prioridad.

Para tal efecto, la Entidad puede usar la metodología sugerida en la Guía PMBOK, según la Matriz de Probabilidad e Impacto prevista en el Anexo N.º 2 de la Directiva o, caso contrario, desarrollar sus propias metodologías para la elaboración de dicha Matriz.

7.4 Planificar la respuesta a riesgos

En este proceso se determinan las acciones o planes de intervención a seguir para evitar, mitigar, transferir o aceptar todos los riesgos identificados.

7.5 Asignar riesgos

Teniendo en cuenta qué parte está en mejor capacidad para administrar el riesgo, la Entidad debe asignar cada riesgo a la parte que considere pertinente, usando para tal efecto el formato incluido como Anexo N.º 3 de la Directiva.

La identificación y asignación de riesgos debe incluirse en la proforma de contrato de las Bases.

VIII. ANEXOS

Anexo N.º 1: Formato para identificar, analizar y dar respuesta a riesgos.

Anexo N.º 2: Matriz de probabilidad e impacto según Guía PMBOK.

Anexo N.º 3: Formato para asignar riesgos.

IX. DISPOSICIONES TRANSITORIAS

De acuerdo con la Décimo Séptima Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento, incorporada mediante Decreto Supremo N.º 147-2017-EF, lo establecido en el numeral 8.2 del artículo 8 del Reglamento se aplica para la contratación de obras, cuyos expedientes técnicos se convoquen a partir de la entrada en vigencia de las modificaciones incorporadas por el Decreto Supremo N.º 056-2017-EF. Asimismo, dicha disposición es aplicable para las obras cuya ejecución se realice en virtud de tales expedientes técnicos.

Lo establecido en el numeral 116.3 del artículo 116 del Reglamento se aplica a los contratos de obra cuyos expedientes técnicos se convoquen a partir de la entrada en vigencia de las modificaciones incorporadas por el Decreto Supremo N.º 056-2017-EF.

Lo previsto en los párrafos precedentes también resulta aplicable a los expedientes técnicos de obra que son elaborados y aprobados por las Entidades a partir de la entrada en vigencia de las modificaciones incorporadas por el Decreto Supremo N.º 056-2017-EF, así como a los contratos de obra que se deriven de aquellos.

X. DISPOSICIÓN FINAL

La presente Directiva regirá a partir del día siguiente de la publicación de la Resolución que la aprueba en el Diario Oficial "El Peruano".

Jesús María, mayo del 2017

Modificada el 23.05.2017

D-018**DIRECTIVA N.º 005-2019-OSCE/CD****PARTICIPACIÓN DE PROVEEDORES EN CONSORCIO EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO**

(Aprobada por la Resolución N.º 017-2019-OSCE/PRE [EP, 29-01-2019])

I. FINALIDAD

Precisar y uniformizar los criterios que deben ser observados por las Entidades y los proveedores que participen en consorcio en las contrataciones que realizan las Entidades.

ACUERDOS DE SALA PLENA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2239. **Exoneración del IGV en la Amazonía cuando participen proveedores en consorcio con contabilidad independiente.** [...] [El] Tribunal de Contrataciones del Estado **ACORDÓ** aprobar por mayoría el siguiente criterio de interpretación: **1.** En los procedimientos de selección que lleven a cabo las entidades del Estado, cuando participen proveedores en consorcio con contabilidad independiente que se encuentre inscrito en el Registro Único de Contribuyentes (RUC), los requisitos exigidos en el artículo 2 del Reglamento de la Ley de la Amazonía (para acceder al beneficio de la exoneración del IGV), de acuerdo a la normativa tributaria, deben ser cumplidos por el consorcio en sí y no necesariamente por cada uno de sus integrantes. **2.** La condición de consorcio con contabilidad independiente deberá ser indicada, junto con el número de RUC, en la “Declaración Jurada de cumplimiento de condiciones para la aplicación de la exoneración del IGV”, la cual debe ser suscrita por el representante común del Consorcio. **3.** Se recomienda al Consejo Directivo del OSCE que evalúe la pertinencia de incorporar los criterios asumidos en el presente acuerdo, a través de las Directivas que emite, a fin de adaptar la participación de los consorcios con contabilidad independiente de la de sus integrantes en los procedimientos de contrataciones del Estado. **4.** el presente Acuerdo es de aplicación a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano. (Acuerdo N.º 03-2018-TCE, de 14-12-2018. Acuerdo de Sala Plena que aprueba este criterio de interpretación. [EP, 17-01-2019, p. 28]. Texto completo: <bit.ly/2S97cgs>).

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES

§ 2240. **Evaluación de experiencia a consorcios realizadas por el comité especial. Finalidad de la normativa sobre contratación pública.** **39.** Por último, se debe tener en cuenta de la normativa en

II. OBJETO

Establecer disposiciones complementarias para la aplicación de las normas referidas a la participación de los proveedores en consorcio en las contrataciones que realizan las Entidades.

III. ALCANCE

La presente Directiva es de cumplimiento obligatorio para las Entidades que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme al artículo 3 de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y sus modificatorias, así como para los proveedores que participen en consorcio en las contrataciones que realicen las Entidades.

IV. BASE LEGAL

- Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y sus modificatorias.
- Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF.
- Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 076-2016-EF.

materia de contratación pública no es otra que las entidades de la administración pública adquieran bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles; ello, en un escenario adecuado que garantice tanto la concurrencia entre potenciales proveedores, como la debida transparencia en el uso de los recursos públicos; siendo responsabilidad del Comité Especial efectuar una eficiente evaluación de las propuestas. Por lo tanto, luego de realizada la nueva integración de bases, el Comité Especial deberá tener en consideración los aspectos, referidos a la evaluación y calificación, que han sido cuestionados por las partes, estando obligado a que sus decisiones se encuentren en el marco de la normativa de contratación pública. En tal sentido, el Comité Especial deberá tener en cuenta que para la evaluación de la experiencia de consorcios, en el caso de los factores de evaluación, debe necesariamente seguirse el procedimiento previsto en la Directiva N.º 016-2012-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (D-018)], para lo cual deberá aplicar la fórmula publicada en la página web del OSCE, cuya finalidad es precisamente el facilitar dicha evaluación. (Resolución N.º 0041-2016-TCE-S2, de 07-01-2016, f. 39. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2K325rq>).

§ 2241. Para acceder al beneficio de la exoneración del Impuesto General a las Ventas (IGV) todos los integrantes que figuran en la promesa formal de consorcio deben reunir las condiciones exigidas en esta Ley. 16. [...] [El] Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en anteriores oportunidades también ha emitido pronunciamientos en este sentido. A tal efecto, corresponde citar el Pronunciamiento N.º 228-2011/DTN de fecha 20 de julio de 2011, en el cual se indica que, en casos de consorcios que lleven contabilidad independiente, se deberá considerar lo dispuesto en el Informe N.º 117-2005-SUNAT/2B0000 emitido por SUNAT: “Los consorcios que llevan contabilidad independiente de la de sus socios o partes contratantes gozan de la exoneración del IGV dispuesta por la Ley de la Amazonia (...)”. Dicho pronunciamiento, complementaba lo dispuesto

V. REFERENCIAS

En la presente Directiva se utilizan las siguientes referencias:

- Directiva: La presente Directiva.
- Ley: Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y sus modificatorias.
- OSCE: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- Reglamento: Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF.
- RNP: Registro Nacional de Proveedores.

VI. DISPOSICIONES GENERALES

6.1. De conformidad con el Anexo N.º 1 - Definiciones del Reglamento, el consorcio es el contrato asociativo por el cual dos (2) o más personas se asocian, con el criterio de complementariedad de recursos, capacidades y aptitudes, para contratar con el Estado.

De acuerdo con el numeral 49.5 del artículo 49 del Reglamento, el área usuaria puede establecer un número máximo de consorciados en función a la naturaleza de la prestación. Asimismo, puede establecer un porcentaje mínimo de participación de cada consorciado, así como que el integrante del consorcio que acredite mayor experiencia cumpla con un determinado porcentaje de participación.

6.2. En los procedimientos de selección pueden participar varios proveedores (personas naturales y/o personas jurídicas, tanto nacionales como extranjeras) agrupados en con-

en los Pronunciamientos N.º 329-2009/DTN y 181-2011/DTN. **17.** [En] este punto corresponde pronunciarse respecto de lo indicado por el Impugnante, en el sentido que la Directiva N.º 002-2016-OSCE/CD [cfr. núm. 7.5.4 de la Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (**D-018**)], establece que “para acceder al beneficio de la exoneración del Impuesto General a las Ventas (IGV) todos los integrantes que figuran en la promesa formal de consorcio deben reunir las condiciones exigidas en esta Ley”, Lo señalado en la referida Directiva generaría que el impugnante considere que, en el presente caso, todos los miembros del Consorcio debían domiciliar en la Amazonia. (Resolución N.º 073-2017-TCE-S2, de 18-01-2017, ff. 16 y 17 del voto en discordia de la vocal Mariela Sifuentes Huamán. Segunda Sala. Texto completo: <bit.ly/2LB0DgY>).

§ 2242. Si bien en el contrato de consorcio no se precisó con mayor detalle las obligaciones de las empresas consorciadas, como se detalló en la promesa formal de consorcio, ello no supondría la presentación de información inexacta, sino, un incumplimiento respecto de la idoneidad de la documentación presentada para la suscripción del contrato. **14.** [Tanto] en la promesa formal de consorcio como en el contrato de consorcio, se han mantenido los porcentajes correspondientes a las obligaciones de las empresas integrantes, diferenciándose únicamente, en que en la promesa formal de consorcio, se establecieron con mayor detalle las obligaciones de los consorciados. **15.** [Debe] mencionarse que, en caso la Entidad hubiera considerado que dicha circunstancia vulneraba lo establecido en el numeral 6.7 de la Directiva N.º 016-2012-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (**D-018**)], no debió procederse con la suscripción del contrato respectivo, por cuanto el citado documento no resultaba idóneo para tal finalidad. **16.** Siendo así, tomando en cuenta que si bien en el documento cuestionado no se precisó con mayor detalle las obligaciones de las empresas consorciadas, tal y como se

sorcio con la finalidad de ejecutar el contrato, con excepción de los procedimientos que tengan por objeto implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. En ningún caso, la participación en consorcio implica la obligación de crear una persona jurídica diferente.

6.3. Luego del registro en el SEACE del consentimiento de la buena pro o de que esta haya quedado administrativamente firme a favor del consorcio, como requisito para perfeccionar el contrato, resulta obligatorio formalizar el contrato de consorcio, debiéndose observar lo establecido en el numeral 7.7 de la presente Directiva.

6.4. Los integrantes del consorcio son responsables solidariamente ante la Entidad por las consecuencias derivadas de su participación durante la ejecución del contrato derivado de este, conforme al artículo 13 de la Ley.

De otro lado, de acuerdo con el artículo 258 del Reglamento, las infracciones cometidas por un consorcio durante el procedimiento de selección y la ejecución del contrato, se imputan a todos los integrantes del mismo, aplicándose a cada uno de ellos la sanción que le corresponda, salvo que, por la naturaleza de la infracción, la promesa, contrato de consorcio o el contrato suscrito con la Entidad, pueda individualizarse la responsabilidad. La carga de la prueba de la individualización corresponde al presunto infractor.

A efectos de la individualización de la responsabilidad y conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Ley, deberán considerarse los criterios establecidos en el artículo 258.2 del Reglamento.

detalló en la promesa formal de consorcio, ello supondría un incumplimiento respecto de la idoneidad de la documentación presentada para la suscripción del contrato y no la presentación de información inexacta tal como refiere la Entidad; en tal sentido, hubiera correspondido a la Entidad emplear los mecanismos que la normativa prevé para exigir su cumplimiento, o de ser el caso, solicitar la aplicación de la sanción correspondiente, en caso no se hubiera suscrito el contrato por causa atribuible a los integrantes del Consorcio. (Resolución N.º 027-2017-TCE-S1, de 05-01-2017, ff. 14 al 16. Primera Sala. Texto completo: <bit.ly/2EQGRg0>).

§ 2243. **El postor, para acreditar la experiencia en ejecución de obras, no puede presentar un contrato de obra realizado en consorcio a favor de una entidad pública donde se le asigna un porcentaje de participación, sin adjuntar la promesa formal de consorcio, a efectos de identificar fehacientemente los porcentajes y obligaciones que tuvo cada consorciado en la ejecución del contrato.** 13. En este punto, es pertinente traer a colación lo dispuesto en el numeral 7.5.2. de la vigente Directiva N.º 002-2016-OSCE/CD “Participación de Proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado” [cfr. num. 7.5.2 de la Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (D-018)], en el extremo referido a la documentación válida para acreditar la experiencia en consorcio, así como el respectivo método de evaluación referente a la participación de proveedores en consorcio, en el que se señala lo siguiente: “(...) Experiencia del Postor 1. La acreditación de la experiencia del postor; se realiza en base a la documentación aportada por el o los integrantes del consorcio que se hubieran comprometido a ejecutar conjuntamente las obligaciones vinculadas directamente al objeto materia de la contratación, de acuerdo con lo declarado en la promesa de consorcio. Para dicho efecto se debe ponderar los montos de facturación contenidos en la referida documentación, teniendo en cuenta el porcentaje de las obligaciones declarado en la promesa

6.5. La presente Directiva no resulta aplicable a la asociación de personas de duración ilimitada o indefinida que, denominándose consorcios, ya han sido constituidas como personas jurídicas en los Registros Públicos.

VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

7.1. IMPEDIMENTOS PARA SER PARTICIPANTE, POSTOR Y/O CONTRATISTA

Los integrantes del consorcio no deben encontrarse impedidos, suspendidos ni inhabilitados para contratar con el Estado.

Los integrantes de un consorcio no pueden presentar ofertas individuales ni conformar más de un consorcio en un procedimiento de selección, o en un determinado ítem cuando se trate de procedimientos de selección según relación de ítems.

7.2. REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES (RNP)

7.2.1. Las personas naturales o jurídicas que participen en consorcio en un procedimiento de selección, deben contar con inscripción vigente en el Registro correspondiente según el objeto del procedimiento, con independencia de la prestación que se haya obligado a realizar cada integrante en la promesa de consorcio, salvo en los procedimientos de consultoría convocados por paquete para la elaboración de los estudios de preinversión de proyectos de inversión, y del expediente técnico de obra, así como en los procedimientos de ejecución de obras bajo modalidad de contratación, en los que se debe aplicar lo dispuesto en los numerales 7.2.3 y 7.2.5 de la presente Directiva.

de consorcio(...)" 14. Ahora bien, en el presente caso, de acuerdo con la documentación obrante en la oferta del impugnante, se aprecia que para acreditar su experiencia en la ejecución de obras en general, adjuntó copia del Contrato N.º 142-2012-CE/HMC [...] celebrado entre el Hospital Militar Central y el CONSORCIO V, integrado por las empresas CBIA S.A.C. y AIC S.A.C., para la ejecución de la obra "Acondicionamiento, mantenimiento y reparación planta física de infraestructura del área de la rotonda de la Unidad de Emergencia del Hospital [...] [...] advirtiéndose el contenido del mismo, que se consigna en el exordio que la empresa CBIA S.A.C. tuvo una "95% de participación" y AIC S.A.C. "5% de participación". [...] 15. En el contexto antes mencionado, de la revisión del Contrato N.º 142-2012-CE/HMC, presentado por el Impugnante para acreditar su experiencia en obras en general, este Colegiado aprecia que dicho documento señala de manera general que la referida empresa tuvo una "participación del 95%" y su consorciada, AIC S.A.C., un "5% de participación"; es decir, del tenor de dicho documento solo se puede conocer los porcentajes de participación que habrían tenido en el consorcio antes aludido, sin identificar de manera clara y precisa cuál sería la correspondencia de dichos porcentajes con las obligaciones vinculadas al objeto de convocatoria del presente procedimiento de selección, esto es, la participación en la ejecución de obras en general como se exige en las bases del procedimiento de selección. Así, solo conociendo los porcentajes de participación, pero no las obligaciones que asumió cada consorciado en aquella oportunidad, no podría conocerse con claridad si las actividades de cada uno estuvieron o no, vinculadas en su integridad a la ejecución de obras. 16. Asimismo, pese a ser un requisito para la validación de la experiencia adquirida en consorcio, tal como lo exigieron las bases, se advierte que la Impugnante no adjuntó la promesa formal de consorcio o el contrato del consorcio correspondiente al Contrato N.º 142-2012-CE/HMC, impidiendo de esta manera conocer fehacientemente el porcentaje de obligaciones vinculadas al objeto de convocatoria

El objeto del procedimiento está identificado en la ficha de convocatoria y en las bases del procedimiento de selección publicadas en el SEACE.

7.2.2. Tratándose de procedimientos cuyo objeto sea una consultoría de obras, cada integrante del consorcio debe contar con inscripción en el RNP como consultor de obra, en al menos una de las especialidades requeridas por la Entidad en función al objeto del procedimiento, siempre que en conjunto cumplan con todas las especialidades requeridas; asimismo, cada integrante del consorcio deberá contar con inscripción en la categoría que corresponda según el monto del valor referencial del procedimiento de selección o en una categoría superior.

7.2.3. En los procedimientos de selección por paquete, para la elaboración de las Fichas técnicas o los estudios de preinversión, de proyectos de inversión, según corresponda, y del expediente técnico o documentos equivalentes, los integrantes del consorcio deben contar con inscripción en el RNP como proveedores de servicios o consultores de obra, según la obligación asumida en la promesa de consorcio, conforme a lo siguiente:

1. Los integrantes del consorcio que se hayan obligado a elaborar la Ficha técnica o los estudios de preinversión deben encontrarse inscritos en el RNP como proveedores de servicios o como consultores de obras.
2. Los integrantes del consorcio que se hayan obligado a elaborar el expediente técnico deben encontrarse inscritos en el RNP como consultores de obra, en al menos una de las especialidades requeridas por la Entidad en función al objeto del procedimiento, siempre que en conjunto cumplan con todas las especialidades requeridas; asimismo, cada integrante del consorcio que se obligue a elaborar el expediente técnico debe contar

del presente procedimiento de selección y ponderar de esta manera el monto de facturación que le correspondía por sus obligaciones asumidas en el Contrato N.º 142-2012-CE/HMC, ello en virtud de lo establecido en las bases del procedimiento de selección y la Directiva N.º 002-2016-OSCE/CD "Participación de Proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado" [cfr. Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (D-018)]. 17. En ese sentido, de lo antes expuesto se colige que no resulta pertinente aceptar sólo el Contrato N.º 142-2012-CE/HMC para acreditar la experiencia de la citada empresa y que, de esta manera, cumpla con lo exigido en las bases, respecto a la facturación de obras en general, pues solo se conoce el porcentaje de su participación de los consorciados sin que se pueda identificar y determinar la acreditación de las obligaciones vinculadas al objeto de convocatoria del presente procedimiento de selección. De otro lado, es preciso indicar que tomar en cuenta solo el contrato antes aludido sin considerar como exigible la presentación de la promesa de consorcio, sería soslayar lo establecido en las bases estandarizadas (Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)]), así como lo exigido en las bases del procedimiento de selección y la Directiva [sobre participación de proveedores en consorcio]. (Resolución N.º 3081-2016-TCE-S3, de 29-12-2016, ff. 13 al 17. Tercera Sala. Texto completo: <bit.ly/2OJXATI>).

OPINIONES DEL OSCE

§ 2244. **La sanción con inhabilitación temporal interpuesta a los miembros de un consorcio, no los exime de cumplir con las obligaciones que provengan de contratos ya suscritos a la fecha en que la sanción queda firme.** CONSULTA: "(...) con fecha 17.04.2018, se suscribió contrato con el consorcio (...) integrado por tres empresas (...), después de la firma del contrato, dos integrantes del consorcio (...), fueron sancionados con inhabilitación temporal por el Tribunal de Contrataciones del Estado (TCE), uno (...), desde

Directivas

con inscripción en la categoría que corresponda según el monto del valor referencial del procedimiento de selección o en una categoría superior.

7.2.4. En caso de obras convocadas bajo la modalidad de ejecución llave en mano, que no incluya la elaboración del Expediente Técnico, todos los integrantes del consorcio deben contar con inscripción como ejecutores de obra.

7.2.5. En los procedimientos de selección bajo la modalidad de ejecución contractual llave en mano o concurso oferta cuyas prestaciones comprendan la elaboración del expediente técnico, convocados por las Entidades en el marco del artículo 36 del Reglamento, los integrantes del consorcio deben contar con inscripción vigente en el RNP como consultores o ejecutores de obra, según la obligación asumida en la promesa de consorcio, conforme a lo siguiente:

1. Los integrantes del consorcio que se hayan obligado a elaborar el expediente técnico deben encontrarse inscritos en el RNP como consultores de obra, en al menos una de las especialidades requeridas por la Entidad en función al objeto del procedimiento, siempre que en conjunto cumplan con todas las especialidades requeridas; asimismo, cada integrante del consorcio que se obligue a elaborar el expediente técnico debe contar con inscripción en la categoría que corresponda según el monto del valor referencial del procedimiento de selección o en una categoría superior.

2. Los integrantes del consorcio que se hayan obligado a ejecutar la obra, deben contar con inscripción en el RNP como ejecutores de obra.

7.2.6. En los procedimientos de selección para la ejecución de obras, en caso de resultar favorecido el consorcio con la Buena Pro, cada integrante del consorcio debe contar con

el 18.05.2018 hasta el 18.05.2019; y el otro (...), desde el 30.05.2018 hasta el 30.12.2018; es decir las sanciones fueron aplicadas después de 31 y 44 días respectivamente de haberse firmado el contrato. Ante esto; ¿Puede dicho consorcio dar inicio a la ejecución de la obra, sabiendo que fue sancionado con inhabilitación Temporal, con posterioridad a la firma del contrato?” **2.3.** [...] Respecto a la participación en consorcio, debe indicarse que la Directiva N.º 006-2017-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (D-018)] “Participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado” (en adelante, la “Directiva”) establece, entre otros aspectos, que los integrantes del consorcio no deben encontrarse impedidos, suspendidos ni inhabilitados para contratar con el Estado. [...] **2.4.** Ahora bien, el último párrafo del numeral 50.2 del artículo 50 de la Ley -que contiene el régimen de infracciones y sanciones-, establece que “La inhabilitación o multa que se imponga no exime de la obligación de cumplir con los contratos ya suscritos a la fecha en que la sanción queda firme.” (El resaltado es agregado). En tal sentido, en los contratos suscritos con anterioridad a la fecha en que la sanción a los contratistas quedó firme, se mantiene vigente la obligación de cumplir con las prestaciones contenidas en los referidos contratos. (Opinión N.º 141-2018/DTN, de 07-09-2018, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TRrKrF>).

§ 2245. **No es posible modificar la información contenida en la promesa de consorcio relacionada con la identificación, las obligaciones y el porcentaje de las obligaciones de los integrantes del consorcio, con ocasión de la suscripción del contrato de consorcio ni en la etapa de ejecución contractual.** **2.1.3.** Ahora bien, debe indicarse que la Directiva N.º 002-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (D-018)] “Participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado” [...] establece, entre otros aspectos, el contenido mínimo de las ofertas en consorcio para su presentación, en el marco de un procedimiento de selección. **2.1.4.** [...] [R]esulta

la Capacidad Libre de Contratación igual o superior al porcentaje equivalente al monto de sus obligaciones consideradas en la promesa de consorcio.

7.2.7. Los integrantes del consorcio son responsables de que su inscripción en el RNP se encuentre vigente, así como no estar inhabilitado o suspendido, al registrarse como participantes, en la presentación de ofertas, en el otorgamiento de la buena pro y en el perfeccionamiento del contrato.

7.3. REGISTRO DE PARTICIPANTES

En el caso de consorcios, basta que uno de sus integrantes se haya registrado como participante en el procedimiento de selección, para lo cual dicho integrante debe contar con inscripción vigente en el RNP, correspondiente al objeto del procedimiento.

Los demás integrantes del consorcio deben contar con inscripción vigente en el RNP, en las demás etapas del procedimiento conforme a lo establecido en el artículo 9 del Reglamento.

7.4. PRESENTACIÓN DE OFERTA

Los integrantes de un consorcio no pueden presentar ofertas individuales ni conformar más de un consorcio en un procedimiento de selección, o en un determinado ítem cuando se trate de procedimientos de selección según relación de ítems. Tratándose de un procedimiento por relación de ítems, los integrantes del consorcio pueden participar en ítems distintos al que se presentaron en consorcio, ya sea en forma individual o en consorcio.

pertinente señalar que de acuerdo a lo establecido en el numeral 2 del acápite 7.4.2 de la Directiva, la información contenida en la promesa de consorcio, concerniente a: **i) la identificación de los integrantes del consorcio; ii) las obligaciones que corresponden a cada uno de los integrantes; y, iii) al porcentaje de las obligaciones de cada uno de los integrantes del consorcio** -contemplados en los literales a), d) y e) del numeral 1) del acápite 7.4.2 de la Directiva- **no puede ser modificada, con ocasión de la suscripción del contrato de consorcio, ni durante la etapa de ejecución contractual.** De lo expuesto, se desprende que la normativa de contrataciones del Estado dispone que **no es posible** modificar la información contenida en la promesa de consorcio, relacionada con la identificación, las obligaciones y el porcentaje de las obligaciones de los integrantes del consorcio, en ninguna de las siguientes etapas: i) Ni con ocasión de la suscripción del contrato de consorcio; esto es, desde el otorgamiento de la buena pro hasta la suscripción del contrato de consorcio, a efectos de suscribir el contrato con la Entidad; ii) ni durante la etapa de ejecución contractual; comprendida desde el 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, hasta la recepción y conformidad -para bienes, servicios y consultorías en general-, o hasta la liquidación final del contrato -para consultorías de obras y ejecución de obras-, y el pago de las prestaciones inherentes al objeto del contrato. [...] 3.2. No es posible modificar la información contenida en la promesa de consorcio relacionada con la identificación, las obligaciones y el porcentaje de las obligaciones de los integrantes del consorcio, durante la etapa de ejecución contractual; comprendida desde el 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, hasta la recepción y conformidad -para bienes, servicios y consultorías en general-, o hasta la liquidación final del contrato -para consultorías de obras y ejecución de obras-, y el pago de las

7.4.1. Contenido de la oferta

Para efectos de su participación en el procedimiento de selección, el consorcio debe presentar en su oferta la promesa de consorcio con firmas legalizadas, según el literal e) del artículo 52 del Reglamento.

La documentación que conforma la oferta de un consorcio debe ser suscrita y llevar la rúbrica, según corresponda, de su representante común, o de todos los integrantes del consorcio seguida de la razón social o denominación de cada uno de ellos. Lo mismo aplica para los documentos que deban ser suscritos en forma independiente por cada integrante del consorcio, de acuerdo a lo establecido en los documentos del procedimiento. En el caso de un consorcio integrado por una persona natural, cuya oferta sea suscrita por todos los integrantes del consorcio, bastará que la persona natural indique debajo de su rúbrica, sus nombres y apellidos completos.

La documentación que conforma la oferta compromete a todos los integrantes del consorcio.

7.4.2. Promesa de consorcio

1. Contenido mínimo

La promesa de consorcio debe ser suscrita por cada uno de sus integrantes o de sus representantes legales, debiendo contener necesariamente la siguiente información:

a) La identificación de los integrantes del consorcio. Se debe precisar el nombre completo o la denominación o razón social de los integrantes del consorcio, según corresponda.

prestaciones inherentes al objeto del contrato. (Opinión N.º 070-2017/DTN, de 03-03-2017, ff. 2.1.3 y 2.1.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Bnma94>).

§ 2246. **Acreditación de experiencia en consorcio. No es posible acreditar experiencia de una actividad que no sea parte del objeto del contrato.** CONSULTA 1: **2.1.** “¿De acuerdo a lo indicado en la Directiva N.º 002-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (D-018)] tratándose de la contratación de un servicio cuya actividad se encuentra regulada, pero que comprende una serie de actividades, debe entenderse que necesariamente todos los miembros del consorcio deben contar con los permisos requeridos o solamente aquellos que en la promesa de consorcio se comprometan a ejecutar aquellas obligaciones que requieran de dichos permisos?”. [...] **2.1.3.** En virtud de lo expuesto, únicamente aquellos integrantes del consorcio que se hubieran comprometido -en la promesa de consorcio- a la ejecución de actividades reguladas, estarán en la obligación de cumplir con todos los requisitos que disponga la ley de la materia para el ejercicio de dicha actividad. CONSULTA 2: **2.2.** “En relación con la misma Directiva de Consorcios, ¿sería válida la experiencia aportada por los miembros del consorcio que en la promesa se hayan obligado a ejecutar aquellas actividades que se encuentran vinculadas directamente con el objeto de contratación pero que no requieran de la obtención de permiso legal alguno para ello?”. **2.2.2.** Con relación a la experiencia aportada en un consorcio, el último párrafo del artículo 28 del Reglamento [cfr. art. 49.5 del Nuevo Reglamento] señala de forma expresa que en caso de consorcios, **solamente se considera** la experiencia de aquellos integrantes que “**ejecuten conjuntamente el objeto materia de la convocatoria**” (el resaltado es agregado), siempre que haya sido previamente ponderada conforme a la Directiva que apruebe el OSCE. Adicionalmente, la Directiva en mención indica en su numeral 7.5.2, numeral 1, que la acreditación de la experiencia del postor se realiza sobre la base de la documentación aportada por el o los integrantes del consorcio “**que se hubieran comprometido a ejecutar conjuntamente**”

b) La designación del representante común del consorcio. Dicho representante tiene facultades para actuar en nombre y representación del consorcio, en todos los actos referidos al procedimiento de selección, suscripción y ejecución del contrato, con poderes suficientes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que se deriven de su calidad de postor y de contratista hasta la conformidad o liquidación del contrato, según corresponda.

El representante común del consorcio no debe encontrarse impedido, inhabilitado ni suspendido para contratar con el Estado.

c) El domicilio común del consorcio. Es el lugar al que se dirigirán las comunicaciones remitidas por la Entidad al consorcio, siendo éste el único válido para todos los efectos.

d) Las obligaciones que correspondan a cada uno de los integrantes del consorcio. En el caso de consultorías en general, consultorías de obras y ejecución de obras, todos los integrantes del consorcio deben comprometerse a ejecutar actividades directamente vinculadas al objeto de la contratación, debiendo cada integrante precisar dichas obligaciones.

En el caso de la contratación de bienes y servicios, cada integrante debe precisar las obligaciones a las que se compromete en la ejecución del objeto de la contratación, estén o no vinculadas directamente a dicho objeto, pudiendo estar relacionadas a otros aspectos, como administrativos, económicos, financieros, entre otros, debiendo aplicar en el caso de bienes, lo previsto en el acápite 4 del numeral 7.5.2.

las obligaciones vinculadas directamente al objeto de la contratación” (el resaltado es agregado). Dado que la Directiva precisa los alcances del Reglamento, no puede entenderse que permite que sea posible acreditar experiencia respecto de alguna actividad que no sea parte del objeto de la contratación. De lo señalado se desprende que para que la experiencia de un consorciado sea considerada válida dentro del procedimiento de selección, es necesario que este se haya comprometido a ejecutar actividades que formen parte del objeto principal de la contratación, debiendo ello constar en la promesa de consorcio. En efecto, la propia Directiva establece, en el numeral 3 de su inciso 7.5.2, que para calificar la experiencia del postor **no** se toma en cuenta la documentación presentada por el o los consorciados que asumen las obligaciones referidas a las siguientes actividades: “a) *Actividades de carácter administrativo o gestión como facturación, financiamiento, aporte de cartas fianzas o pólizas de caución, entre otras, b) Actividades relacionadas con asuntos de organización interna, tales como representación, u otros aspectos que no se relacionan con la ejecución de las prestaciones, entre otras.*” (el resaltado es agregado). Es decir, no se considera la experiencia de las obligaciones que no están vinculadas al objeto principal de la misma. En consecuencia, cuando el objeto de la contratación sea la ejecución de “actividades reguladas”, se considerará la experiencia de los integrantes del consorcio que ejecuten tales actividades y/o las que se encuentren directamente vinculadas con el objeto materia de la convocatoria, más allá de que existan obligaciones complementarias. (Opinión N.º 207-2016/DJTN, de 28-12-2016, ff. 2.1, 2.1.3, 2.2 y 2.2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r8xIHO>).

§ 2247. Acreditación de experiencia en consorcio. No es posible acreditar experiencia de una actividad que no sea parte del objeto del contrato. CONSULTA I: 2.1. “De acuerdo a lo indicado en la Directiva N.º 002-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (D-018)], tratándose

En el caso de procedimientos convocados bajo la modalidad de ejecución contractual de concurso oferta, los consorciados deben identificar quien asume las obligaciones referidas a la ejecución de obras y a la elaboración del expediente técnico, según corresponda.

e) El porcentaje de las obligaciones de cada uno de los integrantes. Los consorciados deben determinar el porcentaje total de sus obligaciones, respecto del objeto del contrato. Dicho porcentaje debe ser expresado en número entero, sin decimales.

El incumplimiento del contenido mínimo en la promesa de consorcio no es subsanable.

2. Modificación del contenido

La información contenida en los literales a), d) y e) del numeral precedente no puede ser modificada, con ocasión de la suscripción del contrato de consorcio, ni durante la etapa de ejecución contractual. En tal sentido, no cabe variación alguna en la conformación del consorcio, por lo que no es posible que se incorpore, sustituya o separe a un integrante.

Para modificar la información contenida en los literales b) y c) del numeral precedente, todos los integrantes del consorcio deben suscribir el acuerdo que dispone la modificación adoptada, el cual surtirá efectos a partir de la fecha en que se notifique por vía notarial a la Entidad.

7.5. CALIFICACIÓN DE LA OFERTA

7.5.1. Actividad regulada

En los procedimientos de selección cuyo objeto requiera la participación de empresas que realicen actividades reguladas, tales como intermediación laboral, vigilancia privada, ser-

*de la contratación de un servicio cuya actividad se encuentra regulada, pero que comprende una serie de actividades, ¿debe entenderse que necesariamente todos los miembros del consorcio deben contar con los permisos requeridos o solamente aquellos que en la promesa de consorcio se comprometían a ejecutar aquellas obligaciones que requieran de dichos permisos? [...] 2.1.3. En virtud de lo expuesto, únicamente aquellos integrantes del consorcio que se hubieran comprometido -en la promesa de consorcio- a la ejecución de actividades reguladas, estarán en la obligación de cumplir con todos los requisitos que disponga la ley de la materia para el ejercicio de dicha actividad. CONSULTA 2: 2.2. “En relación con la misma Directiva de Consorcios, ¿sería válida la experiencia aportada por los miembros del consorcio que en la promesa se hayan obligado a ejecutar aquellas actividades que se encuentran vinculadas directamente con el objeto de contratación pero que no requieran de la obtención de permiso legal alguno para ello?”. 2.2.2. Con relación a la experiencia aportada en un consorcio, el último párrafo del artículo 28 del Reglamento señala de forma expresa que en caso de consorcios, **solamente se considera la experiencia de aquellos integrantes que “ejecuten conjuntamente el objeto materia de la convocatoria”** (el resaltado es agregado), siempre que haya sido previamente ponderada conforme a la Directiva que apruebe el OSCE. Adicionalmente, la Directiva en mención indica en su numeral 7.5.2, numeral 1, que la acreditación de la experiencia del postor se realiza sobre la base de la documentación aportada por el o los integrantes del consorcio **“que se hubieran comprometido a ejecutar conjuntamente las obligaciones vinculadas directamente al objeto de la contratación”** (el resaltado es agregado). Dado que la Directiva precisa los alcances del Reglamento, no puede entenderse que permite que sea posible acreditar experiencia respecto de alguna actividad que no sea parte del objeto de la contratación. De lo señalado se desprende que para que la experiencia de un consorciado sea considerada válida dentro del procedimiento de selección, es necesario que este se haya comprometido a ejecutar actividades que formen parte del objeto principal de la contratación,*

vicio postal, transporte de combustible, comercialización de medicamentos, entre otras, únicamente deben cumplir los requisitos que disponga la Ley de la materia, aquellos integrantes del consorcio que se hayan obligado a ejecutar dicha actividad en la promesa de consorcio.

7.5.2. Experiencia del Postor

1. La acreditación de la experiencia del postor, se realiza en base a la documentación aportada por el o los integrantes del consorcio que se hubieran comprometido a ejecutar conjuntamente las obligaciones vinculadas directamente al objeto materia de la contratación, de acuerdo con lo declarado en la promesa de consorcio, conforme al numeral 49.5 del artículo 49 del Reglamento. Para dicho efecto se deben seguir los siguientes pasos:

Primer Paso: Obtener el monto de facturación por cada integrante del consorcio

El monto de facturación de cada integrante del consorcio se obtiene de la sumatoria de los montos facturados por éste que, a criterio del órgano encargo de las contrataciones o comité de selección, según corresponda, han sido acreditados conforme a las bases, correspondiente a las contrataciones ejecutadas en forma individual y/o en consorcio.

En caso un integrante del consorcio presente facturación de contrataciones ejecutadas en consorcio, se considera el monto que corresponda al porcentaje de las obligaciones del referido integrante en dicho consorcio. Este porcentaje debe estar consignado expresamente en la promesa o en el contrato de consorcio, de lo contrario, no se considera la experiencia ofertada en consorcio.

debiendo ello constar en la promesa de consorcio. En efecto, la propia Directiva establece, en el numeral 3 de su inciso 7.5.2, que para calificar la experiencia del postor **no** se toma en cuenta la documentación presentada por el o los consorciados que asumen las obligaciones referidas a las siguientes actividades: *“a) Actividades de carácter administrativo o gestión como facturación, financiamiento, aporte de cartas fianzas o pólizas de caución, entre otras, b) Actividades relacionadas con asuntos de organización interna, tales como representación, u otros aspectos que no se relacionan con la ejecución de las prestaciones, entre otras.”* (el resaltado es agregado). Es decir, no se considera la experiencia de las obligaciones que no están vinculadas al objeto principal de la misma. En consecuencia, cuando el objeto de la contratación sea la ejecución de “actividades reguladas”, se considerará la experiencia de los integrantes del consorcio que ejecuten tales actividades y/o las que se encuentren directamente vinculadas con el objeto materia de la convocatoria, más allá de que existan obligaciones complementarias. (Opinión N.º 207-2016/DTN, de 28-12-2016, ff. 2.1, 2.1.3, 2.2 y 2.2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2r8xIHO>).

§ 2248. Los documentos solicitados en las bases como obligatorios para acreditar una actividad regulada deben ser presentados solo por aquellos consorciados que se hayan comprometido a ejecutar dicha actividad. CONSULTA: 2.1. *“¿Los documentos solicitados en las bases como obligatorios deben ser presentados por todas las empresas que conforman el consorcio?”* [...] 2.1.2. Sobre el particular, es importante indicar que [...] la Directiva N.º 006-2017-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (D-018)] “Participación de Proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado” (en adelante, la “Directiva”), [...] establece disposiciones complementarias para la aplicación de las normas referidas a la participación de los proveedores en consorcio, en las contrataciones que realizan las Entidades. [...] Al respecto, se advierte que la información contenida en la promesa de consorcio

Segundo Paso: Verificar que el integrante del consorcio que acredita la mayor experiencia cumpla con un determinado porcentaje de participación

En caso la Entidad haya establecido en las Bases un porcentaje determinado de participación en la ejecución del contrato, para el integrante del consorcio que acredite mayor experiencia, deberá verificarse que éste cumple con dicho parámetro a efectos de considerar su experiencia.

En el caso de ejecución y consultoría de obras, la mayor experiencia se refiere a la experiencia en obras similares y la especialidad, respectivamente.

Si el consorciado que acredita mayor experiencia no cumple con el porcentaje determinado que se hubiera establecido en las Bases, no corresponderá considerar su experiencia.

Tercer Paso: Sumatoria de la experiencia de los consorciados

Para obtener la experiencia del consorcio, se suma el monto de facturación aportado por cada integrante que cumple con lo establecido en la presente Directiva.

2. Para calificar la experiencia del postor no se toma en cuenta la documentación presentada por el o los consorciados que asumen las obligaciones referidas a las siguientes actividades:

- a) Actividades de carácter administrativo o de gestión como facturación, financiamiento, aporte de cartas fianzas o pólizas de caución, entre otras.

debe incluir, entre otros aspectos, *i) las obligaciones relacionadas al objeto del contrato, según corresponda a cada uno de los integrantes del consorcio; y, ii) el porcentaje de las obligaciones de cada uno de los integrantes (estén o no vinculadas directamente al objeto del contrato), para cuyo efecto se debe determinar el porcentaje total de sus obligaciones, respecto del objeto del contrato.* 2.1.3. Por su parte, el numeral 7.5 de la Directiva regula la forma de calificar las ofertas presentadas en consorcio. Así, en su numeral 7.5.1 se dispone que en los procedimientos de selección cuyo objeto requiera la participación de proveedores que realicen actividades reguladas, tales como intermediación laboral, vigilancia privada, servicio postal, transporte de combustible, comercialización de medicamentos, entre otras, únicamente deben cumplir los requisitos que disponga la ley de la materia, aquellos integrantes del consorcio que se hayan obligado a ejecutar dicha actividad en la promesa de consorcio. Ahora bien, conforme a lo indicado en el numeral anterior de la presente opinión, la promesa de consorcio -suscrita por cada uno de sus integrantes- debe, necesariamente, indicar las “obligaciones que corresponden a cada uno de los integrantes del consorcio”, y en el caso de bienes y servicios, cada integrante tiene el deber de precisar “*las obligaciones a las que se compromete en la ejecución del objeto de la contratación, estén o no vinculadas directamente a dicho objeto*”. Como puede observarse, la Directiva indica claramente que debe detallarse cada obligación a la que se compromete cada uno de los consorciados y, además, que tratándose de una actividad regulada, solamente aquellos consorciados que se hayan comprometido a ejecutar dicha actividad deben cumplir con todos los requisitos establecidos por la ley de la materia -esto es, los permisos legales necesarios para la ejecución de la actividad-; de ello se desprende que no necesariamente todos los miembros de un consorcio estarán obligados a cumplir con dicho requisito. [...] (Opinión N.º 162-2018/DTN, de 28-09-2018, ff. 2.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FNyFKY>).

b) Actividades relacionadas con asuntos de organización interna, tales como representación, u otros aspectos que no se relacionan con la ejecución de las prestaciones, entre otras.

3. Tratándose de bienes, solo se consideran las obligaciones vinculadas directamente al objeto de la contratación, como la fabricación y/o comercialización. No corresponde considerar la experiencia presentada por los integrantes del consorcio que se obliguen a ejecutar las demás actividades de la cadena productiva y actividades accesorias, tales como el aporte de materias primas, combustible, infraestructura, transporte, envasado, almacenaje, entre otras.

7.5.3. Garantías

Las garantías que presenten los consorcios, para el perfeccionamiento del contrato, durante la ejecución contractual y para la interposición de los recursos impugnativos, además de cumplir con las condiciones establecidas en el artículo 33 de la Ley, deben consignar expresamente el nombre completo o la denominación o razón social de los integrantes del consorcio, en calidad de garantizados, de lo contrario no pueden ser aceptadas por las Entidades. No se cumple el requisito antes indicado si se consigna únicamente la denominación del consorcio.

7.5.4. Bonificación y beneficios

Para que un consorcio pueda acceder a la bonificación equivalente al diez por ciento (10%) sobre el puntaje total obtenido, de conformidad con el literal f) del artículo 50 del Reglamento, cada uno de sus integrantes debe contar con domicilio en la provincia donde

§ 2249. La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto la posibilidad de que en el contrato de consorcio se indique que la obligación de facturación a la Entidad recaiga en más de un integrante del consorcio. CONSULTA: 2.3. *“¿Es posible desde la perspectiva de la regulación de los consorcios en la normativa de contrataciones del Estado que, en el marco de la participación de proveedores en consorcio en un procedimiento de selección, la obligación de facturación a la Entidad recaiga en más de un miembro del consorcio, de modo que la Entidad pueda recibir facturas por cada uno de estos miembros (autorizados por la promesa de consorcio y el contrato de consorcio) por montos parciales?”* (Sic). Como requisito para la suscripción del respectivo contrato los integrantes del consorcio deben perfeccionar la promesa formal a través de un contrato de consorcio, conforme lo dispone el artículo 117 del Reglamento [cfr. artículo 139º del Nuevo Reglamento]. Al respecto, el numeral 7.7 de la Directiva N.º 002-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (D-018)], “Participación de Proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado”, precisa el contenido con el que debe cumplir el contrato de consorcio, detallándose los siguientes requisitos: “[...] 2. **Identificar al integrante del consorcio a quien se efectuará el pago y emitirá la respectiva factura** o, en caso de llevar contabilidad independiente, señalar el Registro Único de Contribuyentes (RUC) del consorcio. 3. [...]” (El resaltado es agregado). Conforme a la norma citada, el contrato de consorcio debe contener de forma expresa la identificación del integrante del consorcio a quien se efectuará el pago y emitirá la respectiva factura o, en caso de llevar contabilidad independiente, señalar el RUC del consorcio, este es un requisito que forma parte del contrato de consorcio y como tal forma parte del contrato suscrito con la Entidad. En ese sentido, la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto la posibilidad de que en el contrato de consorcio se indique que la obligación de facturación a la Entidad recaiga en más de un integrante del consorcio; por tanto, no es posible que la Entidad realice el pago a cada uno de los miembros del consorcio en función al porcentaje de sus obligaciones en la ejecución del objeto de la contratación.

presta el servicio o se ejecuta la obra objeto del procedimiento, o en las provincias colindantes, sean o no pertenecientes al mismo departamento o región, el cual debe coincidir con el consignado en la constancia de inscripción en el RNP, con prescindencia de la obligación a la que se hubieren comprometido en la promesa de consorcio.

Para acceder al beneficio de la exoneración del Impuesto General a las Ventas (IGV) según la Ley N.º 27037, Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía, que se hace referencia en la Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento, todos los integrantes que figuran en la promesa de consorcio deben reunir las condiciones exigidas en dicha Ley, salvo cuando participen proveedores en consorcio con contabilidad independiente que se encuentre inscrito en el Registro Único de Contribuyentes (RUC). Asimismo, para solicitar la retención del diez por ciento (10%) del monto del contrato original, en calidad de garantía de fiel cumplimiento según lo señalado en el numeral 149.4 del artículo 149 del Reglamento, todos los integrantes del consorcio deben acreditar en su oferta la condición de micro o pequeña empresa, sin perjuicio que puedan acreditarlo al momento del perfeccionamiento del contrato.

7.6. IMPUGNACIONES

En virtud del literal b) del artículo 121 del Reglamento, en caso que un consorcio decida interponer recurso de apelación en su calidad de postor, basta que su representante común presente el recurso a nombre de todos los consorciados, acreditando su representación a través de la copia simple de la promesa de consorcio.

(Opinión N.º 165-2016/DTN, de 13-10-2016, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TOPGLv>).

§ 2250. En torno a la experiencia del postor, para el caso de ejecución de obras, la aplicación del ponderado se aplica tanto para la experiencia de obras en general como para la experiencia en obras similares. CONSULTA: 2.1. ¿“(…) la aplicación del ponderado se aplica para la experiencia en obras en general o la experiencia en obras similares”? [...] 2.1.4. Respecto al criterio de calificación “Experiencia del postor”, las Bases Estándar de Licitación Pública y Adjudicación Simplificada para la contratación de la ejecución de obras, aprobadas mediante Directiva N.º 001-2016-OSCE/CD, [cfr. Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD (D-001)] precisamente establecen dos sub factores: facturación en obras en general y facturación en obras similares. En ambos sub factores se establece que *“En los casos que se acredite experiencia adquirida en consorcio, debe presentarse la promesa de consorcio o el contrato de consorcio del cual se desprenda fehacientemente el porcentaje de las obligaciones que se asumió en el contrato presentado; de lo contrario, no se computará la experiencia proveniente de dicho contrato”*. También establece que en el caso de consorcio, la calificación de la experiencia se realiza conforme a la Directiva N.º 002-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (D-018)]. 2.1.5. Como se desprende, en torno a la experiencia del postor, que para el caso de ejecución de obras abarca tanto la experiencia en obra en general y obras similares, se califica en función de lo previsto en la Directiva citada, la misma que establece una ponderación de los montos aportados por cada consorcio, ponderación que se aplica a cada uno de estos sub factores de manera independiente. Finalmente, como ya se ha referido, solo será válida la experiencia establecida en las Bases como tal de aquellos consorciados que se hubieran comprometido a ejecutar las obligaciones vinculadas directamente al objeto de la convocatoria. (Opinión N.º 035-2017/DTN, de 03-02-2017, ff. 2.1, 2.1.4 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2E4b4If>).

Sin embargo, ello no impide que la representación del consorcio recaiga en la actuación conjunta de sus integrantes, ya sea a través de sus representantes legales, en el caso que se trate de personas jurídicas, o directamente cuando se trate de personas naturales.

7.7. CONTRATO DE CONSORCIO

Una vez registrado en el SEACE el consentimiento de la buena pro o de que esta haya quedado administrativamente firme, a efectos de perfeccionar el contrato, el consorcio ganador de la buena pro debe perfeccionar la promesa de consorcio mediante la suscripción del contrato de consorcio, el cual debe cumplir los siguientes requisitos:

1. Contener la información mínima indicada en el numeral 1) del acápite 7.4.2 de la presente Directiva, sin perjuicio de lo previsto en el numeral 2) del mismo acápite.
2. Identificar al integrante del consorcio a quien se efectuará el pago y emitirá la respectiva factura o, en caso de llevar contabilidad independiente, señalar el Registro Único de Contribuyentes (RUC) del consorcio.
3. Consignar las firmas legalizadas ante Notario de cada uno de los integrantes del consorcio, de sus apoderados o de sus representantes legales, según corresponda.

Lo indicado no excluye la información adicional que pueda consignarse en el contrato de consorcio con el objeto de regular su administración interna, como es el régimen y los sistemas de participación en los resultados del consorcio, al que se refiere el artículo 447 de la Ley General de Sociedades.

§ 2251. Elementos del contrato de consorcio que no puede ser modificado durante la etapa de ejecución contractual. Es posible la variación del régimen de participación en las utilidades y pérdidas establecidas inicialmente. CONSULTA: **2.1.** “¿Cuáles son los elementos del Contrato de Consorcio que las empresas integrantes no pueden modificar durante la etapa de ejecución del contrato celebrado entre el Consorcio y la Entidad?”. **2.2.** “Teniendo en cuenta la respuesta a la consulta anterior, ¿es posible que las partes integrantes del Consorcio modifiquen el régimen de participación en las utilidades y pérdidas establecidas inicialmente en el Contrato de Consorcio?” [...]. **3. CONCLUSIONES. 3.1.** La información del contrato de consorcio que no puede ser objeto de modificación -con ocasión de la suscripción del contrato de consorcio, ni durante la etapa de ejecución contractual-, se encuentra referida a: i) la identificación de los integrantes del consorcio; ii) las obligaciones que corresponden a cada uno de los integrantes; y, iii) al porcentaje de las obligaciones de cada uno de los integrantes del consorcio, contemplados en los literales a), d) y e) del numeral 1) del acápite 7.4.2 de la Directiva N.º 006-2017-OSCE/CD [cfr. acáp 7.4.2 de la Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (**D-018**)]. **3.2.** Considerando que la información sobre los sistemas de participación no se encuentra en la prohibición de modificación del contrato de consorcio a que se refiere el numeral 2 del acápite 7.4.2 de la Directiva N.º 006-2017-OSCE/CD -y sólo en tanto no implique la modificación de los aspectos prohibidos en dicha disposición-, la misma puede ser objeto de variación durante la ejecución contractual. (Opinión N.º 059-2018/DTN, de 24-04-2018, ff. 2.1, 2.2, 3.1, 3, 3.1 y 3.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2Qc15t3>).

§ 2252. Es posible que todos los integrantes del consorcio tengan el mismo porcentaje de obligaciones consignadas en la promesa de consorcio, en relación con las obligaciones concernientes al objeto del contrato asumidas por cada integrante. Si un integrante del consorcio consignó en la promesa de consorcio que se comprometía únicamente a obligaciones de carácter administrativo, no le correspondería ejecutar obligaciones directamente vinculadas al objeto

En ningún caso, puede aceptarse que en lugar del contrato de consorcio se presente nuevamente la promesa de consorcio, que fue parte de la oferta, aun cuando contenga las firmas legalizadas ante Notario de cada uno de sus integrantes, de sus apoderados o de sus representantes legales, según corresponda.

7.8. SUBCONTRATACIÓN

El consorcio puede subcontratar las obligaciones asumidas por sus integrantes en el contrato de consorcio, siempre que se cumplan los presupuestos establecidos en el artículo 35 de la Ley y el artículo 147 del Reglamento; y además, que todos los integrantes de dicho consorcio manifiesten de forma indubitable su conformidad.

No es posible que el consorcio subcontrate con algunos de sus integrantes, o con otro consorcio conformado por alguno de ellos, tampoco los integrantes del consorcio pueden subcontratar entre sí.

7.9. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SOLIDARIA

Los integrantes de un consorcio se encuentran obligados solidariamente a responder frente a la Entidad por los efectos patrimoniales que ésta sufra como consecuencia de la actuación de dichos integrantes, ya sea individual o conjunta, durante el procedimiento de selección y la ejecución contractual.

7.10. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR ANTE EL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

En los casos señalados en el artículo 258 del Reglamento, la notificación del decreto que da inicio al procedimiento sancionador y que otorga plazo para formular los descargos se

materia del procedimiento de selección CONSULTA: 2.1. “¿Pueden tener todos los miembros del consorcio el mismo porcentaje de participación consignado como obligaciones en la promesa formal de consorcio?”. [...] **2.3.** “¿Puede haber un miembro del consorcio que ejecute obligaciones vinculadas directamente al objeto materia de la contratación, pero que sus obligaciones en el consorcio sean únicamente administrativas?”. **2.4.** “Para concluir, hacemos la consulta si la Directiva en consulta aplica para compras estatales menores a 8 UIT.”. [...] **3. CONCLUSIONES. 3.1.** En el marco de un procedimiento de selección, todos los integrantes del consorcio deben determinar el porcentaje total de sus obligaciones; siendo que tal porcentaje corresponde a las obligaciones relacionadas con el objeto del contrato que fueron asumidas por dichos integrantes, según lo consignado en la promesa de consorcio. Por tanto, es posible que todos los integrantes del consorcio tengan el mismo porcentaje de obligaciones consignadas en la promesa de consorcio, en relación con las obligaciones concernientes al objeto del contrato asumidas por cada integrante. **3.2.** En consecuencia, cada integrante del consorcio deberá ejecutar las obligaciones objeto del contrato a las que se haya comprometido, conforme a lo consignado en la promesa de consorcio, en ese sentido si un integrante del consorcio consignó en la promesa de consorcio que se comprometía únicamente a obligaciones de carácter administrativo (supuesto que sólo sería aplicable en contrataciones de bienes y servicios), no le correspondería ejecutar obligaciones directamente vinculadas al objeto materia del procedimiento de selección. **3.3.** Para aquellas contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a 8 UIT, no resultan aplicables las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado; en consecuencia, en dichas contrataciones no resulta aplicable la Directiva N.º 006-2017-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (**D-018**)]. (Opinión N.º 170-2017/DTN, de 10-08-2017, ff. 2.1, 2.3, 2.4, 3, 3.1, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rwi1dy>).

efectúa a todos los integrantes del consorcio. En ningún caso, se notifica al representante común.

La presentación de los descargos debe ser realizada en forma individual por cada integrante que conforma el consorcio que haya sido notificado del inicio del procedimiento sancionador.

Los integrantes de un consorcio que hayan sido sancionados y decidan interponer recurso de reconsideración contra lo resuelto por el Tribunal, deben acompañar como requisito de admisibilidad de dicho recurso la garantía correspondiente que debe ser constituida en forma individual, por cada integrante del consorcio que pretenda impugnar.

VIII. DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Para la calificación de los contratos derivados de procesos de selección convocados antes del 20 de setiembre de 2012, que se presenten en la oferta a fin de acreditar la experiencia del postor, el órgano encargado de las contrataciones o comité de selección, según corresponda, se ceñirá al método de calificación descrito en el acápite 7.5.2 de la presente directiva, debiendo presumir en tal caso que el porcentaje de las obligaciones de los integrantes del consorcio equivale al porcentaje de participación de la promesa de consorcio o del contrato de consorcio.

En caso que en dichos documentos no se consigne el porcentaje de participación se presume que las obligaciones se ejecutaron en partes iguales.

IX. DISPOSICIÓN FINAL

La presente Directiva rige para los procedimientos que se convoquen a partir de la fecha de su entrada en vigencia.

§ 2253. Es posible que un tercero ajeno a la relación contractual otorgue a la Entidad una carta fianza emitida por una institución financiera autorizada para garantizar las obligaciones del contratista o los contratistas en consorcio. CONSULTA: 2.1. “¿Es posible o válido, que un tercero, pueda respaldar financieramente la carta fianza, la misma que precisa que servirá para garantizar la obra adjudicada por el Consorcio “X” (en el cual se menciona expresamente a todas y cada uno de los miembros integrantes que la conforman) dado su carácter literal en comentario”? [...] 2.1.2. [...] Por su parte, el segundo párrafo del artículo 39 de la anterior Ley [cfr. art. 33 de la Ley vigente] establecía los requisitos que debían cumplir las garantías para ser aceptadas por las Entidades: “(...) ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten. Dichas empresas deben encontrarse bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y deben estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú”. Adicionalmente, los instrumentos mediante los cuales los proveedores podían otorgar garantías a favor de las Entidades eran la carta fianza y la póliza de caución, el cual era determinado por cada Entidad en las Bases de sus procesos de selección, conforme lo disponía el segundo párrafo del artículo 155 del anterior Reglamento [cfr. art. 148 del Nuevo Reglamento]. [...] 2.1.3. De otro lado, en caso de consorcios, la Directiva N.º 016-2012-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD (D-018)] “Participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado” establecía que las garantías que presenten los consorcios, para la firma del contrato, durante la ejecución contractual y para la interposición de los recursos administrativos, además de cumplir con las condiciones establecidas en el artículo 39 de la anterior Ley, debían consignar expresamente el nombre completo o la denominación o razón social de los integrantes



del consorcio, en calidad de garantizados, de lo contrario no podían ser aceptadas por las Entidades, precisando que no se cumple el requisito antes indicado si se consignaba únicamente la denominación del consorcio. De las disposiciones citadas, se desprende que la normativa de contrataciones del Estado establecía los requisitos de las garantías que los proveedores debían presentar, sea carta fianza o póliza de caución, así como los requisitos en caso estas garantías sean presentadas por consorcios. Ahora bien, dentro de dichos requisitos no se ha previsto la posibilidad de que un tercero, ajeno a la relación jurídica contractual, pueda solicitar a la institución financiera sujeta a la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones - SBS y autorizada para emitir garantías, emita una carta fianza a favor de la Entidad garantizando las obligaciones del contratista, aspecto que corresponderá ser evaluado por las empresas del sistema financiero que las emiten, en el marco de la normativa aplicable. Por tanto, con independencia de quien solicite la carta fianza, en la medida que la garantía presentada por el proveedor cumpla con los requisitos previstos en la normativa de contrataciones del Estado, entre ellos, que sea emitida por una institución financiera autorizada para emitir garantías y sujeta a la supervisión de la SBS, otorgada a favor de la Entidad garantizando las obligaciones del contratista, podrá ser aceptada por las Entidades en el marco de un proceso de contratación. (Opinión N.º 118-2016/DTN, de 25-07-2016, ff. 2.1, 2.1.2 y 2.1.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2LoqPv4>).

D-019**DIRECTIVA N.º 004-2017-OSCE/CD**
Acciones de supervisión a pedido de parte

(Aprobada por la Resolución N.º 004-2017-OSCE/CD [EP, 02-04-2017])

I. FINALIDAD

Poner en conocimiento de los Proveedores del Estado los lineamientos que rigen las solicitudes de emisión de Dictámenes, cuestionamientos, así como de las solicitudes de elevación del Pliego de Absolución de Consultas y observaciones para emisión de Pronunciamiento, de conformidad con lo establecido en la normativa de Contrataciones del Estado.

OPINIONES DEL OSCE

§ 2254. A través de la solicitud de Dictamen al OSCE, cualquier tercero recurrente está en la posibilidad de formular cuestionamientos sobre transgresiones a la normativa de contrataciones del Estado en las que pudiera haber incurrido la Entidad durante un procedimiento de selección.

2.3. [...] De lo señalado, puede concluirse que dentro de un procedimiento de selección, solo pueden interponer recurso de apelación aquellos participantes o postores contra algún acto emitido por el Comité de Selección o por el órgano encargado de las contrataciones, así como por el Titular de la Entidad, cuando corresponda. **2.4.** Ahora bien, en el supuesto que un participante o proveedor advierta la existencia de inconsistencias o transgresiones a la normativa de contrataciones del Estado, dentro del desarrollo del procedimiento de selección, existen otros mecanismos a través de los cuales se pueden denunciar estos hechos. Así, en el marco de los artículos 10 y 11 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N.º 27444, concordados con el artículo 44 de la Ley, cualquier participante o proveedor puede solicitar ante la Entidad la nulidad del procedimiento de selección, al advertir la existencia de hechos que configuren una causal de nulidad. Dicha solicitud de nulidad es conocida por el Titular de la Entidad y puede ser declarada hasta antes del perfeccionamiento del contrato. Asimismo, la Directiva N.º 009-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 004-2017-OSCE/CD (**D-019**)] “Acciones de Supervisión a pedido de parte” que regula las acciones de supervisión efectuadas por el OSCE a pedido de cualquier proveedor, contempla dentro de sus procedimientos, uno denominado “Dictamen sobre cuestionamientos”, el mismo que se encuentra incluido en el numeral 8.8 de dicha Directiva. A través de la solicitud de este Dictamen, cualquier tercero recurrente, tales como organizaciones, asociaciones y la ciudadanía en general, - está - en la posibilidad de formular cuestionamientos sobre transgresiones a la normativa de contrataciones del Estado en las que pudiera haber incurrido la Entidad. Cabe precisar que ambos mecanismos, tanto la nulidad como la solicitud de acción de supervisión, no suspenden el procedimiento de selección, pudiendo proceder la Entidad con

II. OBJETO

Establecer los requisitos y alcances de las solicitudes de elevación de cuestionamientos al Pliego de Absolución de Consultas y observaciones para Pronunciamiento, cuestionamientos y solicitudes de emisión de Dictámenes.

III. ALCANCE

La presente Directiva es de cumplimiento obligatorio por los proveedores del Estado, participantes y demás recurrentes, las Entidades sujetas bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, el personal de la mesa de partes del OSCE, así como los órganos de línea competentes.

IV. BASE LEGAL

- Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.
- Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

En la presente Directiva se utilizarán las siguientes referencias:

la suscripción del contrato correspondiente, bajo responsabilidad en caso de advertirse la existencia de una causal de nulidad. Luego de suscrito el contrato, este solo puede declararse nulo por aquellas causales previstas en el tercer párrafo del artículo 44 de la Ley. (Opinión N.º 047-2017/DTN, de 16-02-2017, ff. 2.3 y 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2RwEBOu>).

- **DBA:** Dictamen sobre barreras de acceso
- **DCD:** Dictamen sobre contratación directa
- **DIP:** Dictamen sobre implementación del Pronunciamento
- **DSE:** Dictamen sobre supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley sujetos a supervisión
- **Ley:** Ley de Contrataciones del Estado
- **OSCE:** Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado
- **Reglamento:** Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

VI. DEFINICIONES

6.1. Acción de Supervisión a Pedido de Parte

Representa las acciones de supervisión efectuadas por el OSCE a partir de una solicitud presentada por proveedores y demás recurrentes para que se efectúe una acción de supervisión, siempre que la misma esté contemplada en la presente Directiva y se cumpla con los requisitos que esta prevé.

6.2. Barrera de acceso

Es la actuación material de uno o más órganos, dependencias, servidores o funcionarios de una Entidad orientada a impedir u obstaculizar la mayor participación de potenciales postores en un procedimiento de selección y que se configura en una transgresión a la Ley, su Reglamento o disposiciones complementarias.

6.3. Dictamen

Es el documento que contiene el resultado de la acción de supervisión iniciada a pedido de parte, respecto de una posible barrera de acceso, el posible uso indebido de la contratación directa o de la evasión de la aplicación de la Ley, respecto de una posible deficiente implementación de un Pronunciamento emitido por el OSCE u otras trasgresiones cuestionadas.

6.4. Implementación del Pronunciamento

Es la actividad que desarrolla el Comité de Selección para dar cumplimiento al Pronunciamento emitido por el OSCE. Se materializa en los documentos de integración.

6.5. Uso indebido de la Contratación Directa

Es la decisión o actuación de una Entidad de realizar una contratación directa argumentando de manera injustificada la configuración de alguna de las causales contempladas en la Ley para realizar una contratación directa.

6.6. Evasión de la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado

Es la decisión o actuación de una Entidad de realizar de manera injustificada una contratación bajo alguno de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley sujetos a supervisión del OSCE.

6.7. Pronunciamento

Es el resultado de la acción de supervisión a pedido de parte respecto de los cuestionamientos al Pliego de Absolución de Consultas y Observaciones elevados al OSCE de acuerdo a lo previsto en la normativa.

VII. DISPOSICIONES GENERALES

7.1 El comité de selección debe absolver las consultas y observaciones de manera motivada mediante el pliego absolutorio de consultas y observaciones, debiéndose identificar y transcribir todas las consultas y observaciones formuladas por los participantes, detallándose el análisis del Comité de Selección respecto a las consultas y observaciones recibidas así como la precisión exacta de lo que se incorporará en las Bases integradas.

7.2 La Ley dispone que es función del OSCE efectuar acciones de supervisión a pedido de parte, de acuerdo a lo dispuesto en el Texto Único de Procedimientos Administrativos y directivas vigentes.

La presente Directiva contiene las disposiciones para iniciar y realizar acciones de supervisión a pedido de parte cuyas conclusiones se recogen en los Pronunciamientos y Dictámenes emitidos por las instancias competentes del OSCE.

VIII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

Las conclusiones de las acciones de supervisión a pedido de parte que realiza el OSCE se plasman en los siguientes documentos:

- Pronunciamiento sobre elevación de cuestionamientos al Pliego de Absolución de Consultas y observaciones a las bases.
- Dictamen sobre Implementación de Pronunciamiento.
- Dictamen sobre Barreras de Acceso.
- Dictamen sobre Configuración de Causal de Contratación Directa.
- Dictamen sobre Supuesto Excluido.
- Dictamen sobre Cuestionamientos.

8.1. DEL PRONUNCIAMIENTO SOBRE ELEVACIÓN DE CUESTIONAMIENTOS AL PLIEGO DE ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS Y OBSERVACIONES A LAS BASES

8.1.1. De los actores que pueden solicitar Pronunciamiento

La solicitud de Pronunciamiento es formulada por los participantes en los procedimientos de selección de Licitación Pública y Concurso Público.

Solo pueden solicitar la emisión de Pronunciamiento los participantes registrados en el procedimiento hasta la culminación de la etapa de formulación de consultas y observaciones.

8.1.2. De los supuestos que dan origen a la emisión de Pronunciamiento

Se puede solicitar al comité de selección la elevación de los cuestionamientos al Pliego de Absolución de Consultas y Observaciones, cuando la absolución a una consulta u observación por parte del Comité de Selección se considere contraria a la normativa de contratación pública u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el procedimiento de selección o con el objeto de la contratación.

8.1.3. Aspectos que la Entidad debe verificar respecto a la presentación de la solicitud de emisión de Pronunciamiento

La solicitud de emisión de Pronunciamiento se presenta en el plazo de tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del Pliego de Absolución de Consultas y Observaciones a través del SEACE.

En relación con dicho plazo, el horario de atención por día debe coincidir con el horario de atención de la Entidad, el mismo que como mínimo debe poseer ocho (8) horas ininterrumpidas, siendo que, si la Entidad atiende excediendo dicho mínimo, no debe establecerse horarios diferenciados para la elevación de los cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y observaciones y los demás trámites ordinarios.

No corresponde atender la solicitud de emisión de pronunciamiento cuando:

- a) El participante presente la solicitud fuera de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del pliego absolutorio a través del SEACE.
- b) El participante no identifique la vulneración a la normativa de contratación pública u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el procedimiento de selección o con el objeto de la contratación, en que habría incurrido el Comité de Selección al absolver la consulta objeto de elevación.
- c) El participante no sustente o no identifique la vulneración en que estaría incurriendo el Comité de Selección al absolver la observación cuestionada.
- d) El participante no se haya registrado hasta la etapa de formulación de consultas y observaciones.

Los aspectos antes mencionados son insubsanables y, de ser el caso, podrán dar lugar a la emisión del Informe de No Configuración de Supuesto de Elevación.

En caso que la acción de supervisión concluya identificando elementos que configuran un vicio de nulidad emitirá el Informe de Identificación de Vicio de Nulidad.

8.1.4. Documentos que debe remitir el Comité de Selección al OSCE para la emisión de Pronunciamiento

A partir de la presentación de la solicitud de emisión de Pronunciamiento el Comité de Selección debe remitir al OSCE el expediente completo al día hábil siguiente de recibida la solicitud de elevación, incluyendo:

- a) Copia de la solicitud de elevación presentada por el o los participante(s).
- b) Copia del documento en el que conste la delegación al funcionario competente para aprobar el expediente de contratación y/o las Bases, de corresponder.
- c) Informe Técnico en el cual el comité de selección amplíe las razones de las absoluciones que son objeto de solicitud de elevación para Pronunciamiento de OSCE.

Corresponde al personal de mesa de partes de OSCE verificar los requisitos anteriormente señalados.

El OSCE puede requerir la subsanación del trámite, siempre y cuando identifique la omisión de información no advertida por la mesa de partes que resulte indispensable para la emisión del Pronunciamiento.

El Informe Técnico no puede ser reemplazado o complementado por temas abordados en reuniones con personal del OSCE, su no presentación será entendida como la inexistencia de mayores argumentos que los expuestos por el comité de selección en el respectivo pliego de absolución de consultas y observaciones.

8.1.5. Del plazo para emitir el Pronunciamiento por parte de OSCE

El plazo para emitir y notificar el pronunciamiento a través del SEACE es de siete (7) días hábiles, es improrrogable y se computa desde el día siguiente de la recepción del expediente completo por OSCE.

El plazo antes señalado se aplica para la emisión de los Informes de No Configuración de Supuesto de Elevación e Identificación de elementos que configuran vicio de nulidad.

8.2. DEL DICTAMEN SOBRE IMPLEMENTACIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO

8.2.1. De los actores que pueden solicitar la emisión del DIP

La solicitud es formulada por los participantes de un procedimiento de selección cuyas Bases fueron materia de observaciones elevadas al OSCE y que dieron origen a la emisión de Pronunciamiento.

La solicitud de DIP debe presentarse dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes a la integración de las Bases, caso contrario, se entenderá como extemporáneo, sin perjuicio de que dicha solicitud pueda dar lugar a una supervisión de oficio.

8.2.2. De las materias que dan origen a la emisión del DIP

A través de una solicitud de emisión sobre DIP se puede cuestionar alguno de los siguientes aspectos:

- a) Las Bases integradas no recogen las disposiciones contenidas en el Pronunciamiento o en el Informe de No Configuración de Supuesto de Elevación o en el documento que contenga una supervisión de oficio respecto de las Bases.
- b) No se publica con las Bases integradas la información requerida en el Pronunciamiento o en documento que contenga una supervisión de oficio respecto de las Bases.

8.3. DEL DICTAMEN SOBRE BARRERAS DE ACCESO

8.3.1. De los actores que pueden solicitar la emisión sobre DBA

La solicitud es formulada por los participantes del procedimiento de selección respecto del cual se solicita el Dictamen.

8.3.2. De las materias que dan origen a la emisión sobre DBA

A través de una solicitud de emisión sobre DBA se puede cuestionar, entre otras, alguna de las siguientes actuaciones de las Entidades:

- a) Existencia de obstáculos a la presentación de consultas y observaciones o a la solicitud de elevación de cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y observaciones al OSCE para pronunciamiento.
- b) No absolución de consultas y observaciones presentadas oportunamente en un procedimiento de selección.
- c) No elevación de cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y observaciones al OSCE para pronunciamiento.
- d) Existencia de obstáculos para efectuar el pago por concepto de reproducción de los documentos del procedimiento de selección y/o expediente técnico.
- e) No entrega de copia de los documentos del procedimiento de selección y/o expediente técnico a pesar de haberse efectuado el pago por su reproducción.
- f) Existencia de obstáculos a la lectura del expediente de contratación.
- g) Existencia de obstáculos para presentar ofertas.
- h) Existencia de obstáculos para presentar las solicitudes de precalificación y expresiones de interés.

8.3.3. De los requisitos que acompañan la solicitud de DBA

La solicitud de Dictamen debe acompañarse de copia simple de los medios probatorios que acrediten los hechos comunicados. A continuación se detalla algunos de los medios probatorios que podrían acreditar las materias señaladas en el numeral precedente:

BARRERAS DE ACCESO	DOCUMENTOS A PRESENTAR (Copia simple)				
	Constatación policial, judicial y/o notarial de la autoridad competente de la jurisdicción (*)	Cargo de la recepción por la Entidad de la solicitud de consultas y observaciones	Cargo de la solicitud de acceso (lectura) al expediente de contratación	Comprobante de pago de la tasa por concepto de elevación de los cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y observaciones para Pronunciamiento	Comprobante de pago del monto correspondiente a la reproducción de las Bases
Obstáculos a la presentación de consultas y observaciones	√				
Obstáculos a la presentación de solicitud de elevación de cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y observaciones para pronunciamiento	√			√	
No absolución de consultas y observaciones		√			
Obstáculos a la elevación de cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y observaciones al OSCE para pronunciamiento		√		√	
Obstáculos para efectuar el pago por concepto de reproducción de los documentos del procedimiento de selección y/o expediente técnico	√				
No entrega de copia de los documentos del procedimiento de selección y/o expediente técnico	√				√

Directivas

BARRERAS DE ACCESO	DOCUMENTOS A PRESENTAR (Copia simple)				
	Constatación policial, judicial y/o notarial de la autoridad competente de la jurisdicción (*)	Cargo de la recepción por la Entidad de la solicitud de consultas y observaciones	Cargo de la solicitud de acceso (lectura) al expediente de contratación	Comprobante de pago de la tasa por concepto de elevación de los cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y observaciones para Pronunciamiento	Comprobante de pago del monto correspondiente a la reproducción de las Bases
Obstáculos a la lectura del expediente de contratación	√		√		
Obstáculos para presentar ofertas	√				
Obstáculos para presentar las solicitudes de precalificación y expresiones de interés	√				

(*) La Constatación policial, judicial y/o notarial de la autoridad competente de la jurisdicción debe describir **expresamente** el hecho materia de Dictamen a fin que sirva de elemento probatorio.

8.4. DEL DICTAMEN SOBRE CONTRATACIÓN DIRECTA

8.4.1. De la presentación de la solicitud sobre DCD

La solicitud es formulada por los proveedores y demás recurrentes que consideren que la autorización de una contratación directa por parte de una Entidad no configura el supuesto invocado y/o incumple algún requisito para su aprobación, lo cual ameritará un análisis estrictamente objetivo de acuerdo a la normativa vigente.

8.5. DEL DICTAMEN SOBRE SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY SUJETOS A SUPERVISIÓN

8.5.1. De la presentación de la solicitud sobre DSE

La solicitud de Dictamen es formulada por proveedores y demás recurrentes que consideren que una Entidad, al ejecutar una contratación excluida del ámbito de aplicación de la Ley sujeta a supervisión, ha incurrido en un supuesto de evasión de la aplicación de la Ley, al no haberse configurado el supuesto de exclusión invocado, lo cual ameritará un análisis estrictamente objetivo de gestión de riesgos.

Este Dictamen al abordar contrataciones que se encuentran excluidas del ámbito de la normativa de contratación pública, las mismas que por mandato legal deben ser materia de supervisión, abordará el análisis de los aspectos que constituyen exclusivamente la configuración objetiva de dichos supuestos, quedando al margen de dicha supervisión, entre otros, el procedimiento y criterios de elección del proveedor.

8.6. DE LA PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD SOBRE DICTAMEN

La solicitud debe presentarse ante el área de Trámite Documentario del OSCE u Oficina Desconcentrada, empleando el formulario respectivo según el tipo de Dictamen que se solicita, formularios a los cuales se puede acceder a través del link www.osce.gob.pe/dictamen/formularios

8.7. DEL PLAZO PARA EMITIR DICTAMEN

El OSCE notificará los Dictámenes que emita dentro del plazo de treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente de la presentación de la solicitud.

8.8. DEL DICTAMEN SOBRE CUESTIONAMIENTOS

Cualquier tercero recurrente tales como las organizaciones gremiales, asociaciones y la ciudadanía en general, están en posibilidad de formular cuestionamientos sobre transgresiones a la normativa de contrataciones del Estado en las que pudiera haber incurrido una Entidad.

Las comunicaciones que sustenten dichos cuestionamientos se presentarán ante la mesa de partes del OSCE en Lima o ante las Oficinas Desconcentradas a nivel nacional.

Las referidas comunicaciones serán atendidas en el plazo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo General.

IX. DISPOSICIONES FINALES

9.1. La presente Directiva regirá a partir del día siguiente de la publicación de la Resolución que la aprueba en el Diario Oficial "El Peruano".

9.2. A partir de la vigencia de la presente Directiva deróguese la Directiva N.º 009-2016-OSCE/CD.

Jesús María, marzo de 2017

D-020

DIRECTIVA N.º 023-2016-OSCE/CD

DISPOSICIONES SOBRE LA FORMULACIÓN Y ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS Y OBSERVACIONES

(Aprobada por la Resolución N.º 274-2016-OSCE/PRE [EP, 25-07-2016]) ⁽ⁱ⁾

COMUNICADO DEL OSCE

- (i) Comunicado N.º 004-2016-OSCE/DTN (09-2016): Cumplimiento de la Directiva con las disposiciones sobre la formulación y absolución de consultas y observaciones. Texto completo: <bit.ly/2sQveyh>.

OPINIONES DEL OSCE

§ 2255. **Las directivas emitidas por el OSCE contienen disposiciones de aplicación obligatoria.** CONSULTA: 2.1. “¿Cuál es el ámbito de aplicación y validez de la Directiva N.º 023-2016-OSCE/CD? Que emite disposiciones sobre la formulación y absolución de consultas y observaciones” [...] 2.2.2. [...] [La] normativa de contrataciones del Estado incluye las directivas emitidas por el OSCE que contienen disposiciones de aplicación obligatoria para el desarrollo, participación y ejecución en los procesos de contratación estatal. 2.2.3. Finalmente, debe señalarse que la Directiva N.º 023-2016-OSCE/CD [D-020] fundamenta su validez y obligatoriedad en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú y en la normativa de contrataciones del Estado, conformada por la Ley, su Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE. En consecuencia, las disposiciones de la mencionada directiva son aplicables a las Entidades que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado y los proveedores que participan en los procedimientos de selección que realicen dichas Entidades. (Opinión N.º 009-2017/DTN, de 12-01-2017, ff. 2.1, 2.2.2 y 2.2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UcqfET>).

§ 2256. **El órgano encargado de las contrataciones o el comité de selección no pueden dejar de absolver las consultas y/u observaciones presentadas por los participantes que no emplearon el Anexo N.º 1 de la Directiva N.º 023-2016-OSCE/CD.** CONSULTA: 2.2. “El uso del Anexo N.º 01 de la Directiva N.º 023-2016-OSCE/CD, por parte de los postores, para la presentación de consultas y observaciones ¿Es de obligatorio cumplimiento? (...)” Al respecto, debe indicarse que, como se ha señalado al absolver la consulta anterior, la normativa de contrataciones del Estado, incluye las directivas emitidas por el OSCE que contienen disposiciones de aplicación obligatoria para el desarrollo, participación y ejecución en los procesos de contratación estatal. De esta manera, se desprende que los proveedores deben usar de forma obligatoria el Anexo N.º 1 de la Directiva N.º 023-2016-OSCE/CD [D-020].

I. FINALIDAD

Precisar y uniformizar los criterios que deben seguir los proveedores y Entidades para formular y absolver de manera fundamentada consultas y observaciones a las Bases en los procedimientos de licitaciones públicas, concursos públicos y adjudicaciones simplificadas.

II. OBJETO

Establecer reglas complementarias que orienten a los proveedores y las Entidades respecto de la formulación de consultas y observaciones a las Bases, así como sobre la elaboración del pliego de absolución de las consultas y observaciones.

III. ALCANCE

La presente directiva es de cumplimiento obligatorio para las Entidades que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme a la Ley de Contrataciones del Estado, así como para los proveedores que participen en los procedimientos de selección que realicen las Entidades.

IV. BASE LEGAL

- Ley de Contrataciones del Estado.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

No obstante, el órgano encargado de las contrataciones o el comité de selección no pueden dejar de absolver las consultas y/u observaciones presentadas por los participantes que no emplearon el Anexo N.º 1 de la mencionada directiva, tal como se expresó en el Comunicado N.º 004-2016-OSCE/DTN publicado en el mes de setiembre de 2016. (Opinión N.º 009-2017/DTN, de 12-01-2017, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2UcqfET>).

V. REFERENCIAS

En la presente Directiva se utilizarán las siguientes referencias:

- **Directiva:** La presente Directiva.
- **Ley:** Ley de Contrataciones del Estado.
- **OSCE:** Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- **Reglamento:** Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- **SEACE:** Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado.

VI. DEFINICIONES

- **Bases:** Documento del procedimiento de Licitación Pública, Concurso Público, Adjudicación Simplificada y Subasta Inversa Electrónica que contiene el conjunto de reglas formuladas por la Entidad para la preparación y ejecución del contrato.
- **Consultas a las Bases:** Las consultas son solicitudes de aclaración u otros pedidos, no debiendo emplearse para formular pretensiones que desnaturalicen la decisión de compra adoptada por la Entidad.
- **Observaciones a las Bases:** El participante puede formular observaciones a las bases, de manera fundamentada, por supuestas vulneraciones a la normativa de contrataciones u otra normativa que tenga relación con el objeto de contratación. No deben emplearse para formular pretensiones que desnaturalicen la decisión de compra adoptada por la Entidad.

VII. DISPOSICIONES GENERALES

7.1 El participante debe formular sus consultas y observaciones de manera debidamente motivada, concreta, clara y sin ambigüedades, que permita al comité de selección o al órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, absolverlas a su vez con claridad.

Para tal efecto, el proveedor debe usar el formato incluido en el Anexo N.º 1 de la Directiva, conforme a las instrucciones que se detallan en las Disposiciones Específicas de la Directiva. Dicho formato no debe ser modificado.

7.2 Conforme al artículo 51 del Reglamento, la absolución de consultas y observaciones se realiza de manera motivada mediante pliego que se elabora conforme a lo que establece la presente Directiva; en el caso de las observaciones se debe indicar si estas se acogen, se acogen parcialmente o no se acogen.

Para tal efecto, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, debe usar el formato incluido como Anexo N.º 2 de la Directiva para elaborar y notificar a través del SEACE el pliego absolutorio de consultas y observaciones presentadas en las licitaciones públicas, concursos públicos y adjudicaciones simplificadas, debiendo incluir la totalidad de la información exigida en la Directiva. Dicho formato no debe ser modificado.

7.3 La Entidad puede incluir en las Bases una disposición para requerir que, adicionalmente a la presentación de las consultas y observaciones por escrito, los participantes remitan el archivo electrónico respectivo para asegurar que el pliego absolutorio guarde correspondencia con el documento presentado. No obstante, la Entidad está obligada a absolver las consultas y observaciones aun cuando el participante no cumpla con remitir dicho archivo electrónico.

7.4 Al absolver las consultas y observaciones, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, debe evitar incluir disposiciones que excedan o no guarden congruencia con las aclaraciones planteadas y/o trasgresiones alegadas por el participante, salvo que sea para promover la competencia en el procedimiento convocado, lo que deberá ser debidamente sustentado por el Comité u órgano encargado y siempre que esté vinculada con la respectiva consulta u observación.

7.5 Tanto para el caso de consultas y observaciones recibidas, si el comité de selección u órgano encargado de las contrataciones advierta un vicio de nulidad en los actos del procedimiento de selección, debe ponerlo en conocimiento del Titular de la Entidad para que proceda conforme al artículo 44 de la Ley.

VIII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

8.1. El proveedor formula sus consultas y/u observaciones mediante el formato incluido como Anexo N.º 1 de la Directiva, para lo cual debe completar la siguiente información:

8.1.1 Nomenclatura del procedimiento de selección, que debe corresponder con aquella que consta en la ficha de selección publicada en el SEACE.

8.1.2 Objeto de la contratación, que debe corresponder con aquel que consta en la ficha de selección publicada en el SEACE.

8.1.3 Nombre del participante que presenta las consultas y/u observaciones.

8.1.4 Número de orden de las consultas y observaciones que se formulan. El proveedor debe listarlas en función del orden correlativo de los acápite de las Bases a los que se refieren dichas consultas y/u observaciones.

8.1.5 Acápite de las Bases al que se refiere cada una de las consultas y/u observaciones. En tal sentido, el proveedor debe precisar:

- a) Sección de las Bases (Sección General, Sección Específica o Anexos), debiéndose consignar en el formato una de las siguientes abreviaturas, respectivamente: SG, SE, A. En caso la consulta y/u observación se refiera a un Anexo, debe adicionarse el número.
- b) Numeral y literal de las Bases, según corresponda (por ejemplo, num. 2.2.1.1, lit. d); num. 3.2, lit. B.1; num. IV, lit. A).
- c) Página de las Bases.

8.1.6 Consulta y/u observación que se formula. En caso el proveedor deba incluir necesariamente gráficos o tablas, se puede indicar en el formato que estos obran como anexo, incluyéndose en el formato únicamente el texto de la consulta u observación.

8.1.7 Artículo y norma que se vulnera. En el caso de observaciones, el proveedor debe detallar cuál es el artículo y norma cuya trasgresión alega.

8.2. La Entidad debe absolver la totalidad de consultas y/u observaciones, mediante el formato incluido como Anexo N.º 2 de la Directiva, trasladando la información detallada en los numerales 8.2.1 a 8.2.7 y, podrá precisar o completar la información faltante del numeral 8.1 con excepción de la consignada en el numeral 8.1.6.

8.2.1 Nomenclatura del procedimiento de selección, que debe corresponder con aquella que consta en la ficha de selección publicada en el SEACE.

8.2.2 Objeto de la contratación, que debe corresponder con aquel que consta en la ficha de selección publicada en el SEACE.

8.2.3 Número de orden único y correlativo de las consultas y/u observaciones presentadas por todos los participantes. La Entidad debe listar las consultas y/u observaciones de manera correlativa en función del orden de los acápites de las Bases a los que se refieren dichas consultas y/u observaciones, con independencia del participante que las haya presentado.

8.2.4 Acápite de las Bases al que se refiere cada una de las consultas y/u observaciones presentadas por los participantes.

8.2.5 Nombre del participante que presentó la consulta y/u observación respectiva.

8.2.6 Análisis respecto de la consulta y/u observación recibida, que supone detallar la respuesta a la solicitud formulada por el participante y el análisis que la sustenta, así como el argumento desarrollado para desvirtuar o confirmar la trasgresión normativa identificada por el proveedor.

En el caso de las observaciones, se debe indicar si se acoge, acoge parcialmente o no se acoge la observación, según se confirme o desvirtúe, total o parcialmente, la trasgresión alegada por el participante.

8.2.7 Detalle de aquello que se incorporará en las Bases a integrarse, de corresponder, que supone indicar de manera clara y precisa la modificación a las Bases que se realizará con ocasión de su integración.

IX. ANEXOS

- Anexo N.º 1 - Formato para la formulación de consultas y observaciones
- Anexo N.º 2 - Formato de pliego de absolución de consultas y observaciones

Dichos formatos pueden ser descargados en el portal institucional del OSCE, sección Directivas Vigentes.

X. DISPOSICIONES FINALES

10.1. La presente Directiva entrará en vigencia al día siguiente de publicación de la Resolución que la aprueba en el Diario Oficial "El Peruano".

Véase los anexos aquí: <bit.ly/2VGKYjV>

Jesús María, julio del 2016

D-021

DIRECTIVA N.º 022-2016-OSCE/CD DISPOSICIONES APLICABLES A LA COMPARACIÓN DE PRECIOS

(Aprobada por la Resolución N.º 239-2016-OSCE/PRE [EP, 29-06-2016]) ⁽ⁱ⁾

COMUNICADO DEL OSCE

- (i) Comunicado N.º 002-2016-OSCE/DTN (12-07-2016): Disposiciones aplicables a la comparación de precios. Texto completo: <bit.ly/2sP1KBa>.

I. FINALIDAD

Precisar y uniformizar los criterios que deben seguir las Entidades para la ejecución del procedimiento de comparación de precios, así como aquellos que deben seguir los proveedores que participan en dichos procedimientos.

II. OBJETO

Orientar a las Entidades y proveedores mediante el establecimiento de reglas complementarias para la ejecución del procedimiento de comparación de precios para la contratación de bienes o servicios en general, que contribuya a la transparencia en la contratación pública y a la rendición de cuentas.

III. ALCANCE

La presente directiva es de cumplimiento obligatorio para las Entidades que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme al artículo 3 de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, así como para los proveedores que participan en procedimientos de comparación de precios.

IV. BASE LEGAL

- Ley de Contrataciones del Estado
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

En la presente Directiva se utilizarán las siguientes referencias:

- **Directiva:** La presente Directiva.
- **RNP:** Registro Nacional de Proveedores

VI. DISPOSICIONES GENERALES

6.1 Para aplicar el procedimiento de selección de comparación de precios, la Entidad debe verificar que los bienes y/o servicios en general objeto de la contratación sean de disponibilidad inmediata, fáciles de obtener en el mercado, se comercialicen bajo una oferta estándar establecida por el mercado y que no se fabrican, producen, suministran o prestan siguiendo la descripción particular o instrucciones dadas por la Entidad contratante. Sólo procede el procedimiento de comparación de precios cuando se verifiquen las condiciones señaladas, caso contrario, debe convocarse el que corresponda.

Una vez definido el requerimiento de la Entidad, el órgano encargado de las contrataciones elabora un informe en el que conste el cumplimiento de las condiciones para el empleo del procedimiento de selección de comparación de precios. Para tal efecto, se debe utilizar el formato incluido en el Anexo N.º 1 de la Directiva. Dicho informe debe publicarse en el SEACE.

Sobre el particular, debe entenderse que los bienes y servicios son de disponibilidad inmediata cuando están listos para ser usados o prestados. Además, en el caso de bienes, no debe requerirse de fabricación o importación a solicitud, adecuación, modificación o de la realización de trámites administrativos tales como la obtención de licencias, autorizaciones u otros necesarios para la ejecución de la prestación.

Asimismo, debe entenderse que los bienes y servicios se comercializan bajo una "oferta estándar" cuando son ofrecidos en el mercado, en iguales condiciones, por distintos proveedores.

6.2 No corresponde utilizar el procedimiento de comparación de precios para la contratación de bienes y servicios que son fabricados o prestados siguiendo la descripción particular o instrucciones de la Entidad tales como el mantenimiento de carreteras; la contratación de profesionales o personal especializado; el suministro periódico de bienes o los servicios de ejecución periódica tales como la mensajería; la toma de inventario físico de bienes; la adquisición de vehículos; la recolección y disposición final de residuos sólidos; el acondicionamiento, mantenimiento y/o reparación de infraestructura; entre otros supuestos.

Tampoco corresponde utilizar dicho procedimiento para la contratación de bienes o servicios incluidos en el Listado de bienes y servicios comunes y en el Catálogo Electrónico, los que se contratan a través del procedimiento de Subasta Inversa Electrónica y Acuerdo Marco, así como para la adquisición de productos alimenticios para el Programa de Vaso de Leche u otros programas sociales que cuentan con regulación especial.

6.3 Para el procedimiento de comparación de precios, el expediente de contratación no requiere incluir el resumen ejecutivo de actuaciones preparatorias.

VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

7.1 En caso se opte por elaborar una solicitud de cotización, el órgano encargado de las contrataciones debe solicitar y obtener, de forma física o electrónica, un mínimo de tres (3) cotizaciones que cumplan con lo previsto en la solicitud de cotización, las que deben acompañarse con declaraciones juradas de los proveedores de no encontrarse impedidos para contratar con el Estado. Sólo puede otorgarse la buena pro cuando el órgano encargado de las contrataciones haya obtenido tres (3) cotizaciones que cumplan con las disposiciones antes señaladas.

Para elaborar la solicitud de cotización, la Entidad debe utilizar el formato incluido en el Anexo N.º 2 de la Directiva. Los proveedores, asimismo, deben utilizar el formato incluido en el Anexo N.º 3 de la Directiva para remitir su cotización y declaración jurada.

Antes de remitir la solicitud de cotización, la Entidad debe verificar que el proveedor cuenta con inscripción vigente en el RNP y que no se encuentra inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado.

7.2 Cuando el mecanismo utilizado no sea la solicitud de cotización y la información se obtenga de manera directa del mercado, ya sea mediante la consulta a portales electrónicos, de manera presencial u otros medios, la Entidad debe elaborar y publicar en el SEACE un informe que contenga los detalles de dicha indagación y comparación, incluyendo por lo menos a tres (3) proveedores que ofrezcan el objeto de contratación en dichos medios, debiendo verificar previamente que dichos proveedores cuentan con inscripción vigente en el RNP y no se encuentran inhabilitados o suspendidos para contratar con el Estado.

En tal caso, la Entidad debe requerir al proveedor que tiene el menor precio en dicha indagación, la presentación de la declaración jurada detallada en el Anexo N.º 4.

7.3 La Entidad otorga la buena pro, debiendo verificar previamente que el proveedor cuenta con inscripción vigente en el RNP.

VIII. ANEXOS

Anexo N.º 1: Formato de Informe sustentatorio para emplear la comparación de precios e instrucciones de uso

Anexo N.º 2: Formato de solicitud de cotización e instrucciones de uso

Anexo N.º 3: Formato de cotización y declaración jurada del proveedor e instrucciones de uso

Anexo N.º 4: Formato de declaración jurada del proveedor e instrucciones de uso

IX. DISPOSICIÓN FINAL

10.1. La presente Directiva entrará en vigencia al día siguiente de publicación de la Resolución que la aprueba en el Diario Oficial "El Peruano".

Véase los anexos aquí: <bit.ly/2H7rPEt>

Jesús María, junio de 2016

D-022**DIRECTIVA N.º 004-2016-OSCE/CD****LINEAMIENTOS PARA LA CONTRATACIÓN EN LA QUE SE HACE REFERENCIA A DETERMINADA MARCA O TIPO PARTICULAR**

(Aprobada por la Resolución N.º 011-2016-OSCE/PRE [EP, 09-01-2016])

I. FINALIDAD

Establecer los lineamientos que las Entidades deben observar para hacer referencia, en la definición del requerimiento, a marca o tipo particular de bienes o servicios a contratar.

II. OBJETO

Orientar a las Entidades que requieran contratar bienes o servicios haciendo referencia a fabricación o procedencia, procedimiento de fabricación, marcas, patentes o tipos, origen o producción determinados.

III. ALCANCE

La presente directiva es de cumplimiento obligatorio para todas las Entidades que se encuentran incluidas dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme al artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado.

IV. BASE LEGAL

- Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N.º 30225.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

En la presente Directiva se utilizarán las siguientes referencias:

- **Directiva:** La presente Directiva.
- **Ley:** Ley de Contrataciones del Estado.
- **OSCE:** Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- **Reglamento:** Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

VI. DISPOSICIONES GENERALES

6.1. En la definición del requerimiento no se hace referencia a fabricación o procedencia, procedimiento de fabricación, marcas, patentes o tipos, origen o producción determina-

dos, ni descripción que oriente la contratación hacia ellos, salvo que la Entidad haya implementado el correspondiente proceso de estandarización debidamente autorizado por su Titular, en cuyo caso deben agregarse las palabras "o equivalente" a continuación de dicha referencia

Debe entenderse por estandarización, al proceso de racionalización consistente en ajustar a un determinado tipo o modelo los bienes o servicios a contratar, en atención a los equipamientos preexistentes.

6.2. Conforme al tercer párrafo del artículo 8 del Reglamento, también resulta posible incluir las referencias antes mencionadas tratándose de material bibliográfico existente en el mercado, cuya adquisición obedezca a planes curriculares y/o pedagógicos, por su contenido temático, nivel de especialización u otras especificaciones debidamente justificadas por el área usuaria, debiendo establecerse el título, autor y edición que corresponda a las características requeridas.

VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

7.1. La estandarización debe responder a criterios técnicos y objetivos que la sustenten, debiendo ser necesaria para garantizar la funcionalidad, operatividad o valor económico del equipamiento o infraestructura preexistente de la Entidad.

En tal sentido, el área usuaria de la cual proviene el requerimiento de contratar o que, dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias, debe elaborar un informe técnico sustentando la necesidad de realizar la estandarización.

7.2. Los presupuestos que deben verificarse para que proceda la estandarización, son los siguientes:

- a) La Entidad posee determinado equipamiento o infraestructura, pudiendo ser maquinarias, equipos, vehículos, u otro tipo de bienes, así como ciertos servicios especializados;
- b) Los bienes o servicios que se requiere contratar son accesorios o complementarios al equipamiento o infraestructura preexistente, e imprescindibles para garantizar la funcionalidad, operatividad o valor económico de dicho equipamiento o infraestructura.

En consecuencia, no procede la estandarización, entre otros supuestos, cuando entre otros: (i) no existe accesoriedad o complementariedad entre el equipamiento o infraestructura preexistente y los bienes o servicios a ser contratados; (ii) aun cuando exista accesoriedad o complementariedad, ésta no responda a criterios técnicos y objetivos que la hagan imprescindible; (iii) cuando se busque uniformizar el equipamiento o infraestructura por razones estéticas; (iv) cuando los bienes o servicios accesorios o complementarios son considerados por la Entidad como una mejor alternativa por criterios subjetivos de valoración.

7.3. Cuando en una contratación en particular el área usuaria - aquella de la cual proviene el requerimiento de contratar o que, dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias - considere que resulta inevitable definir el requerimiento haciendo referencia a fabricación o procedencia, procedimiento de fabricación, marcas, patentes o tipos, origen o producción determinados o descripción que oriente la contratación hacia ellos, deberá elaborar un informe técnico de estandarización debidamente sustentado, el cual contendrá como mínimo:

- a) La descripción del equipamiento o infraestructura preexistente de la Entidad.

- b) De ser el caso, la descripción del bien o servicio requerido, indicándose la marca o tipo de producto; así como las especificaciones técnicas o términos de referencia, según corresponda.
- c) El uso o aplicación que se le dará al bien o servicio requerido.
- d) La justificación de la estandarización, donde se describa objetivamente los aspectos técnicos, la verificación de los presupuestos de la estandarización antes señalados y la incidencia económica de la contratación.
- e) Nombre, cargo y firma de la persona responsable de la evaluación que sustenta la estandarización del bien o servicio, y del jefe del área usuaria.
- f) La fecha de elaboración del informe técnico.

7.4. La estandarización de los bienes o servicios a ser contratados será aprobada por el Titular de la Entidad, sobre la base del informe técnico de estandarización emitido por el área usuaria, la que podrá efectuar las coordinaciones que resulten necesarias con el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad para tal fin. Dicha aprobación deberá efectuarse por escrito, mediante resolución o instrumento que haga sus veces, y publicarse en la página web de la Entidad al día siguiente de producida su aprobación.

Asimismo, en dicho documento deberá indicarse el periodo de vigencia de la estandarización, precisándose que, de variar las condiciones que determinaron la estandarización, dicha aprobación quedará sin efecto.

Una vez aprobada la estandarización de los bienes o servicios a ser contratados, el área usuaria remitirá al órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, conjuntamente con las especificaciones técnicas o términos de referencia según corresponda, el informe técnico de estandarización y el documento mediante el cual se aprobó la estandarización, a fin que dicho órgano realice las actividades necesarias para concretar la contratación del bien o servicio requerido.

7.5. En los documentos del procedimiento de selección debe agregarse la palabra "o equivalente" a continuación de la referencia a determinada fabricación o procedencia, procedimiento concreto, marca, patente o tipos, origen o producción. Es responsabilidad de la Entidad determinar procedimientos o mecanismos objetivos para determinar la equivalencia de la marca requerida, tomando en cuenta para ello los principios de libertad de concurrencia, competencia, eficiencia y eficacia.

7.6. La estandarización no supone la existencia de un proveedor único en el mercado nacional, es decir, el hecho que una Entidad apruebe un proceso de estandarización no enerva la posibilidad de que en el mercado pueda existir más de un proveedor, con lo cual, en principio, la Entidad se encontraría obligada a efectuar un procedimiento de selección para determinar al proveedor con el cual celebrará el contrato.

7.7. Cuando los bienes que se requiere contratar correspondan a material bibliográfico existente en el mercado, el área usuaria debe elaborar un informe técnico que sustente que la necesidad no pueda ser satisfecha con material bibliográfico distinto al requerido, de acuerdo con las condiciones señaladas en el tercer párrafo del artículo 8 del Reglamento.

7.8. Cuando el Comité de Selección constate que al describir los bienes o servicios a ser contratados se hace referencia a determinada fabricación o procedencia, procedimiento concreto, marca, patente o tipos, origen o producción, deberá verificar que en el expediente de contratación se haya incluido el informe técnico de estandarización y el instrumento

que aprobó la estandarización, o el informe técnico sobre el material bibliográfico existente en el mercado; en caso contrario, deberá observar el expediente de contratación y devolverlo al órgano encargado de las contrataciones de la Entidad para su reformulación.

VIII. DISPOSICIÓN FINAL

8.1. La presente directiva entrará en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de la Resolución que la aprueba en el Diario Oficial "El Peruano".

8.2 A partir de la entrada en vigencia de la presente directiva deróguese la Directiva N.º 010-2009-OSCE/CD.

Jesús María, enero del 2016

D-023**DIRECTIVA N.º 003-2019-OSCE/CD****LINEAMIENTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO
POR PRESTACIONES ACCESORIAS**

(Aprobada por la Resolución N.º 015-2019-OSCE/PRE [EP, 29-01-2019])

I. FINALIDAD

La presente directiva tiene por finalidad complementar el contenido y los alcances de la garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias que debe presentar el ganador de la buena pro de un procedimiento de selección para el perfeccionamiento del contrato.

OPINIONES DEL OSCE

§ 2257. **Mecanismos especiales a través del cual la Entidad puede concentrar prestaciones de diferente tipo o naturaleza en una misma contratación. 2.1.1.** [...] En coherencia con lo señalado, el Reglamento ha previsto mecanismos especiales a través de los cuales, la Entidad puede concentrar prestaciones de diferente tipo o naturaleza en una misma contratación, considerando, entre otros, los siguientes: **a) CONTRATACIÓN POR PAQUETE**, dicho mecanismo puede utilizarse para agrupar dentro de un mismo objeto contractual (i) varios bienes, servicios o consultorías de obra, distintos pero vinculados entre sí; o, (ii) la ejecución de obras de similar naturaleza; tomando en consideración que la contratación conjunta de tales prestaciones resulta más eficiente en términos de calidad, precio y tiempo que efectuar contrataciones por separado. A manera de ejemplo, se podría empaquetar en un mismo objeto contractual: camisas, pantalones, polos, entre otras prendas de vestir. **b) PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN SEGÚN RELACIÓN DE ÍTEMS**, mediante el cual, la Entidad, teniendo en consideración la viabilidad económica, técnica y/o administrativa de la contratación, puede convocar a través de un mismo procedimiento de selección la contratación de bienes, servicios en general, consultorías u obras distintos pero vinculadas entre sí, los cuales se agrupan, de acuerdo a su grado de vinculación, en diferentes ítems. De esta manera, cada ítem -que debe tener un monto individual mayor a ocho (8) UIT- pasa a constituir un procedimiento de selección independiente dentro del procedimiento de selección principal. A manera de ejemplo, se podría contratar mediante un procedimiento de selección según relación de ítems, diferentes tipos de medicamentos, en el que cada tipo de medicamento pase a constituir un ítem en particular. **c) CONTRATACIONES QUE PREVEAN PRESTACIONES ACCESORIAS**, mecanismo a través del cual la Entidad puede contratar bienes, servicios u obras que adicionalmente conlleven la ejecución de prestaciones accesorias a la principal [De conformidad con lo previsto en la Directiva N.º 009-2009-OSCE/CD, “Lineamientos para la aplicación de la garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias” [cfr. Directiva N.º 003-2019-OSCE/CD (D-023)]. Así,

II. OBJETO

Dictar disposiciones complementarias para la aplicación del artículo 151 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, referido a la garantía que debe ser exigida por las Entidades en el caso de contrataciones que conlleven la ejecución de prestaciones accesorias.

III. ALCANCE

La presente directiva es de cumplimiento obligatorio para todas las Entidades que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme al artículo 3 de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y sus modificatorias.

IV. BASE LEGAL

- Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y sus modificatorias.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF.

V. REFERENCIAS

En la presente directiva se utilizarán las siguientes referencias:

- Ley: Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y sus modificatorias.
- Reglamento: Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF.

podría contratarse, por ejemplo, la adquisición de un determinado bien sofisticado y preverse como prestación accesoria el servicio de capacitación para su correcto uso. (Opinión N.º 059-2017/DTN, de 23-02-2017, f. 2.1.1. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2FHfdn6>).

- Directiva: La presente directiva.
- OSCE: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

VI. DISPOSICIONES GENERALES

6.1. De conformidad con el artículo 151 del Reglamento, en el caso de contratación de bienes, servicios en general, consultorías o ejecución de obras que conllevan la ejecución de prestaciones accesorias, tales como mantenimiento, reparación o actividades afines, la Entidad exigirá al postor ganador de la buena pro que otorgue, adicionalmente a la garantía de fiel cumplimiento por las prestaciones principales, otra destinada a cautelar el fiel cumplimiento de las prestaciones accesorias.

6.2. Las prestaciones principales constituyen la esencia de la contratación realizada por la Entidad, mientras que las prestaciones accesorias están vinculadas al objeto del contrato y existen en función de la prestación principal, coadyuvando a que esta se viabilice, es decir, a que se haga efectiva según los términos y condiciones previstos por la Entidad.

6.3. La obligación de cumplir las prestaciones accesorias se sustenta en la vinculación que tiene la Entidad con el contratista en virtud del contrato celebrado específicamente para dicho fin, el cual es independiente del contrato que contiene la prestación principal.

6.4. La existencia de dos contratos no afecta la relación de accesoriedad que existe entre ambas obligaciones. En tal sentido, para el cumplimiento de las prestaciones accesorias debe verificarse necesariamente el cumplimiento previo de las prestaciones principales.

VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

7.1. En el caso que la prestación principal de una contratación conlleve además una o más prestaciones accesorias, corresponde al área usuaria incluir las condiciones de dichas prestaciones en el requerimiento, a fin que dicha información se encuentre debidamente prevista en el respectivo expediente de contratación e incorporada en las bases del procedimiento de selección.

7.2. El valor estimado o valor referencial del procedimiento debe incluir todos los costos que incidan tanto en la prestación principal como en la prestación accesorias, incluyendo los costos de financiamiento por la obtención de las garantías de fiel cumplimiento por el total de las prestaciones comprendidas en el objeto de la convocatoria.

7.3. Para efectos de la determinación del monto, otorgamiento y devolución de la garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias es necesario que tanto en las bases del procedimiento como en la oferta económica se hayan individualizado los montos correspondientes a la(s) prestación(es) principal(es) y a la(s) prestación(es) accesorias(s).

7.4. Sin perjuicio de la obligación de individualizar los montos que corresponden tanto a la(s) prestación(es) principal(es) como a la(s) prestación(es) accesorias(s), debe tenerse en cuenta que el valor estimado o valor referencial del procedimiento es único, siendo que la evaluación del precio de las ofertas se realizará de acuerdo con el monto total ofertado.

7.5. De conformidad con los artículos 149 y 151 del Reglamento, en el caso de contrataciones que incluyan prestaciones accesorias, el postor ganador de la buena pro, adicionalmente a la garantía de fiel cumplimiento por el 10% del monto de la prestación principal, debe otorgar una garantía de fiel cumplimiento por el 10% del monto de las prestaciones accesorias, según lo declarado en su oferta.

7.6. Para la aplicación de la excepción establecida en el literal a) del artículo 152 del Reglamento, debe considerarse el monto total del contrato, incluyendo las prestaciones principales y prestaciones accesorias.

7.7. La garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias debe ser renovada periódicamente hasta el cumplimiento total de las obligaciones garantizadas, siendo que en el caso de bienes, servicios en general y consultoría en general debe tener vigencia hasta el otorgamiento de la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y, en el caso de ejecución y consultoría de obras, hasta el consentimiento de la liquidación final.

7.8. Los contratos relativos al cumplimiento de la(s) prestación(es) principal(es) y de la(s) prestación(es) accesoria(s), pueden estar contenidos en uno o dos documentos. En el supuesto que ambas prestaciones estén contenidas en un mismo documento, estas deben estar claramente diferenciadas, debiendo indicarse entre otros aspectos, el monto y plazo de cada prestación.

7.9. Una vez cumplida la(s) prestación(es) principal(es) a satisfacción de la Entidad, se procederá a otorgar la conformidad tratándose de bienes, servicios en general y consultoría en general, y a aprobar o consentir la liquidación del contrato respectivo en el caso de ejecución y consultoría de obras, a fin de darle el tratamiento correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento. De la misma manera deberá actuarse respecto de la(s) prestación(es) accesoria(s), ante cuyo cumplimiento debe dársele el tratamiento correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias.

D-024**DIRECTIVA N.º 001-2003-CONSUCODE/PRE****INTERVENCIÓN ECONÓMICA DE LA OBRA**

(Aprobada por la Resolución N.º 010-2003-CONSUDE/PRE [EP, 15-01-2003])

I. FINALIDAD.

Orientar a las Entidades del Estado sujetas a los alcances del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N.º 012-2001-PCM, sobre el procedimiento a seguir para la intervención económica de la obra establecida en el artículo 161º del Reglamento de la indicada Ley, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 013-2001-PCM,

II. OBJETIVO

La presente Directiva tiene por objeto establecer las reglas para la correcta aplicación de lo dispuesto en el artículo 161º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 013-2001-PCM, en cuanto se refiere a la intervención económica de la obra.

III. ALCANCE

La presente Directiva es de aplicación obligatoria por todas las Entidades del Sector Público y demás organismos comprendidos en el artículo 2o de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, así como por los contratistas de obra.

IV. BASE LEGAL

- Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 012-2001-PCM, en adelante la Ley.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N.º 013-2001-PCM, en adelante el Reglamento.

V. DISPOSICION GENERAL.

La Entidad podrá, de oficio o a solicitud de parte, intervenir económicamente la obra en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de los trabajos en el plazo programado. La intervención económica de la obra es una medida que se adopta por consideraciones de orden técnico y económico con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar al extremo de resolver el contrato. La intervención económica no deja al contratista al margen de su participación contractual, manteniendo los derechos y obligaciones correspondientes.

Si el contratista rechaza la intervención económica dentro de los tres días siguientes de haber sido notificado con la resolución a través de la cual se decide intervenir económicamente la obra, el contrato quedará resuelto de pleno derecho.

VI. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS.

1. La intervención económica de una obra es la participación directa de la Entidad en el manejo económico de la obra.

2. La Entidad podrá intervenir económicamente una obra cuando se presenten cualquiera de los siguientes casos:

- a) Si el contratista incumple con la presentación del calendario de avance de obra acelerado dentro de los siete (7) días siguientes de recibida la orden del Inspector o Supervisor de la Obra, la que se emite cuando el monto de valorización acumulada a una fecha determinada resulte menor que el ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada a esa misma fecha.
- b) Si el monto de la valorización acumulada resulta menor que el ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada del calendario de avance de obra acelerado y que la Entidad prefiera, por razones de orden técnico y económico, la intervención en vez de la resolución del contrato.

Entiéndase por calendario de avance de obra acelerado al documento en el que consta la nueva programación mensual valorizada de la ejecución de la obra contratada en el cual se contempla la aceleración de los trabajos, emitido como consecuencia de las demoras injustificadas en la ejecución de la obra.

- c) De oficio o a solicitud de parte en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de la obra de acuerdo con el expediente técnico y en forma oportuna.

En el supuesto que la intervención económica se configure debido a que el contratista ha incumplido sus obligaciones contractuales, la Entidad deberá requerir al contratista el cumplimiento de sus obligaciones mediante carta notarial otorgándole un plazo no menor de dos días ni mayor de quince días, vencido el cual podrá decidir intervenir económicamente la obra. Tratándose de obligaciones no esenciales, procederá intervenir económicamente la obra sólo si habiéndole requerido dos veces, el contratista no ha verificado su cumplimiento.

De comprobarse que el contratista ha reincidido, aun habiendo implementado el primer o segundo requerimiento para el caso de obligaciones esenciales y no esenciales, respectivamente, no será necesario requerirlo nuevamente pudiendo la Entidad intervenir económicamente la obra de manera directa.

3. La intervención económica de la obra no deja al contratista al margen de su participación contractual. En consecuencia, el contratista mantendrá la responsabilidad sobre la ejecución de los trabajos hasta la finalización total de la obra.

4. Una vez ordenada la intervención económica, la Entidad contratante dispondrá la apertura de una cuenta corriente mancomunada con el contratista dentro del día siguiente de haberse vencido el plazo con el que éste cuenta para manifestar su disconformidad. Los fondos de la mencionada cuenta estarán constituidos por:

- a) Los pagos adeudados por la Entidad a favor del contratista;
- b) Aquéllos que provengan de las valorizaciones de avance de obra y de cualquier otro concepto que se genere posterior a la intervención económica de la obra.

- c) Los aportes en efectivo por parte del contratista que permitan hacer viable la intervención económica; debiendo suscribirse la cláusula adicional correspondiente al contrato principal. En dicha cláusula adicional, se establecerá un cronograma y se incluirá expresamente que en caso el contratista no aporte cualquier monto a la cuenta corriente mancomunada, cuando éste le haya sido solicitado por la Entidad a través de simple requerimiento escrito en un plazo máximo de tres (3) días calendario de recibido el mismo, será causal para la cancelación de la intervención y la resolución de pleno derecho del contrato.

Del fondo de intervención constituido en la cuenta corriente mancomunada la Entidad pagará los siguientes conceptos: mano de obra, proveedores de materiales, subcontratistas, locadores de servicios, transportistas, arrendadores de equipos, suministradores e impuestos, gastos generales variables, siempre que estén directamente relacionados con la ejecución de la obra, así mismo, la amortización de los adelantos que hubiera percibido el contratista, quedando a favor de éste el saldo resultante luego de la liquidación, el que incluirá la utilidad que pudiese corresponderá.

La demora en la constitución del fondo de intervención o del pago de las valorizaciones por parte de la Entidad, y cualquier otra causa no atribuible al contratista, deberán ser consideradas causales de ampliación del plazo de ejecución de la obra.

5. La decisión de la Entidad de intervenir económicamente la obra se formaliza mediante Resolución emitida por la autoridad del mismo o mayor nivel jerárquico de aquella que suscribió el contrato, debiendo indicarse el nombre del interventor, cuya designación recaerá en un funcionario de la Entidad, quien será el que suscriba en forma mancomunada con el contratista o el residente de obra, los cheques de pago de la cuenta corriente abierta para tal efecto.

Dicha Resolución de Intervención Económica deberá contener lo siguiente:

- a) Saldo de obra a ejecutar.
- b) Monto de las valorizaciones aprobadas pendientes de pago.

6. Considerando que el contratista mantiene el manejo técnico de la obra, en el caso en que ésta no se concluyera dentro del plazo contractual por razones de carácter técnico imputable al contratista, se aplicarán las penalidades respectivas, incluida la resolución del contrato, de corresponder.

7. Si el contratista rechaza la intervención económica, el contrato será resuelto, pudiendo la Entidad optar por culminar lo que falte de la obra mediante las modalidades de administración directa o por encargo, o por la convocatoria al proceso de selección que corresponda de acuerdo con el Valor Referencial del saldo estimado a ejecutar.

Asimismo, finalizará la intervención económica con la consiguiente resolución del contrato:

- a) Si el contratista incumple con sus obligaciones técnicas;
- b) Si el contratista deja de aportar el dinero en efectivo que le corresponde según cronograma establecido en la cláusula adicional del contrato principal.
- c) Si el contratista retira de la obra: personal, equipo o materiales sin autorización del Inspector o Supervisor de Obra.

8. Es obligación del contratista mantener vigentes las garantías de fiel cumplimiento y por los adelantos, por el plazo que dure la intervención hasta la liquidación del contrato.

VII. DISPOSICIONES FINALES

La presente Directiva es aplicable a partir del día siguiente de su publicación a todos los contratos de ejecución de obras suscritos y por suscribirse al amparo de la Ley y el Reglamento.

Jesús María, Enero del 2003.

VIII. PLAN ANUAL DE CONTRATACIONES

D-025

DIRECTIVA N.º 002-2019-OSCE/CD

Plan Anual de Contrataciones

(Aprobada por la Resolución N.º 014-2019-OSCE/PRE [EP, 29-01-2019])

OPINIONES DEL OSCE

§ 2258. Los Convenios Interinstitucionales no requieren ser incluidos en el Plan Anual de Contrataciones, sin embargo, las contrataciones que se llevaran a cabo para alcanzar la finalidad perseguida por tales convenios si deben ser incluidas obligatoriamente en el PAC. CONSULTA: 2.1. “Tratándose de un Convenio Interinstitucional previsto en el literal c) del artículo 5º de la Ley de Contrataciones del Estado, que no requiera de un Certificado de Crédito Presupuestario, al no representar costo alguno para la Entidad: ¿existiría la obligación de incluir el referido Convenio en el Plan Anual de Contrataciones (PAC) de la Entidad?” [...] 2.1.4. [...] [El] numeral 15.2 del artículo 15 de la Ley establece que el Plan Anual de Contrataciones debe prever las contrataciones de bienes, servicios y obras cubiertas con el Presupuesto Institucional de Apertura y el valor estimado de dichas contrataciones, con independencia que se sujeten al ámbito de aplicación de la presente Ley o no, y de la fuente de financiamiento. Asimismo, dicho numeral precisa que el Plan Anual de Contrataciones se publica en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE). [...] 2.1.5. Ahora bien, debe tenerse presente que, a partir de la celebración de un convenio de colaboración u otro de naturaleza análoga, a que se refiere el literal c) del artículo 5 de la Ley, puede existir el compromiso de alguna de las partes de asumir a cuenta propia determinados costos y/o gastos administrativos para alcanzar la finalidad del convenio, lo que podría implicar la disposición de recursos del Estado, situación que no afecta la naturaleza no lucrativa del convenio, pues no se trataría de erogaciones de fondos públicos en beneficio del contratista como retribución por sus prestaciones. No obstante, es necesario indicar que solo la celebración de los convenios se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. Por su parte, aquellas contrataciones que la Entidad deba asumir para ejecutar y/o viabilizar dichos

I. FINALIDAD

Uniformizar criterios para la planificación de las contrataciones de bienes, servicios y obras en el Plan Anual de Contrataciones bajo el enfoque de gestión por resultados que permita el cumplimiento de los fines públicos.

II. OBJETO

Establecer disposiciones complementarias sobre el proceso de formulación, aprobación, publicación, modificación, ejecución y seguimiento del Plan Anual de Contrataciones.

III. ALCANCE

La presente Directiva es de cumplimiento obligatorio para todas las Entidades que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme al artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado.

IV. BASE LEGAL

- Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y sus modificatorias.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF.

V. REFERENCIAS

En la presente Directiva se utilizan las siguientes referencias:

- Directiva: La presente Directiva.

convenios sí deben realizarse conforme a dicha normativa, siempre que dichas contrataciones reúnan las condiciones de una contratación con el Estado. Conforme a lo anterior, las contrataciones que deben incluirse en el Plan Anual de Contrataciones son aquellas que las Entidades lleven a cabo para alcanzar la finalidad que persiguen los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga a que se refiere el literal c) del artículo 5 de la Ley [...]. (Opinión N.º 114-2016/DTN, de 25-07-2015, ff. 2.1, 2.1.4 y 2.1.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2SQATzA>).

§ 2259. La modificación de la fecha prevista en la Convocatoria de un proceso de selección contemplado en el plan Anual de Contrataciones no implica la modificación del PAC. CONSULTA: 2.5. “¿La modificación de fecha prevista en la Convocatoria de un proceso de selección contemplado en el Plan Anual de Contrataciones-PAC implica necesariamente la modificación del PAC, en el marco de lo regulado por el artículo 6º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [...] y el numeral 7.6 de la Directiva N.º 003-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 002-2019-OSCE/CD (D-025)] [...]?” Como se ha indicado al absolver las consultas anteriores, existen dos supuestos en donde corresponde la modificación del PAC: (i) cuando una Entidad tenga que incluir o excluir contrataciones; o (ii) cuando una Entidad varíe el tipo de procedimiento de selección. Al respecto, dentro de dichos supuestos no se encuentra el hecho de que se haya modificado la fecha prevista para la convocatoria de un procedimiento de selección previsto en el PAC. Sobre el particular, el acápite 7.7.1 del numeral 7.7 de la Directiva N.º 003-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 002-2019-OSCE/CD (D-025)] establece que es responsabilidad del Titular de la Entidad o del funcionario encargado de la aprobación y/o modificación del PAC, así como del órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, la ejecución de los procedimientos de selección y las contrataciones programadas en el PAC en la fecha prevista, sin perjuicio de la responsabilidad de los demás órganos y de todo funcionario o servidor de la Entidad



- Ley: Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y sus modificatorias.
- OEC: Órgano Encargado de las Contrataciones.
- OSCE: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- PAC: Plan Anual de Contrataciones.
- PIA: Presupuesto Institucional de Apertura.
- POI: Plan Operativo Institucional.
- Reglamento: Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF.
- SEACE: Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado.

VI. DISPOSICIONES GENERALES

6.1. El PAC constituye un instrumento de gestión para planificar, ejecutar y evaluar las contrataciones, el cual se articula con el Plan Operativo Institucional y el Presupuesto Institucional de la Entidad.

6.2. El PAC que se apruebe debe prever las contrataciones de bienes, servicios y obras financiadas a ser convocados en el año en curso, con cargo a los respectivos recursos presupuestales, con independencia que se sujeten al ámbito de aplicación de la Ley o no, y de la fuente de financiamiento.

que intervenga en los procesos de contratación en el marco de sus funciones previstas en la Ley, el Reglamento y las normas de organización interna de la Entidad. (Opinión N.º 172-2016/DTN, de 18-10-2016, f. 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TdWsdE>).

§ 2260. La convocatoria de un proceso de selección en una fecha diferente a la fecha prevista en el Plan Anual de Contrataciones no es causal de nulidad. CONSULTA: 2.6. “¿La convocatoria de un proceso de selección en una fecha diferente a la fecha prevista en la Convocatoria de un proceso de selección contemplado en el Plan Anual de Contrataciones-PAC, constituye causal de nulidad del referido proceso de selección de llevarse a cabo?” Uno de los elementos que debe incluirse en el PAC como parte de la información de las contrataciones de bienes, servicios u obras que se realicen durante un determinado ejercicio presupuestal es la fecha prevista para la convocatoria del procedimiento de selección. Así, dicho elemento permite establecer una fecha referencial en la cual se efectuará la convocatoria y cuyo incumplimiento acarrea las responsabilidades indicadas en el numeral 7.7.1 de la Directiva N.º 003-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 002-2019-OSCE/CD (**D-025**)] antes mencionado. Ahora bien, el hecho de realizar la convocatoria de un procedimiento de selección en una fecha distinta a la fecha prevista en el PAC no invalida o afecta el propio acto de la convocatoria ni el desarrollo del procedimiento de selección, el mismo que se realiza de manera independiente. (Opinión N.º 172-2016/DTN, de 18-10-2016, f. 2.6. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TdWsdE>).

§ 2261. El plan anual de contrataciones no puede ser modificado por causales distintas a las contenidas en la normativa de contrataciones del Estado y sus normas complementarias, como la Directiva sobre Plan Anual de Contrataciones. CONSULTA: 2.2. “¿Puede ser modificado el Plan

6.3. El PAC debe obedecer en forma estricta y exclusiva a la satisfacción de las necesidades de la Entidad, las que a su vez provienen de cada una de las áreas usuarias, en función de los objetivos y resultados que se buscan alcanzar.

6.4. Las Entidades deben elaborar, aprobar, modificar, publicar, difundir, ejecutar y evaluar su PAC, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley, su Reglamento y la Directiva.

VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

7.1. De la planificación y formulación del Plan Anual de Contrataciones

Se sujeta a lo dispuesto en la Quinta Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento.

El PAC resultante debe ser formulado de acuerdo con el formato que se encuentra publicado en el portal web del SEACE.

7.2. Criterios para cuantificar las necesidades

a) En materia de bienes y servicios en general

a.1) Las áreas usuarias estiman y cuantifican sus necesidades de bienes y servicios en función de las actividades previstas en el proyecto de POI y el monto de la asignación presupuestaria total (techo presupuestal) prevista para el siguiente año fiscal otorgada por la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces.

a.2) La necesidad de bienes y servicios de carácter permanente, cuya provisión se requiere de manera continua o periódica, se programan por periodos no menores a un (1) año, pudiendo emplearse para la cuantificación de la necesidad el método del consumo

Anual de Contrataciones por causales diferentes a (i) Cuando la Entidad requiera incluir o excluir un proceso de selección en el Plan Anual de Contrataciones-PAC; y (ii) Cuando la Entidad requiera modificar el tipo de procedimiento de selección previsto en el Plan Anual de Contrataciones-PAC, en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado vigente y sus normas complementarias.” Como se ha indicado al absolver la consulta anterior, la modificación del PAC está prevista para dos supuestos: (i) cuando una Entidad tenga que incluir o excluir contrataciones; o (ii) cuando una Entidad varíe el tipo de procedimiento de selección. Por consiguiente, el PAC no puede ser modificado por otros supuestos. (Opinión N.º 172-2016/DTN, de 18-10-2016, f. 2.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TdWsdE>).

§ 2262. Alcances de la causal de modificación del PAC cuando la entidad requiera “modificar el tipo de procedimiento de selección previsto” en el Plan Anual de Contrataciones. CONSULTA: 2.4. “¿Qué comprende la modificación del Plan Anual de Contrataciones “Cuando la Entidad requiera modificar el tipo de procedimiento de selección previsto en el Plan Anual de Contrataciones-PAC”?”. Tal y como se señaló al absolver la segunda consulta, uno de los supuestos en los que debe modificarse el PAC se da “cuando se modifique el tipo de procedimiento de selección”. Ahora bien, conforme se indica en la Directiva N.º 003-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 002-2019-OSCE/CD (D-025)], dicha causal de modificación se aplica cuando como resultado de la actualización del valor estimado, en caso de bienes, servicios y consultorías en general; o, de la determinación del valor referencial, en el caso de obras y consultoría de obras, se produzca una modificación en el tipo de procedimiento de selección. Es preciso mencionar que los montos indicados en el PAC pueden ser objeto de modificación debido a la actualización del valor estimado o del valor referencial, según corresponda, conforme a lo previsto en los artículos 12 y 13 del Reglamento, en caso se modifiquen dichos valores y ello implique variar el

histórico, datos logísticos, estadísticas, correspondiente a la información del periodo o periodos anuales anteriores, u otros métodos, reduciendo el riesgo de sobreestimación o desabastecimiento del requerimiento.

a.3) El OEC debe proyectar y tomar en cuenta la información del stock de bienes, las entregas pendientes de bienes o servicios de contratos en ejecución, las contrataciones en curso, entre otros, de ser el caso, debiendo realizar los ajustes pertinentes de manera que la programación de las contrataciones, se ajuste a las cantidades necesarias para satisfacer estrictamente las necesidades, optimizando el uso de los recursos.

b) En materia de consultoría y ejecución de obras

b.1) La programación de las inversiones se sujetan a la normativa de la materia.

b.2) Puede programarse la contratación por paquete para la elaboración de las Fichas Técnicas o estudios de preinversión, según corresponda, de proyectos de inversión y la elaboración del expediente técnico o documentos equivalentes. Así como la contratación por paquete para la ejecución de obras de similar naturaleza cuya contratación en conjunto resulte más eficiente para el Estado en términos de calidad, precio y tiempo frente a la contratación independiente.

7.3. El contenido del Plan Anual de Contrataciones

El PAC debe contener:

a) Todos los procedimientos de selección que se convocarán durante el correspondiente ejercicio, incluyendo el detalle de los ítems, en el caso de procedimientos según relación de ítems.

tipo del procedimiento de selección, corresponderá modificar el PAC. (Opinión N.º 172-2016/DTN, de 18-10-2016, f. 2.4. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TdWsdE>).

§ 2263. Alcances de la modificación del PAC cuando la entidad requiera “incluir o excluir contrataciones”. CONSULTA: 2.3. “¿Qué comprende la modificación del Plan Anual de Contrataciones “Cuando la Entidad requiera incluir o excluir un proceso de selección en el Plan Anual de Contrataciones-PAC”?”. Tal y como se señaló al absolver la consulta anterior, uno de los supuestos en los que debe modificarse el PAC se da “cuando se tenga que incluir o excluir contrataciones”. Ahora bien, conforme se indica en la Directiva N.º 003-2016-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 002-2019-OSCE/CD (D-025)], dicha causal de modificación se aplica cuando se produzca una reprogramación de las metas institucionales propuestas o una modificación de la asignación presupuestal que genere la inclusión o exclusión de contrataciones en el PAC. Es preciso mencionar que, si bien la programación de las contrataciones supone prever la satisfacción oportuna de los bienes, servicios y obras requeridos por la Entidad, en función a los objetivos y metas institucionales vinculados al Plan Operativo Institucional, así como sobre la base de la respectiva disponibilidad presupuestaria asignada en el presupuesto institucional aprobado en cada ejercicio fiscal, pueden producirse situaciones en las cuales producto de una reprogramación de las metas institucionales propuestas o de una modificación de la asignación presupuestal, deban incluirse o excluirse contrataciones en el PAC, situación en la que corresponde efectuar la modificación de dicho instrumento de gestión. (Opinión N.º 172-2016/DTN, de 18-10-2016, f. 2.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2TdWsdE>).

§ 2264. Las contrataciones de bienes o servicios realizadas a través de los Catálogos Electrónicos del Acuerdo Marco deben encontrarse incluidas en el Plan Anual de Contrataciones, salvo que su

b) Los procedimientos de selección que serán realizados por otras Entidades, sea mediante el desarrollo de compras corporativas o el encargo del procedimiento de selección.

Considerando que también pueden incorporarse en las compras corporativas los requerimientos de las Entidades cuyos montos estimados no superen las ocho Unidades Impositivas Tributarias (8 UIT), estas contrataciones deberán estar incluidas en el PAC de cada Entidad participante.

c) Los procedimientos de selección que no fueron convocados el año fiscal anterior, y aquellos declarados desiertos, siempre y cuando persista la necesidad declarada por el área usuaria, y se cuente con el presupuesto respectivo.

d) Aquellos procedimientos de selección que durante el año fiscal anterior hayan sido declarados nulos de oficio, por defectos o vicios en los actos preparatorios, cuya necesidad persiste conforme a lo manifestado por el área usuaria, y se cuente con el presupuesto respectivo.

En los casos de procedimientos de selección según relación de ítems, la inclusión en el PAC solo aplicará para los ítems declarados desiertos o nulos, según corresponda.

e) Las contrataciones previstas en el literal f) del artículo 4 de la Ley, así como en los literales d), e) y f) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley.

Asimismo, deben incluirse contrataciones que se realicen en el marco de los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga a los que hace referencia el literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley.

monto sea igual o menor a 8 UIT. 2.1. *“... solicito absuelva la consulta respecto a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico del Acuerdo Marco: (i) éste tipo de contrato debe incluirse en el Plan Anual de Contrataciones de la Entidad”* (Sic). **2.1.1.** En primer lugar, debe señalarse que el artículo 81 del Reglamento [cfr. art. 113 del Nuevo Reglamento] establece que *“... la contratación a través de Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco se realiza sin mediar procedimiento de selección, siempre y cuando los bienes y/o servicios formen parte de dichos catálogos. El acceso a los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco se realiza en forma electrónica, a través del SEACE.”* Asimismo el artículo 82 del Reglamento [cfr. art. 114 del Nuevo Reglamento] señala que la contratación a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco resulta obligatoria desde el día de su entrada en vigencia, para lo cual el órgano encargado de las contrataciones verifica que dichos Catálogos contengan el bien y/o servicio que permita la atención del requerimiento formulado y que se cuenta con la disponibilidad de recursos. Como puede apreciarse, la normativa de contrataciones ha previsto la obligación, de utilizar los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco cuando los bienes y/o servicios a contratar se encuentren incluidos en estos, sin establecer excepción alguna al respecto. **2.1.2.** Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley y el artículo 5 del Reglamento [cfr. art. 6 del Nuevo Reglamento], todas las Entidades se encuentran en la obligación de elaborar su Plan Anual de Contrataciones (PAC), en el cual se deben prever las contrataciones de bienes, servicios en general, consultoría y obras cubiertas con el Presupuesto Institucional de Apertura y el valor referencial de tales contrataciones, con independencia de que se sujeten al ámbito de aplicación de la Ley o no, y de su fuente de financiamiento. En relación con lo anterior, el literal f) del numeral 7.3 de la Directiva N.º 005-2017-OSCE/CD [cfr. Directiva N.º 002-2019-OSCE/CD (D-025)] “Plan Anual de Contrataciones”, establece que el PAC debe contener *“Las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico del Acuerdo Marco, salvo que el*

f) Las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico del Acuerdo Marco, salvo que el monto de la contratación sea igual o inferior a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias.

g) Las contrataciones que se sujeten a regímenes especiales creados de acuerdo a ley.

7.4. De la aprobación del Plan Anual de Contrataciones

7.4.1. El PAC debe ser aprobado mediante documento emitido por el Titular de la Entidad o por el funcionario a quien se hubiera delegado dicha facultad.

7.4.2. El PAC debe ser aprobado dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de la aprobación del PIA.

7.5. Del registro y publicación del Plan Anual de Contrataciones

7.5.1. El registro y publicación en el SEACE de la información del PAC está a cargo del OEC a través de los usuarios debidamente autorizados que cuenten con certificado SEACE y acceso al módulo PAC.

7.5.2. Previo al registro en el SEACE de la información del PAC, la Entidad debe completar la información del PIA en la opción que muestra el SEACE. La Entidad debe registrar y publicar la información requerida en el módulo PAC del SEACE, siguiendo los lineamientos detallados en el Manual del Usuario del Módulo PAC del SEACE así como en el Instructivo del Formato PAC u otros documentos de orientación que se publiquen para dicho efecto.

Una vez efectuado el registro del PAC en el SEACE no es necesaria su remisión al OSCE por medio escrito, salvo que el OSCE lo solicite en el ejercicio de sus funciones.

monto de la contratación sea igual o inferior a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias.” En tal sentido, las contrataciones de bienes o servicios realizadas a través del Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco deben encontrarse incluidas en el Plan Anual de Contrataciones; salvo que su monto sea igual o menor a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). (Opinión N.º 139-2017/DTN, de 23-06-2017, ff. 2.1 y 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2B1bufi>).

§ 2265. Supuestos en los que se puede modificar el Plan Anual de Contrataciones. Véase la jurisprudencia del artículo 6º del Nuevo Reglamento [§ 973]. (Opinión N.º 052-2016/DTN, de 04-04-2016, f. 2.1.2. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2GeobZR>).

7.5.3. Las contrataciones con carácter secreto, secreto militar o por razones de orden interno, en el marco del Decreto Supremo N.º 052-2001-PCM, están exceptuadas de su difusión en el SEACE, más no de su registro.

7.5.4. El PAC debe ser publicado en el SEACE en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de aprobado, incluyendo el documento de aprobación.

7.5.5. Adicionalmente, el PAC debe publicarse en el portal web de la Entidad, si lo tuviere, así como estar a disposición de los interesados en el OEC de la Entidad, para que pueda ser revisado y/o adquirido a costo de reproducción.

7.5.6. La información del PAC registrada y publicada en el SEACE por las Entidades tiene carácter de declaración jurada y está sujeta a las responsabilidades legales correspondientes. El SEACE no verifica ni aprueba la legalidad de los actos y actuaciones expedidos por la Entidad, siendo ésta responsable de velar porque estos se sujeten a la normativa vigente.

7.5.7. En caso de detectarse defectos, omisión y/o fraude en la información registrada y publicada en el SEACE, los funcionarios encargados asumirán la responsabilidad que les asiste, conforme a la normativa vigente.

7.6. De la modificación del Plan Anual de Contrataciones

7.6.1. Luego de aprobado, el Plan Anual de Contrataciones, puede ser modificado en cualquier momento durante el año fiscal para incluir o excluir contrataciones.

7.6.2. Toda modificación del PAC debe ser aprobada, en cualquier caso, mediante instrumento emitido por el Titular de la entidad o el funcionario a quien se haya delegado la aprobación de la modificación del PAC.

En el caso que se modifique el PAC para incluir procedimientos, el documento que aprueba dicha modificación deberá indicar los procedimientos que se desean incluir en la nueva versión, debiendo contener toda la información prevista en el formato publicado en el portal web del SEACE.

7.6.3. Es de aplicación para toda modificación del PAC lo dispuesto en la presente Directiva en lo que corresponda, incluyendo lo relacionado con la verificación del sustento presupuestal correspondiente, el instrumento de aprobación y los mecanismos y oportunidad de publicación de dicho instrumento en el SEACE. En ese sentido, el PAC modificado debe ser publicado en el SEACE en su integridad, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su aprobación, así como en el portal web de la Entidad, si lo tuviere.

7.6.4. En el caso que el procedimiento de selección que se convoque derive de la declaración de desierto de uno anterior, conforme a lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley, no será necesario modificar el PAC, siempre que su objeto haya sido clara e inequívocamente previsto en él. En el caso de los procedimientos de selección por ítems que se deriven de la declaratoria parcial de desierto de uno anterior convocado también por ítems, no será necesario modificar el PAC, siempre que su objeto haya sido clara e inequívocamente previsto en él.

7.6.5. Es responsabilidad del Titular de la Entidad o del funcionario a quien se haya delegado la aprobación y/o modificación del PAC, así como del OEC, efectuar las acciones necesarias con el objeto de planificar con la debida anticipación los procedimientos de selección y contrataciones que se realizarán durante el correspondiente año fiscal para contratar los bienes, servicios y obras requeridos por las áreas usuarias de la Entidad, a fin de evitar incurrir en sucesivas modificaciones del PAC.

7.7. De la ejecución del Plan Anual de Contrataciones

7.7.1. Es responsabilidad del Titular de la Entidad o del funcionario a quien se haya delegado la aprobación y/o modificación del PAC, así como del OEC de la Entidad, la ejecución de los procedimientos de selección y las contrataciones programadas en el PAC en la fecha prevista, sin perjuicio de la responsabilidad de los demás órganos y de todo funcionario o servidor de la Entidad que intervenga en los procesos de contratación en el marco de sus funciones previstas en la Ley, el Reglamento y las normas de organización interna de la Entidad.

7.7.2. El OEC debe gestionar oportunamente la realización de los procedimientos de selección y contrataciones conforme a la programación establecida en el PAC a fin de garantizar la oportuna satisfacción de las necesidades y resultados que se buscan alcanzar, obteniendo la certificación del crédito presupuestario y/o previsión presupuestal de la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces.

7.8. Del seguimiento del Plan Anual de Contrataciones

7.8.1. El Titular de la Entidad o el funcionario a quien se haya delegado la aprobación y/o modificación del PAC, es responsable de supervisar y efectuar el seguimiento al proceso de planificación, formulación, aprobación y ejecución oportuna del PAC; sin perjuicio del control gubernamental que ejerzan los órganos del Sistema Nacional de Control.

7.8.2. Para dicho efecto, el OEC de la Entidad debe elevar al Titular de la Entidad o al funcionario a quien se haya delegado la aprobación y/o modificación del PAC, un informe pormenorizado sobre cada uno de los aspectos puntualizados en el párrafo precedente y, principalmente, sobre la ejecución del PAC, con una descripción y comentario de las actividades de los servidores, funcionarios y áreas usuarias encargadas de su cumplimiento.

7.8.3. En función a los resultados de la supervisión y el seguimiento, el Titular de la Entidad o el funcionario a quien se haya delegado la aprobación y/o modificación del PAC, deben adoptar de ser el caso, las medidas correctivas pertinentes para que las contrataciones se realicen con la diligencia del caso, y de corresponder, disponer el deslinde de las responsabilidades respectivas de los funcionarios y servidores, de acuerdo a las normas internas y el régimen jurídico que los vincule a la Entidad.

7.8.4. El Titular de la Entidad debe realizar evaluaciones periódicas bajo el enfoque de gestión por resultados, sobre la ejecución de las contrataciones así como su incidencia en el cumplimiento de las metas del Plan Operativo Institucional y el Presupuesto Institucional.

IX. CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE

D-026

DIRECTIVA N.º 018-2017-OSCE/CD

PROCEDIMIENTO DE DESIGNACIÓN RESIDUAL DE ÁRBITROS A CARGO DEL OSCE

(Aprobada mediante Resolución N.º 299-2017-OSCE/PRE [EP, 28-09-2017])

I. FINALIDAD

La presente directiva tiene por finalidad establecer el procedimiento de designación residual de árbitros, en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

II. OBJETO

Establecer disposiciones que garanticen la oportuna e idónea designación residual de árbitros, en atención a las solicitudes de designación que realicen los administrados, en el marco de un arbitraje ad hoc, conforme a los requisitos establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

III. ALCANCE

La presente directiva es de cumplimiento obligatorio para: i) las Entidades que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme a lo establecido en el artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N.º 30225, ii) las Entidades a las cuales resulte de aplicación supletoria la misma, conforme a lo señalado en la primera disposición complementaria final de la citada Ley, modificada por el Decreto Legislativo N.º 1341, iii) los contratistas y árbitros que participen en arbitrajes ad hoc, en lo concerniente a la designación y aceptación al cargo de árbitro.

IV. BASE LEGAL

- Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
- Ley N.º 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado.
- Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje.
- Decreto Legislativo N.º 1068, Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado.

- Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N.º 006-2017-JUS.
- Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).
- Texto Único de Procedimientos Administrativos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).
- Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje, aprobado mediante Resolución N.º 016-2004-CONSUCODE-PRE.
- Directiva N.º 024-2016-OSCE/CD [D-031]- Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del OSCE.

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

En la presente Directiva se utilizarán las siguientes referencias:

- **Ley:** Ley de Contrataciones del Estado.
- **Nómina del OSCE:** Nómina de Profesionales Aptos para Designación Residual del OSCE.
- **OSCE:** Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- **Reglamento:** Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- **Sistema de Arbitraje:** Sistema electrónico a través del cual se realizan las designaciones de manera aleatoria y electrónica conforme a lo establecido en el Reglamento.
- **SNA:** Sistema Nacional de Arbitraje.
- **TUO de la LPAG:** Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
- **TUPA:** Texto Único de Procedimientos Administrativos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.

VI. APLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA

La metodología establecida mediante la presente Directiva también será aplicada a los siguientes casos: i) a la designación de los árbitros sustitutos, ii) a la designación de árbitros respecto de aquellos profesionales cuyas recusaciones hayan sido declaradas fundadas por el OSCE, según la normativa aplicable y iii) a las solicitudes de designación residual respecto de procesos arbitrales organizados y administrados por el OSCE, siempre que no se refieran a controversias que deban ser resueltas por Tribunales Arbitrales Permanentes.

VII. DISPOSICIONES GENERALES

7.1. De la Solicitud:

La solicitud de designación residual de árbitros ante el OSCE corresponde cuando las partes no hayan pactado sobre la forma en que se designará a los árbitros y no se hayan sometido a arbitraje institucional, conforme a lo siguiente:

- Designación residual de árbitro único

Para el caso de árbitro único, una vez respondida la solicitud de arbitraje o vencido el plazo para su respuesta, sin que se hubiese llegado a un acuerdo entre las partes, cualquiera de éstas podrá solicitar al OSCE en el plazo de diez (10) días hábiles, la designación de dicho árbitro.

- Designación residual de árbitro en defecto de las partes

Para el caso de tribunal arbitral ad hoc, cada parte designará a un árbitro en su solicitud y respuesta, respectivamente. Vencido el plazo para la respuesta a la solicitud de arbitraje sin que se hubiera designado al árbitro correspondiente, la parte interesada solicitará al OSCE, dentro del plazo de diez (10) días hábiles, la respectiva designación.

- Designación residual de Presidente del Tribunal Arbitral

Una vez designados dos (02) de los árbitros integrantes de un tribunal arbitral conformado por tres (03) árbitros, estos deben ponerse de acuerdo para designar al Presidente del Tribunal Arbitral en el plazo máximo de diez (10) días hábiles, contados desde la fecha de aceptación del último árbitro designado.

Si una vez designados los dos (02) árbitros conforme al procedimiento antes referido, éstos no consiguen ponerse de acuerdo dentro del plazo establecido en el párrafo anterior, cualquiera de las partes podrá solicitar al OSCE la designación del presidente del tribunal arbitral dentro del plazo de diez (10) días hábiles.

7.2. De la aceptación de los árbitros para la designación residual:

En un arbitraje ad hoc, cada árbitro dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes de haber sido comunicado con su designación, deberá dar a conocer su aceptación por escrito a la parte que lo designó, la misma que deberá poner en conocimiento de su contraparte la aceptación en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles, contados desde la fecha de la realización de la designación.

Si en el plazo establecido para aceptar el cargo, el árbitro no comunica su aceptación, se presume que no acepta ejercer el cargo, en cuyo caso queda expedito el derecho de la parte que lo designó para nombrar un nuevo árbitro dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. Si el árbitro nuevo no acepta o no comunica su aceptación en el plazo de cinco (05) días hábiles, la contra parte puede solicitar la designación residual ante el OSCE con la documentación correspondiente.

VIII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

Las disposiciones específicas para la designación residual de árbitros comprenden tres (03) fases. Las fases son las siguientes:

8.1. FASE DE SELECCIÓN DE LOS EXPEDIENTES

La fase de selección de expedientes tiene cuatro (04) etapas. Las etapas son las siguientes:

- Etapa de calificación de las solicitudes de designación residual.
- Etapa de evaluación del expediente de designación residual.
- Etapa de distinción de los expedientes según el tipo de árbitro solicitado.
- Etapa de obtención del Anexo N.º 1.

8.1.1 Etapa de calificación de las solicitudes de designación residual



8.1.1.1 El solicitante deberá presentar su solicitud de designación residual de árbitro en la Mesa de Partes respectiva del OSCE; dicha solicitud deberá cumplir con los requisitos establecidos en el TUPA.

8.1.1.2 Si la solicitud de designación residual presentada no cumple con los requisitos establecidos en el TUPA, la Mesa de Partes observará el trámite, por lo que el solicitante deberá subsanar su pedido dentro de un plazo máximo de dos (02) días hábiles. La observación se anotará bajo firma del receptor en la solicitud y en la copia de cargo del solicitante indicando que ante el incumplimiento se tendrá por no presentada su solicitud.

8.1.1.3 Transcurrido el plazo señalado en el numeral anterior, sin que el solicitante haya cumplido con subsanar la(s) observación(es) anotada(s), la Mesa de Partes tendrá por no presentada la solicitud, sin perjuicio que el solicitante requiera la devolución de los recaudos y el reembolso del monto de los derechos de tramitación que hubiese abonado.

8.1.2 Etapa de evaluación del expediente de designación residual

8.1.2.1 Sin perjuicio de lo señalado en el numeral 8.1.1.2, la Subdirección responsable de la tramitación del procedimiento requerirá al solicitante que cumpla con presentar la documentación necesaria para la continuación del procedimiento y que no pudo ser advertida por la Mesa de Partes. Para tal fin, se otorgará un plazo de dos (2) días hábiles, bajo apercibimiento de tener por no presentada su solicitud de conformidad con lo establecido en el artículo 134 del TUO de la LPAG.

8.1.2.2 El plazo para resolver el procedimiento de designación residual de árbitro único, presidente de tribunal arbitral o árbitro en defecto de la Entidad o del Contratista es de treinta (30) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente de la presentación de la correspondiente solicitud. El inicio del cómputo del plazo para atender la solicitud de designación residual de árbitros se producirá una vez que el administrado haya cumplido con subsanar íntegramente lo solicitado.

8.1.2.3 En los casos en que no corresponda atender la solicitud de designación residual conforme a la presente Directiva, la Dirección encargada de supervisar la tramitación de procedimiento declarará la conclusión del procedimiento mediante escrito motivado.

8.1.2.4 En el caso que corresponda atender la solicitud de designación residual, debido al cumplimiento de los requisitos exigidos por el TUPA y conforme a lo establecido en la norma aplicable vigente, la Subdirección responsable de la tramitación del procedimiento procederá a registrar dicha solicitud en el Sistema de Arbitraje, con la finalidad de que la misma forme parte de la relación de expedientes de solicitudes de designación residual de árbitros a que se refieren los numerales siguientes de la presente Directiva.

Asimismo, se incluirá en la relación respectiva, los casos de árbitros sustitutos, ya sea porque el árbitro previamente designado por el OSCE no aceptó el cargo o porque vencido el correspondiente plazo no ha respondido el oficio mediante el cual se le notificó la designación otorgada, conforme lo señalado en el numeral 8.2.2 de la presente Directiva. También se incluirán los arbitrajes AD HOC y SNA en los que el OSCE haya declarado fundadas las solicitudes de recusación, conforme a la normativa aplicable; para estos últimos casos, la Subdirección responsable de la tramitación del procedimiento podrá recabar la información que no obrase en el expediente de recusación y que sea necesaria para su inclusión en el expediente de designación que se apertura.

8.1.3 Etapa de distinción de los expedientes según el tipo de árbitro solicitado

8.1.3.1 La Subdirección responsable de la tramitación del procedimiento procederá a distinguir los expedientes de designación residual de árbitros que cumplan con los requisitos

exigidos por el TUPA, según el tipo de árbitro solicitado. Se considerarán dos listas, por un lado, solicitudes de designación de presidentes de tribunal arbitral y árbitros únicos, y, por otro lado, las solicitudes de designación de árbitros en defecto de la Entidad o del Contratista. Cabe resaltar que pueden organizarse en un mismo anexo, solicitudes de designación residual de árbitro único, presidentes de tribunal arbitral y árbitros en defecto de la Entidad o del Contratista.

8.1.4 Etapa de Obtención del Anexo N.º 01 del Sistema de Arbitraje

8.1.4.1 Los expedientes se deben asignar a través del Sistema de Arbitraje electrónicamente.

8.1.4.2 Se presentarán dos (02) relaciones, cada una de ellas conteniendo las solicitudes ordenadas según se haya solicitado la designación de presidente de tribunal y árbitro único, o corresponda la designación de árbitros en defecto de la Entidad o del Contratista. El total de expedientes puede organizarse en un mismo anexo.

8.1.4.3 En el Anexo N.º 1, que contendrá la lista de expedientes de solicitudes de designación, se deberá considerar, como mínimo, el número asignado a cada expediente, la entidad, el contratista, el contrato objeto de designación residual, la cuantía de la controversia o del contrato, precisándose si la designación es como árbitro único, presidente de tribunal arbitral o árbitro en defecto de la Entidad o del Contratista.

8.1.4.4 Cuando se trata de designaciones respecto de arbitrajes organizados y administrados por el OSCE, se remitirá el Anexo 1, debidamente evaluado y visado por el responsable a cargo de los citados procesos o a quien se delegue dicha función. Este anexo debe contener el total de expedientes SNA con el estado "Listo para designar", cumpliendo con las disposiciones específicas del numeral 8.1 de la presente directiva, en lo que corresponda.

Una vez emitida la Resolución de designación residual, la Subdirección encargada de la tramitación del procedimiento se encargará de las actuaciones procedimentales siguientes que correspondan, debiendo registrar en el Sistema de Arbitraje la resolución de designación residual, así como la aceptación, no aceptación o falta de respuesta de cada uno de los árbitros designados.

8.2. FASE DE SELECCIÓN DE ÁRBITROS

Para elaborar su propuesta y posterior designación, se deberán desarrollar las siguientes cinco (05) etapas:

- Etapa de verificación de la inscripción en la Nómina de Profesionales Aptos para Designación Residual.
- Etapa de verificación de los deberes de los árbitros.
- Etapa de revisión de frecuencia en las designaciones residuales.
- Etapa de distinción de las especialidades para árbitro único y presidente de tribunal arbitral o árbitro en defecto de la Entidad o del Contratista.
- Etapa de obtención de las relaciones de árbitros según rangos de puntaje.

8.2.1. Etapa de verificación de la inscripción en la Nómina de Profesionales Aptos para ser Designados residualmente como Árbitros por el OSCE.

8.2.1.1 Se verificará que los profesionales a ser propuestos cuenten con inscripción vigente en la Nómina del OSCE y que esta vigencia se extienda como mínimo hasta el mes posterior a la realización del cierre electrónico.

8.2.2. Etapa de verificación de los deberes de los árbitros

8.2.2.1 Se deberá verificar que los profesionales a ser propuestos cumplan con lo siguiente:

- a) No encontrarse suspendido o excluido en el Registro Nacional de Árbitros ni en la Nómina del OSCE.
- b) No tener impedimento legal o reglamentario vigente para ser árbitro.
- c) No contar con recusaciones declaradas fundadas por el OSCE o por Instituciones arbitrales, en arbitrajes en materia de contrataciones del Estado.

En caso que el profesional cuente con una o más recusaciones declaradas fundadas por el OSCE y/o Instituciones arbitrales, no lo incluirá en las propuestas de designación, según los siguientes criterios:

- Si el profesional cuenta con una (01) recusación declarada fundada, no será considerado en las propuestas de designación por un (01) año contado desde el día siguiente de la fecha de emisión de la resolución correspondiente;
- Si el profesional cuenta con dos (02) recusaciones declaradas fundadas, no será considerado en las propuestas de designación durante tres (03) años.

En el caso de recusaciones declaradas fundadas por Instituciones arbitrales, el periodo por el cual el profesional no será considerado en las propuestas de designaciones se contará desde la fecha en que la Subdirección encargada de la tramitación del procedimiento tome conocimiento de las mismas.

- d) No haber rechazado injustificadamente las designaciones residuales efectuadas por el OSCE.

Los casos de no aceptaciones vinculadas a los deberes de independencia e imparcialidad, impedimentos, u otros señalados por el Código de Ética del OSCE u otras normas aplicables, se entienden justificados, siempre que el profesional precise las circunstancias específicas que motivan la no aceptación de la designación.

Si el rechazo de la designación se sustenta en la falta de tiempo, exceso de carga laboral o profesional, viajes, salud, lejanía al lugar de la sede arbitral u otro supuesto de carácter general no contemplado en el párrafo anterior o el rechazo de la designación no es motivado o el profesional no brinda respuesta a la designación efectuada, los profesionales no serán incluidos en las propuestas de designación residual de los siguientes cuatro (04) meses posteriores a la comunicación de la no aceptación o posteriores a la fecha en que vencía el plazo para aceptar el cargo, según corresponda.

- e) No cuente con resolución(es) del OSCE que ordene(n) la devolución de honorarios de los árbitros, o resoluciones que se hayan pronunciado declarando fundadas las solicitudes de liquidación o reliquidación de gastos arbitrales, dentro del plazo de un (01) año contado desde la resolución que se haya emitido.

8.2.3. Etapa de revisión de frecuencia en las designaciones residuales

El árbitro que tenga seis (6) o más designaciones residuales, realizadas por el OSCE, en el año en que se efectúa la propuesta, será excluido hasta que el total de profesionales aptos para ser designados residualmente como árbitros cuenten con seis (6) designaciones. No cuentan como una designación residual los siguientes casos: (i) cuando se haya concluido el expediente por desistimiento y (ii) cuando se haya dejado sin efecto la designación.

Posteriormente podrán otorgarse más designaciones residuales al profesional, de acuerdo al ingreso de solicitudes de designación residual de árbitro.

8.2.4. Etapa de distinción de las especialidades para árbitro único y presidente de tribunal arbitral o árbitro en defecto de la Entidad o del Contratista

8.2.4.1 Para la elaboración de la relación de árbitros únicos y presidentes de tribunal arbitral, se tendrán en cuenta sólo a los abogados que cuenten con las tres (3) especialidades, de conformidad con lo establecido en el numeral 45.6 del artículo 45 de la Ley, esto es, arbitraje, contrataciones con el Estado y derecho administrativo.

8.2.4.2 Las especialidades se acreditarán mediante la experiencia funcional y/o docencia universitaria y/o formación académica, de acuerdo al cuadro Criterios para acreditar especializaciones.

Criterios para acreditar especializaciones

Especialización	Acreditación académica	Acreditación de experiencia funcional	Acreditación de experiencia en docencia universitaria
<p>Arbitraje en Contrataciones con el Estado</p>	<p>Certificado (s) Diplomas u otros programas de estudios especializados similares / Maestrías / Doctorados que acrediten especialización en arbitraje; cualquiera de ellos deberá ser expedido por universidades con licenciamiento vigente por parte de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria - SUNEDU o que cuenten con certificación ante el Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa - SI NEACE.</p> <p>Se consideran también los documentos que acrediten experiencia como expositor.</p> <p>Mínimo 120 horas académicas.</p>	<p>Documentos que acrediten experiencia en arbitraje en contrataciones con el Estado actuando como árbitro o secretario arbitral.</p> <p>Documentos que acrediten experiencia en contrataciones del Estado mediante el ejercicio de la función pública o privada.</p> <p>Las experiencias en distintas labores durante el mismo periodo de tiempo no se duplican. Se computa sólo la experiencia profesional desde la obtención del grado de bachiller, como mínimo.</p> <p>*No se considerarán los laudos anulados por el Poder Judicial o dejados sin efecto por el Tribunal Constitucional.</p> <p>Mínimo 5 años en total.</p>	<p>Constancias o certificados que acrediten experiencia en la labor de docente universitario en materia de arbitraje.</p> <p>Mínimo 2 años o cuatro semestres académicos o 182 horas académicas.</p>



Especialización	Acreditación académica		Acreditación de experiencia funcional		Acreditación de experiencia en docencia universitaria
Contrataciones del Estado	<p>Certificado (s) Diplomas u otros programas de estudios especializados similares / Maestrías / Doctorados universitarios que acrediten especialización en contrataciones del Estado; cualquiera de ellos deberá ser expedido por universidades con licenciamiento vigente por parte de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria - SUNEDU o que cuenten con certificación ante el Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa - SINEACE Se consideran también los documentos que acrediten experiencia como expositor.</p> <p>Mínimo 120 horas académicas.</p>	y/o	<p>Documentos que acrediten experiencia en arbitraje en contrataciones con el Estado actuando como árbitro o secretario arbitral. Documentos que acrediten experiencia en contrataciones del Estado mediante el ejercicio de la función pública o privada. Las experiencias en distintas labores durante el mismo periodo de tiempo no se duplican.</p> <p>Se computa sólo la experiencia profesional desde la obtención del grado de bachiller, como mínimo.</p> <p>*No se considerarán los laudos anulados por el Poder Judicial o dejados sin efecto por el Tribunal Constitucional.</p> <p>Mínimo 5 años en total.</p>	y/o	<p>Constancias o certificados que acrediten experiencia en la labor de docente universitario en materia de contrataciones del Estado.</p> <p>Mínimo 2 años o cuatro semestres académicos o 182 horas académicas.</p>
Derecho Administrativo	<p>Certificado (s) Diplomas u otros programas de estudios especializados similares / Maestrías / Doctorados que acrediten especialización expresa en derecho administrativo expedidos por universidades.</p> <p>Se consideran también los documentos que acrediten experiencia como expositor.</p> <p>Mínimo 120 horas académicas.</p>		<p>Documentos que acrediten experiencia en derecho administrativo mediante el ejercicio de la función pública o privada.</p> <p>Las experiencias en distintas labores durante el mismo periodo de tiempo no se duplican. Se computa sólo la experiencia profesional desde la obtención del grado de bachiller, como mínimo.</p> <p>*No se considerarán los laudos anulados por el Poder Judicial o dejados sin efecto por el Tribunal Constitucional.</p> <p>Mínimo 5 años en total.</p>		<p>Constancias o certificados que acrediten experiencia en la labor de docente universitario en materia de Derecho Administrativo.</p> <p>Mínimo 2 años o cuatro semestres académicos o 182 horas académicas.</p>

Los diplomados y/o programas de estudios especializados pueden acumularse para llegar al mínimo de 120 horas requerido como criterio de especialización.

La acreditación académica en la materia específica de arbitraje en contrataciones del Estado, acredita especialización en Arbitraje y Contrataciones del Estado.

Para contabilizar el tiempo de experiencia funcional, los documentos acreditativos deberán precisar el período de tiempo de la experiencia, o, en su defecto, tanto el inicio como la culminación de la actividad desarrollada.

Las maestrías o doctorados en la correspondiente materia, acreditan especialización sin necesidad de que se acrediten las correspondientes horas académicas. En los casos de máster y/o especializaciones no reconocidas como maestrías por la Ley Universitaria, y las autoridades universitarias nacionales, deberá acreditarse el número de horas académicas.

La actualización de la información de los profesionales para acreditar especialidad se realizará en forma mensual, para cuyo efecto se considerará la documentación remitida al OSCE por los profesionales hasta el último día hábil del mes inmediatamente anterior a la fecha de cierre en el sistema electrónico de designaciones residuales.

En el caso de laudos se considerarán aquellos laudos remitidos al OSCE y publicados en el portal institucional del OSCE, conforme al informe mensual, bimestral o trimestral remitido por el Profesional de la Dirección competente a cargo de dicha publicación.

Se considerarán también los laudos registrados en el SEACE, remitidos por los árbitros a través de la Mesa de Partes del OSCE, hasta el último día hábil del mes inmediatamente anterior a la fecha de cierre en el citado sistema.

8.2.5. Etapa de obtención de las relaciones de árbitros según rangos de puntaje

8.2.5.1 Se podrá elaborar dos (02) relaciones de árbitros según rangos de puntaje. La primera relación será de árbitros que cumplan los requisitos para ser designados como presidentes de tribunales arbitrales y árbitros únicos; mientras que la segunda relación será para árbitros en defecto de la Entidad y/o del Contratista, conformada por aquellos profesionales que no sean abogados o que siendo abogados no cuenten como mínimo con la especialidad en contrataciones con el Estado, conforme a lo dispuesto por el numeral 45.6 del artículo 45 de la Ley. Ambas relaciones de árbitros podrán formar parte de un solo anexo.

8.2.5.2 Para obtener los listados de profesionales para ser designados, se determinará un puntaje para cada profesional, luego de aplicar la siguiente fórmula ponderada:

$$P_i = (1/50,000)ExpC + (0.5)ExpN + (2CU + CNU)/80 + G + (2.21)CLAU + (1/60)HD + I - LA$$

Donde:

$$P_i = \text{Puntaje del árbitro} = 100$$

$$(1/50,000)ExpC = 20$$

$$(0.5)ExpN = 15$$

$$(2CU + CNU)/80 = 25$$

$$G = 10$$

$$(2.21)CLAU = 10$$

$$(1/60)HD = 10$$

$$I = 10$$

$$LA = 10$$

Factores de evaluación	Variable
Experiencia según el promedio de las cuantías de los casos arbitrales designados por el OSCE. ExpC	Experiencia según el promedio de las cuantías de los casos arbitrales en los que hubiera sido designado por el OSCE en el año inmediatamente anterior. No se computarán aquellas designaciones que no hubieran sido aceptadas por los profesionales o que hubiesen sido dejadas sin efecto por algún motivo. En caso que se trate de cuantía indeterminada o de puro derecho se considerará, sólo para efectos del cómputo del presente factor, el monto del contrato.
Experiencia según el número de casos arbitrales ExpN	Experiencia según el número de casos arbitrales, en los que hubiera participado como árbitro, según los laudos que hubiera remitido al OSCE y que se encuentren publicados en el portal institucional del OSCE y/o los que se hubieran registrado en el SEACE, según corresponda.
Capacitación universitaria en relación con su actualización CU	<p>Actualización de capacitación universitaria en los últimos cinco (5) años, en universidades nacionales o extranjeras en las especialidades de Arbitraje, Contrataciones del Estado o Derecho Administrativo.</p> <p>El cómputo será por horas académicas de capacitación recibida u otorgada.</p> <p>En el caso que la acreditación esté referida a cursos en las especialidades de Arbitraje, Contrataciones del Estado o Derecho Administrativo, aprobados dentro de programas de maestría o doctorado, cada crédito académico será considerado como 17 horas de capacitación. En el caso de máster u otros programas de post grado deberá acreditarse el número de horas de capacitación o de créditos desarrollados. No acreditarán puntaje los cursos desarrollados dentro de los programas de pre-grado.</p> <p>Se incluyen las constancias como asistente y como expositor.</p> <p>En el caso de que en las constancias y/o certificados no se mencione la cantidad de horas académicas de capacitación y el profesional no haya acreditado con otros documentos dicha cantidad, se considerará por cada día de capacitación acreditada dos (02) horas académicas.</p>
Capacitación no universitaria en relación con su actualización CNU	<p>Actualización de capacitación no universitaria en los últimos cinco (5) años, en instituciones no universitarias nacionales o extranjeras en las especialidades de Arbitraje, Derecho Administrativo o Contrataciones con el Estado.</p> <p>Se incluyen las constancias como asistente y como expositor.</p> <p>El cómputo será por horas académicas de capacitación recibida u otorgada.</p> <p>En el caso de que en las constancias y/o certificados no se mencione la cantidad de horas académicas de capacitación y el profesional no haya acreditado con otros documentos dicha cantidad, se considerará por cada día de capacitación acreditado dos (02) horas académicas.</p>
Grado Académico y/o estudios de postgrado regulares alcanzados G	<p>Grado académico y/o estudios de post grado regulares alcanzados.</p> <p>Si se acreditan los grados y/o estudios culminados en temas vinculados a arbitraje, contrataciones del Estado o derecho administrativo: Por el grado de Doctor se obtendrá 6 puntos, grado de magister 4 puntos, estudios culminados de doctorado 3 puntos (sólo para quienes no acrediten el grado de Doctor), estudios culminados de Maestría 2 puntos (sólo para quienes no acrediten el grado de Magister).</p> <p>En otras materias distintas, pero vinculadas al arbitraje, contrataciones del Estado o derecho administrativo: Se otorgará la mitad del puntaje en cada caso. Los grados obtenidos en el extranjero deberán estar debidamente revalidados o reconocidos, de acuerdo a las Leyes peruanas. Los másteres universitarios no revalidados o no reconocidos según las Leyes peruanas o que no tienen la categoría de Maestría, según la ley peruana, acreditarán la mitad del puntaje que corresponda a una Maestría.</p>

Factores de evaluación	Variable
<p>Celeridad en la Gestión de Procesos Arbitrales</p> <p>CLAU</p>	<p>Celeridad de gestión de procesos arbitrales. Se computará de acuerdo a la diferencia entre el promedio general de demora para emitir laudos de la totalidad de profesionales de la Nómina del OSCE menos el promedio de tiempo que ha demorado el árbitro en emitir sus laudos. En caso el árbitro tenga un promedio menor que el promedio general, se le asignará puntaje positivo, en caso que dicho promedio individual sea mayor que el promedio general el puntaje será negativo hasta un máximo de reducción de 10 puntos. Se considerará los laudos reportados al OSCE y publicados en su portal institucional y/o los que se hubieran registrado en el SEACE, según corresponda, que hayan sido emitidos en el año inmediatamente anterior. En caso que no tenga registrado ningún laudo, no se otorgará puntaje (ni positivo ni negativo). El cómputo de la demora del laudo empezará desde la fecha de instalación del arbitraje señalada en el laudo o acreditada por el profesional, o, en caso que no se pueda determinar dicha fecha, desde la presentación de la demanda, y culminará con la fecha de emisión del laudo.</p>
<p>Horas de docencia universitaria en temas vinculados a arbitraje, contrataciones con el Estado o derecho administrativo</p> <p>HD</p>	<p>Sólo para efectos del cómputo del presente factor y en caso que en los documentos acreditativos no se señale las horas de docencia universitaria, se considerará cada ciclo o semestre universitario como de 51 horas académicas y si la acreditación fuera por años se considerará 102 horas académicas por cada año acreditado. La docencia universitaria deberá estar referida a arbitraje, contrataciones del Estado o derecho administrativo, y puede ser tanto respecto de programas universitarios regulares (pre o post grado) o no regulares (cursos de extensión o proyección universitaria).</p>
<p>Investigaciones publicadas (libros y artículos en temas vinculados a arbitraje, contrataciones del Estado o derecho administrativo)</p> <p>I</p>	<p>Investigaciones publicadas (libros y artículos en temas vinculados a arbitraje, contrataciones del Estado o derecho administrativo). Los profesionales deberán acreditar su autoría con copia simple del Certificado o Constancia del Depósito Legal efectuado a la Biblioteca Nacional del Perú o en la Dirección de Derechos de Autor del INDECOPI, salvo que la publicación se encuentre en el catálogo del Centro de Documentación sobre Contratación Pública del OSCE, en este último caso deberá precisarse dicha circunstancia. Cada libro publicado merecerá dos (02) puntos; cada artículo publicado en revistas o publicaciones periódicas escritas merecerá 0,50 puntos; si los artículos o investigaciones se encuentran publicados electrónicamente se otorgará 0,25 puntos; en estos últimos casos el profesional deberá proporcionar la dirección electrónica en la que se encuentra publicado el material bibliográfico.</p>
<p>Laudos Anulados</p> <p>LA</p>	<p>Por cada sentencia consentida y/o ejecutoriada del Poder Judicial que anula un laudo, que haya sido remitido al OSCE y publicado en el portal institucional del OSCE se descontará dos (02) puntos, hasta un total de diez (10) puntos.</p>

La actualización de la información de los profesionales para la calificación de su información y para el otorgamiento de puntaje se realizará en forma mensual, para cuyo efecto se considerará la documentación remitida al OSCE por los profesionales hasta el último día hábil del mes inmediatamente anterior a la fecha de cierre en el sistema electrónico de designaciones residuales.

En el caso de laudos se considerará a aquellos remitidos al OSCE y publicados en el portal institucional del OSCE, conforme al informe mensual, bimestral o trimestral remitido por el Profesional de la Dirección competente a cargo de dicha publicación.

Se considerarán también los laudos registrados en el SEACE, remitidos por los árbitros a través de la Mesa de Partes del OSCE hasta el último día hábil del mes inmediatamente anterior a la fecha de cierre en el sistema.

En el caso de sentencias de anulación de laudos del Poder Judicial se considerarán aquellas comunicadas al OSCE y/o publicadas en el portal institucional del OSCE, durante el mes anterior al cierre en el sistema electrónico de designaciones, previo informe del encargado de su publicación.

8.2.5.3 El puntaje máximo que puede obtener un profesional es de cien (100) puntos. Los profesionales cuyo puntaje total sea menor o igual a cero (0) a la fecha de cierre no serán

considerados en la lista de profesionales aptos. Es responsabilidad de cada profesional mantener actualizada la información que acredite los factores de puntuación.

Si en un lapso de seis (6) meses un profesional ha mantenido en la Nómina del OSCE un puntaje igual o menor a cero, la Subdirección encargada de la tramitación del procedimiento le informará de tales hechos a efectos de que proceda con la actualización correspondiente que le permita superar tal situación, bajo apercibimiento de proceder a su exclusión de la Nómina del OSCE. Si dentro de los seis (6) meses siguientes de la comunicación señalada el profesional ha seguido manteniendo el mismo puntaje, se dispondrá su exclusión de la Nómina de Profesionales Aptos para Designación Residual del OSCE, conforme a lo previsto en la Directiva correspondiente.

8.2.5.4 En caso de empate en los puntajes de los profesionales se preferirá en el orden de prelación al profesional cuya inscripción sea la más antigua.

8.3. FASE DE ASIGNACIÓN DE EXPEDIENTES - ÁRBITROS

8.3.1 Obtenidos los cuadros de expedientes de solicitudes de designación y las relaciones de profesionales aptos para ser designados, a que se refieren los numerales 8.1 y 8.2 de la presente directiva, ordenados en forma descendente según el puntaje obtenido, se elaborará un reporte técnico sobre los profesionales que pueden ser designados

8.3.2 El proceso de asignación de expedientes a los árbitros será electrónico, conforme a las reglas establecidas en la presente Directiva, debiendo realizarse un informe para los casos de árbitros únicos y presidentes de tribunal arbitral y otro informe para árbitros en defecto de la Entidad y/o del Contratista o un informe para todos los tipos de árbitro.

8.3.3 La asignación expediente - árbitro se realizará según los siguientes criterios de designación:

Cuadro de criterios de Designación Residual de Árbitros

Criterios	Descripción del Criterio
Asignación cruzada, dentro de cada rango	A cualquiera de los profesionales aptos dentro de cada rango podrá asignársele cualquiera de los expedientes, en atención a que los profesionales que clasifican están aptos para asumir procesos arbitrales dentro de los parámetros de los casos arbitrales.
Por orden Alfabético	Este tipo de designación se realizará en orden alfabético de la a-z y de la z-a.

8.3.4 Una vez elaborado el informe técnico de designación residual, la Dirección a cargo de la supervisión de la tramitación del procedimiento elevará el informe a la Presidencia Ejecutiva para su evaluación, aprobación y/o modificación. La Presidencia Ejecutiva del OSCE podrá utilizar un criterio de asignación distinto al propuesto.

Asimismo, la Presidencia Ejecutiva podrá excluir a determinados profesionales de la propuesta remitida, en base a información que haya sido puesta en su conocimiento, a efectos de prevenir cuestionamientos sobre el profesional propuesto que potencialmente pudieran afectar el desarrollo del proceso arbitral.

IX. DE LA RESOLUCIÓN DE DESIGNACIÓN Y CULMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

9.1 DE LA RESOLUCIÓN DE DESIGNACIÓN RESIDUAL

9.1.1 La Presidencia Ejecutiva emitirá la resolución de designación residual correspondiente, con el VBº de la Dirección encargada de supervisar la tramitación del procedimiento.

9.1.2 La resolución de designación residual deberá contener el número de cada expediente, el contrato materia de controversia, la entidad que participa de la controversia, el contratista que participa de la controversia y los nombres y apellidos del profesional designado, precisando si la designación es como árbitro único, árbitro en defecto de la Entidad y/o del Contratista o presidente de tribunal arbitral.

9.1.3 Emitida la resolución, se notificará a las partes involucradas en el proceso arbitral y al árbitro designado. El árbitro designado contará con un plazo de cinco (5) días hábiles para comunicar su aceptación o abstención al encargo.

En el caso de las Entidades, la notificación se realizará al domicilio señalado en el contrato, siendo responsabilidad del solicitante precisar la dirección de la Entidad en caso esta haya comunicado la variación de la misma. Asimismo, se notificará a la procuraduría pública encargada de su defensa, de corresponder.

En el caso del contratista, la notificación se realizará al domicilio establecido en el contrato, siendo responsabilidad del solicitante precisar la dirección del contratista en caso este haya comunicado la variación de la misma. No obstante, si el contratista señaló su domicilio procesal en la solicitud de designación residual, se notificará a este domicilio.

Recibida la carta de aceptación del árbitro, ésta será puesta en conocimiento de las partes, a los domicilios precisados en el párrafo anterior.

9.1.4 En caso el árbitro designado manifieste su no aceptación al cargo o no responda hasta antes de la siguiente propuesta de designación residual de árbitro siempre que hubiese transcurrido por lo menos cinco (5) hábiles de la notificación de su designación, se procederá a designar un nuevo árbitro, y así sucesivamente hasta cumplir con el objeto de la designación solicitada.

9.2 DE LA CULMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

9.2.1 El procedimiento de designación de árbitro único o del tribunal arbitral culmina con la notificación de la aceptación del árbitro designado a las partes.

9.2.2 La presentación de una solicitud de desistimiento recibida antes de la notificación de la carta de aceptación del árbitro designado, pone fin al procedimiento, siendo declarado por la Dirección encargada de supervisar la tramitación del procedimiento.

X. DISPOSICIONES TRANSITORIAS

10.1 A los procedimientos en trámite, se les aplicará la presente directiva.

10.2 Las resoluciones de designación se notificarán a las partes a través de su publicación en el SEACE, debiendo ser comunicadas de manera personal, al árbitro designado.

XI. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

11.1 En el supuesto que las relaciones de profesionales no logren satisfacer el número de solicitudes de designación requeridas, podrá asignarse expedientes que no hubieran sido asignados al total de profesionales, incluyendo a los que tengan más de seis (06) designaciones residuales en el año, conforme a cualquiera de las reglas establecidas en el sistema de arbitraje.

11.2 Las disposiciones que impliquen modificaciones al sistema de arbitraje - designaciones deberán ser implementadas por el área técnica correspondiente en el menor tiempo posible.

XII. DISPOSICIÓN FINAL

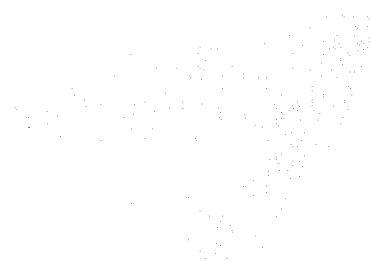
La presente Directiva entrará en vigencia a partir del día siguiente en que OSCE informe mediante un Comunicado sobre la entrada en operatividad del sistema de designación aleatoria adecuada a las disposiciones de esta Directiva.

La Resolución que apruebe la presente Directiva será publicada en el Diario Oficial "El Peruano".

XIII. DISPOSICIÓN DEROGATORIA

A partir de la vigencia de la presente Directiva, deróguese la Directiva N.º 019-2012-OSCE/CD "Procedimiento de designación residual de árbitros al amparo de la normativa de contrataciones del Estado".

Jesús María, setiembre de 2017.



D-027**DIRECTIVA N.º 017-2017-OSCE/CD****PROCEDIMIENTOS DE INSCRIPCIÓN Y RENOVACIÓN EN LA NÓMINA DE PROFESIONALES APTOS PARA DESIGNACIÓN RESIDUAL DEL OSCE, ASÍ COMO SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN Y EXCLUSIÓN**

(Aprobada por la Resolución N.º 296-2017-OSCE/PRE [EP, 28-09-2017])

I. FINALIDAD

La presente Directiva tiene por finalidad desarrollar los procedimientos para la inscripción y renovación de inscripción en la nueva "Nómina de Profesionales Aptos para Designación Residual del OSCE". Asimismo, establece los supuestos suspensión y exclusión de profesionales de dicha nómina, así como su implementación.

II. OBJETO

Regular los procedimientos de inscripción y renovación, así como los supuestos de suspensión y exclusión en la nueva "Nómina de Profesionales Aptos para Designación Residual del OSCE", de conformidad con lo dispuesto en el numeral 191.2 del artículo 191 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF y modificado por el Decreto Supremo N.º 056-2017-EF. También se regulan los requisitos, condiciones y procedimientos para la implementación de la citada Nómina respecto de los profesionales inscritos en el anterior registro o anterior nómina.

III. ALCANCE

La presente Directiva es de aplicación obligatoria para: i) los administrados que formulen solicitudes referidas a la Nómina; ii) los profesionales que forman parte de dicha Nómina; iii) los órganos del OSCE que participen en el procedimiento de inscripción y en la tramitación de los supuestos de renovación, suspensión y exclusión de inscripción de profesionales en la Nómina.

IV. BASE LEGAL

- Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
- Ley N.º 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado.
- Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje.
- Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Decreto Supremo N.º 092-2017-PCM, Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción.

- Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N.º 006-2017-JUS.
- Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado.
- Texto Único de Procedimientos Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- Resolución N.º 28-2016-OSCE-PRE, Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado.

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

En la presente Directiva se utilizarán las siguientes referencias:

- **Código de Ética:** Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado.
- **DAR:** Dirección de Arbitraje del OSCE.
- **Ley:** Ley de Contrataciones del Estado.
- **Nómina del OSCE:** Nómina de Profesionales Aptos para Designación Residual del OSCE.
- **OSCE:** Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- **Reglamento:** Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- **ROF:** Reglamento de Organización y Funciones del OSCE.
- **TUO de la LPAG:** Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
- **TUPA:** Texto Único de Procedimientos Administrativos del OSCE.

VI. DISPOSICIONES GENERALES

6.1. Consideraciones Preliminares:

- a) De conformidad con artículo 2 de la Ley, uno de los principios rectores de la contratación pública en todos sus ámbitos de aplicación y regulación, incluyendo al arbitraje en contrataciones con el Estado, es el Principio de Integridad, el cual también se encuentra recogido en la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, aprobada por Decreto Supremo N.º 092-2017-PCM, a través de la cual se encomienda al OSCE la responsabilidad de implementar los mecanismos para el cumplimiento del Objetivo Estratégico "Garantizar la integridad en las contrataciones de obras, bienes y servicios", correspondiente al Eje 2 de dicha política.
- b) La implementación de la nueva Nómina del OSCE, así como la regulación de los procedimientos de inscripción y renovación en la misma, tiene como finalidad que el OSCE cuente con profesionales que, a través de su experiencia profesional, formación académica e idoneidad moral, se encuentren aptos para ser designados residualmente como árbitros en controversias en materia de contrataciones del Estado, a fin de garantizar la adecuada administración de justicia con relación a los asuntos de interés público que podrían encontrarse involucrados.

- c) Los requisitos para el procedimiento de inscripción y renovación de profesionales en la Nómina del OSCE se encuentran establecidos en el TUPA y en las disposiciones específicas de la presente Directiva.
- d) El plazo para resolver el procedimiento de inscripción de profesionales en la Nómina del OSCE debe computarse a partir del día hábil siguiente de presentada la correspondiente solicitud, siempre que la mesa de partes respectiva del OSCE y/o el área administrativa competente para su tramitación no hayan formulado observaciones que se encuentren pendientes de subsanación o hayan requerido información pendiente de entrega, en cuyo caso se suspende el cómputo del plazo antes citado.

6.2. Estado de los procedimientos:

- a) **Conforme:** Cuando se verificó que el solicitante cumplió con todos los requisitos establecidos en el TUPA o cumplió con subsanar cualquier omisión de éstos o entregó toda la información que se le haya solicitado, de ser el caso.
- b) **Observado:** Cuando se verificó que el solicitante no cumplió con todos o algunos de los requisitos establecidos en el TUPA y se efectuó un requerimiento de subsanación y/o de presentación de información adicional o complementaria.
- c) **Concluido:** Cuando se ha atendido el procedimiento administrativo, emitiéndose el documento correspondiente o éste ha terminado debido a que se aceptó el desistimiento del administrado o cuando transcurrido el plazo para subsanación a que se refiere el artículo 134 del TUO de la LPAG se considere como no presentada la solicitud o no se haya atendido el requerimiento de información formulado por el área administrativa, y en los demás supuestos en los que la presente Directiva así lo establezca.

6.3. Obligaciones derivadas de la inscripción:

Como consecuencia de su inscripción en la Nómina del OSCE, el profesional asume las siguientes obligaciones:

- a) Manifiestar predisposición para asumir la resolución de procesos arbitrales, independientemente de su cuantía, respecto a designaciones realizadas por el OSCE, salvo causa justificada.
- b) Ejercer diligentemente y con integridad la función arbitral; así como, cumplir con las disposiciones del Código de Ética y la presente Directiva.
- c) Participar como expositor en las actividades de capacitación que el OSCE organice, cuando sea convocado.
- d) Remitir la información que sea solicitada por el OSCE sobre su trayectoria, experiencia, formación académica y demás que se estimen necesario.
- e) Actualizar periódicamente su legajo y datos personales, conforme a los parámetros establecidos en la Directiva que regula la Designación Residual de Árbitros.

6.4. Fiscalización posterior:

- a) Todo documento o información presentada como parte de la inscripción o renovación en la Nómina estará sujeta a fiscalización posterior.
- b) De determinarse la existencia de documentación o información falsa o fraudulenta, se declarará la nulidad del procedimiento y se dispondrá el inicio de las acciones legales correspondientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 del TUO de la LPAG.

VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

7.1. Requisitos para la inscripción y renovación en la Nómina del OSCE

Los requisitos para la inscripción y renovación en la Nómina del OSCE se establecen en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA del OSCE.

7.2. Procedimiento de inscripción:

7.2.1. De la presentación de la solicitud

- El solicitante deberá presentar su solicitud en la mesa de partes respectiva del OSCE, según formulario oficial debidamente llenado con la información requerida y acompañando la documentación establecida en el TUPA.

7.2.2. De la calificación de la solicitud

- Si la solicitud presentada no cumple con los requisitos establecidos en el TUPA, la respectiva mesa de partes del OSCE observará el trámite, invitando al solicitante a subsanarlo dentro de un plazo máximo de dos (02) días hábiles. La observación se anotará bajo firma del receptor en la solicitud y en la copia de cargo del solicitante indicando que ante el incumplimiento se tendrá por no presentada su solicitud.
- Transcurrido el plazo sin que ocurra la subsanación, la mesa de partes del OSCE, considerará como no presentada la solicitud, sin perjuicio que el solicitante requiera la devolución de los recaudos y el reembolso de la tasa abonada por derecho de tramitación, en caso corresponda.
- Una vez recibida la documentación y por única vez, el área administrativa encargada de la tramitación del procedimiento podrá requerir la documentación cuya presentación haya sido omitida por el solicitante o que sea necesaria para la continuación del procedimiento. Para tal fin, se le otorgará un plazo de dos (02) días hábiles, bajo apercibimiento de tener por no presentada su solicitud, de conformidad con lo establecido en el artículo 134 del TUO de la LPAG.
- La conclusión del procedimiento no impide que el solicitante inicie nuevamente el procedimiento de inscripción en la Nómina del OSCE.
- En caso el solicitante acredite el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el TUPA, se procederá a citarlo para la evaluación correspondiente.

7.2.3. De la evaluación del solicitante

- La etapa de evaluación en el procedimiento de inscripción en la Nómina del OSCE consta de dos fases eliminatorias: i) Verificación de conocimientos y ii) Entrevista personal. Ambas fases serán concluidas en un mismo día, en el orden y oportunidad que disponga el área administrativa respectiva.
- En caso el postulante desaprobe cualquiera de las fases antes señaladas, no corresponderá su inscripción y se dispondrá el archivo del procedimiento, lo cual será comunicado al postulante vía oficio.
- Para el caso de los funcionarios intervinientes en la etapa de evaluación, se aplicarán las normas sobre abstención de participación establecidas en el TUO de la LPAG.
- Las citaciones que se realicen para la evaluación del solicitante (verificación de conocimientos y entrevista personal) se efectuarán con una antelación no menor de tres (03) días hábiles.
- Si el postulante no asiste a la evaluación, pese a haber sido válidamente notificado con la programación de la misma, concluirá el procedimiento administrativo.

- La solicitud de reprogramación de la evaluación deberá ser presentada en la mesa de partes respectiva del OSCE, inclusive, hasta el mismo día de su realización. Dicha solicitud podrá ser formulada por única vez.

Una vez reprogramada la evaluación, si el postulante no asiste, con o sin justificación, se dará por concluido el procedimiento administrativo.

a. Fase de Verificación de Conocimientos:

- La verificación de conocimientos constará de un examen de veinte (20) preguntas distribuidas por cada uno de los temas de especialización establecidos en el numeral 45.6 del artículo 45 de la Ley (Arbitraje, Derecho Administrativo y Contrataciones con el Estado).
- El examen se llevará a cabo en las instalaciones del OSCE, será virtual y tendrá una duración máxima de sesenta (60) minutos.
- Para aprobar la evaluación, el solicitante debe responder correctamente, como mínimo, catorce (14) de las veinte (20) preguntas formuladas.
- Si el postulante no aprueba la citada evaluación, dentro del plazo de dos (02) días de realizada se emitirá un oficio a través del cual se concluirá el procedimiento administrativo.

b. Fase de Entrevista Personal:

- Aprobada la fase de verificación de conocimientos por el solicitante, se procederá a llevar a cabo la entrevista personal, debiendo dejarse constancia de su realización mediante Acta suscrita por los evaluadores.
- La entrevista estará a cargo del Director y Subdirectores del órgano competente encargado de supervisar y administrar la Nómina del OSCE o quienes sean designados por éstos para participar en su representación. Otra autoridad podrá participar en la entrevista, de estimarse pertinente para su mejor desarrollo.
- Son factores de evaluación en la entrevista los siguientes: i) experiencia y trayectoria del postulante, ii) dominio de las competencias arbitrales, iii) dominio del régimen ético en materia de arbitraje en contrataciones con el Estado, y iv) desenvolvimiento en la entrevista.
- La entrevista será calificada sobre un total de veinte (20) puntos, siendo la nota mínima aprobatoria catorce (14) puntos.
- De desaprobarse dicha entrevista, se emitirá un oficio a través del cual se concluirá el procedimiento administrativo.

7.2.4. De la inscripción de profesionales en la Nómina del OSCE:

- En caso el solicitante haya aprobado la evaluación en sus dos fases (verificación de conocimientos y entrevista personal), mediante Resolución se declarará la inscripción de dicho profesional en la Nómina del OSCE.
- Copias de la referida Resolución y la respectiva Constancia de inscripción, serán puestas en conocimiento del postulante vía oficio.

7.3. Renovación y obligación de remisión de información:

7.3.1 Cada un (01) año, contado desde la inscripción o desde la última renovación, según sea el caso, el profesional inscrito en la Nómina del OSCE deberá efectuar su renovación ante el OSCE, conforme a los requisitos y plazos establecidos en el TUPA del OSCE.

7.3.2 El profesional inscrito en la Nómina del OSCE se encuentra obligado a remitir la información que el OSCE pueda requerirle, para cuyo efecto se le otorgará un plazo determinado. De no remitir la información en el plazo otorgado, el profesional será excluido de la Nómina del OSCE, salvo acreditación de factores ajenos a su voluntad que hayan impedido el cumplimiento de lo requerido dentro del plazo conferido, lo cual podrá ser considerado por el OSCE para el otorgamiento de un plazo adicional, de corresponder.

7.4. Suspensión y Exclusión de Profesionales de la Nómina del OSCE:

7.4.1. Son supuestos de suspensión de la inscripción de un profesional de la Nómina del OSCE los siguientes:

- a) Cuando el profesional se encuentre suspendido en el Registro Nacional de Árbitros, por el plazo de su suspensión.
- b) A pedido expreso del profesional, por el plazo que este solicite.

7.4.2. Son supuestos de exclusión del profesional incorporado en la Nómina del OSCE los siguientes:

- a) Fallecimiento del profesional.
- b) Cuando se encuentre excluido del Registro Nacional de Árbitros.
- c) Cuando cuente con más de dos (02) recusaciones declaradas fundadas por el OSCE y/o cualquier otra institución arbitral en arbitrajes en materia de contrataciones del Estado.
- d) A pedido del profesional.
- e) Cuando haya sido sancionado por el Consejo de Ética del OSCE, indistintamente del tipo y grado de sanción.
- f) Cuando no haya aceptado injustificadamente más de dos (02) designaciones residuales efectuadas por el OSCE en un año, conforme a lo establecido en la Directiva correspondiente.
- g) Cuando durante doce (12) meses consecutivos de permanencia en la Nómina del OSCE haya mantenido un puntaje igual o menor a cero, conforme a los parámetros de la Directiva de Designación de Árbitros a cargo del OSCE.
- h) Por configurarse el supuesto de exclusión señalado en el numeral 7.3.2 de la Directiva.
- i) Por no solicitar la renovación de la vigencia de su inscripción en la Nómina del OSCE dentro de los plazos previstos en el TUPA del OSCE o, habiendo presentado su solicitud conforme a dichos plazos, el trámite concluya sin la aprobación de la referida renovación.

7.4.3. Los supuestos de exclusión antes regulados operan automáticamente desde su configuración, salvo el correspondiente al literal h) cuando se haya manifestado la salvedad a la que se refiere el numeral 7.3.2. dentro de los quince (15) días hábiles desde el vencimiento del plazo otorgado. Toda exclusión de la Nómina del OSCE será comunicada al profesional mediante oficio.

7.5. La DAR podrá disponer la suspensión preventiva de un profesional en la Nómina del OSCE cuando tenga conocimiento de hechos o circunstancias en los que se encuentra involucrado dicho profesional, que representen un potencial riesgo para el interés público y que por su importancia afecten o pongan en duda seriamente su idoneidad moral o

profesional, por no resultar concordante con lo señalado en los literales a) y b) del numeral 6.1 de la presente Directiva.

VIII. DISPOSICIONES TRANSITORIAS

A través de la implementación de la nueva Nómina del OSCE, se deja sin efecto el anterior registro o la anterior nómina administrada por OSCE. Dicha implementación se efectuará conforme a los siguientes requisitos, condiciones y procedimientos:

8.1. Los profesionales que a la fecha de entrada en vigencia de la presente Directiva no tengan inscripción vigente correspondiente al anterior registro o anterior nómina, solicitarán su incorporación a la nueva Nómina del OSCE mediante el procedimiento de inscripción regulado en la presente Directiva. En tal sentido, a partir de la vigencia de la presente Directiva, queda sin efecto la inscripción de dichos profesionales en cualquier anterior registro o anterior nómina, según corresponda.

8.2. Los profesionales que a la fecha de entrada en vigencia de la presente Directiva tengan inscripción vigente correspondiente en el anterior registro o la anterior nómina, tendrán en cuenta lo siguiente:

- a) Por no solicitar la renovación de la vigencia de su inscripción en la Nómina del OSCE dentro de los plazos previstos en el TUPA del OSCE o, habiendo presentado su solicitud conforme a dichos plazos, el trámite concluya sin la aprobación de la referida renovación.
- b) Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la entrada en vigencia de la presente Directiva, podrán llenar y presentar físicamente al OSCE una declaración jurada, cuyo formato oficial será publicado en el Portal Web Institucional del OSCE, el mismo día de la vigencia de la presente Directiva.
- c) Una vez vencido el plazo señalado en el literal precedente, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes el OSCE emitirá la Resolución de inscripción correspondiente en la nueva Nómina del OSCE por un periodo equivalente a la diferencia de la fecha del último día de vigencia de su anterior registro o nómina y la fecha de la Resolución de inscripción en la nueva Nómina del OSCE.
- d) No se procederá con la inscripción en la nueva Nómina del OSCE de aquellos profesionales que no presenten la declaración jurada señalada en el literal a) precedente dentro del plazo establecido o no llenen todos los campos de la misma, lo cual será declarado por la misma autoridad que emite las Resoluciones de inscripción.
- e) Tampoco se procederá a la inscripción en la nueva Nómina del OSCE cuando el profesional que presentó su declaración jurada se encuentre inmerso en hechos o circunstancias que representen un potencial riesgo para el interés público y que por su importancia afecten o pongan en duda seriamente su idoneidad moral o profesional, por no resultar concordante con lo señalado en los literales a) y b) del numeral 6.1 de la presente Directiva o cuando el profesional se encuentre en alguno de los supuestos señalados en el numeral 7.4.2 de la presente Directiva. En este caso la denegatoria de la inscripción debe ser declarada y comunicada por la DAR, previa evaluación.
- f) Los profesionales que, a la fecha de entrada en vigencia de la presente Directiva, tengan un procedimiento de inscripción o renovación en curso respecto al registro o nómina anterior a la nueva Nómina del OSCE, podrán concluir con la tramitación de dicho procedimiento, para lo cual deberán incorporar a los documentos del trámite la Declaración Jurada según formato oficial; en caso de haber concluido exitosamente con el trámite, previa evaluación de la información declarada en el referido formato,

dichos profesionales serán incorporados en la nueva Nómina del OSCE, expidiéndose la Resolución de Inscripción correspondiente.

- g) Transcurrido el plazo previsto en el literal a) sin la presentación de la Declaración Jurada o una vez emitida la Resolución de inscripción en la nueva Nómina del OSCE o emitida la declaración de su denegatoria, de ser el caso, queda sin efecto la permanencia de profesional en cualquier registro o nómina anterior a cargo del OSCE, según corresponda.

IX. DISPOSICIÓN FINAL

La presente Directiva entrará en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de la Resolución que la aprueba en el Diario Oficial "El Peruano".

X. DISPOSICIÓN DEROGATORIA

A partir de la vigencia de la presente Directiva, deróguese la Directiva N.º 001-2014-OSCE/CD "Procedimiento de Inscripción y Renovación de Inscripción y los Supuestos de Suspensión y Exclusión de Profesionales del Registro de Árbitros del OSCE".

Jesús María, setiembre de 2017

D-028**DIRECTIVA N.º 016-2017-OSCE/CD****PROCEDIMIENTO PARA LA INSTALACIÓN DE ÁRBITRO ÚNICO O TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC**

(Aprobada por la Resolución N.º 298-2017-OSCE/PRE [EP, 08-09-2017])

I. FINALIDAD

Garantizar la atención oportuna de las solicitudes de instalación de árbitro único o tribunal arbitral ad hoc que presenten los administrados.

II. OBJETO

Definir los lineamientos del procedimiento de instalación de árbitro único o tribunal arbitral ad hoc, que se lleve a cabo en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

III. ALCANCE

La presente Directiva es de cumplimiento obligatorio para: i) las Entidades que se encuentran incluidas dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme al artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado, ii) los contratistas, iii) los árbitros, y iv) los órganos del OSCE que participen en el procedimiento de instalación de arbitrajes ad hoc en el referido ámbito.

IV. BASE LEGAL

- Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
- Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.
- Decreto Legislativo N.º 1068, Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.
- Decreto Supremo N.º 006-2017-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
- Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1068 del Sistema de Defensa Jurídica parte del Estado, aprobado por Decreto Supremo N.º 017-2008-JUS.
- Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

- Texto Único de Procedimientos Administrativos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

En la presente Directiva se utilizarán las siguientes referencias:

- Directiva: La presente Directiva.
- Ley: Ley de Contrataciones del Estado.
- OSCE: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- Reglamento: Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- TUO de la LPAG: Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
- TUPA: Texto Único de Procedimientos Administrativos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

VI. DISPOSICIONES GENERALES

6.1. Dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la conformación del árbitro único o tribunal arbitral cualquiera de las partes deberá solicitar al OSCE la instalación del árbitro único o del tribunal arbitral ad hoc, según corresponda.

Cuando el árbitro único ad hoc haya notificado a las partes la aceptación de su cargo, se entenderá que éste se encuentra debidamente conformado.

El tribunal arbitral ad hoc se encuentra debidamente conformado cuando:

- a) Cada árbitro designado por cada parte notifique su aceptación por escrito ante la parte respectiva, para que esta ponga en conocimiento a su contraparte la aceptación; y,
- b) El presidente del tribunal arbitral notifique por escrito a ambas partes su aceptación.

6.2. Para atender el procedimiento de instalación de árbitro único o de tribunal arbitral ad hoc se tomará en cuenta el plazo establecido en el TUPA, el mismo que se computará a partir de la presentación de la solicitud de instalación y culmina con la emisión de alguno de los documentos previstos en el numeral 7.5 de la Directiva.

Dicho plazo se suspenderá cuando: i) las partes soliciten la reprogramación de la Audiencia de Instalación y dicha solicitud haya sido aprobada, conforme a lo establecido en el numeral 7.2.4 de la presente Directiva; ii) cuando el OSCE disponga la reprogramación de la Audiencia de Instalación, conforme a lo establecido en el numeral 7.2.6; iii) cuando el árbitro único o el tribunal arbitral ad hoc solicite la reprogramación de la Audiencia de Instalación; o, iv) cuando el árbitro único o el tribunal arbitral ad hoc disponga la suspensión de la misma, conforme a lo establecido en el numeral 7.2.7.

Es responsabilidad de los árbitros actuar bajo el principio de celeridad, procurando que la audiencia de instalación se lleve a cabo en el más breve plazo.

6.3. Cualquier cuestionamiento relacionado a las actuaciones arbitrales antes de la audiencia de instalación, será resuelto por el árbitro único o tribunal arbitral ad hoc una vez instalado.

6.4. El representante del OSCE participa en la audiencia de instalación en calidad de orientador para el(los) árbitro(s) y las partes, respecto del procedimiento y normativa aplica-

bles, velando por el cumplimiento de la normativa de contratación pública vigente en el caso concreto.

El representante del OSCE podrá dejar constancia en el acta de instalación de cualquier hecho o circunstancia que considere que no esté conforme a la Ley y Reglamento. Asimismo, podrá suscribir el acta de suspensión y/o reprogramación con la(s) parte(s) asistente(s), cuando el(los) árbitro(s) no asista(n) a la audiencia.

VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

7.1. De la presentación de la solicitud de instalación de árbitro único o del tribunal arbitral ad hoc

7.1.1. El usuario deberá presentar su solicitud en la mesa de partes del OSCE respectiva, la misma que deberá cumplir con los requisitos previstos en el TUPA.

En el caso de las Entidades, la solicitud de instalación de árbitro único o de tribunal arbitral ad hoc deberá ser suscrita por el correspondiente Procurador Público a cargo de la defensa jurídica.

Cuando la representación procesal de una Entidad no se encuentre legalmente a cargo de un Procurador Público, deberá consignarse la base legal que sustenta la representación así como identificarse la respectiva resolución de designación.

Para el caso de los Contratistas, la solicitud de instalación de árbitro único o de tribunal arbitral ad hoc deberá ser presentada de la siguiente manera:

- a) Tratándose de persona natural, deberá ser suscrita personalmente por el titular.
- b) Tratándose de persona jurídica, deberá ser suscrita por el representante legal.
- c) En el caso de consorcios, deberá ser suscrita por el representante legal común, que acreditará tal condición con copia simple del contrato de consorcio donde se consigne su designación y, de ser el caso, copia del carnet de extranjería vigente.

7.1.2. Si la solicitud de instalación deriva de una designación residual efectuada por el OSCE, el usuario deberá indicarlo expresamente en la solicitud, en cuyo caso sólo deberá acompañar copia del documento que acredite el pago de la tasa por concepto de instalación.

7.1.3. Si la solicitud de instalación presentada no cumple con los requisitos establecidos en el TUPA, la mesa de partes del OSCE respectiva observará el trámite, invitando al solicitante a subsanarla dentro de un plazo máximo de dos (02) días hábiles. La observación se anotará bajo firma del receptor en la solicitud y en la copia de cargo del solicitante indicando que ante el incumplimiento se tendrá por no presentada su solicitud.

7.1.4. Transcurrido el plazo sin que ocurra la subsanación, el OSCE, a través de la mesa de partes del OSCE respectiva, considerará como no presentada la solicitud, sin perjuicio que el solicitante requiera la devolución de los recaudos y el reembolso de la tasa abonada por derecho de tramitación, en caso corresponda.

7.2. De la calificación y evaluación de la solicitud

7.2.1. Una vez presentada la solicitud documentada y por única vez, el órgano competente podrá requerir la documentación cuya presentación haya sido omitida por el solicitante o que sea necesaria para la continuación del procedimiento. Para tal fin, se le otorgará un plazo de dos (02) días hábiles a fin de proseguir con el trámite respectivo. De no subsanar oportunamente lo requerido, resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 134 del TUO de la LPAG.

7.2.2. Si de la revisión y calificación de la documentación presentada, se determina que no corresponde atender la solicitud de instalación porque: i) el contrato no se encuentra bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; o, ii) en el convenio arbitral contenido en la cláusula de solución de controversias del contrato o por acuerdo posterior de las partes, se estableció que el arbitraje sería institucional; el órgano competente del OSCE comunicará ello al solicitante mediante oficio debidamente motivado, procediendo al archivo definitivo de la solicitud.

7.2.3. En caso se determine que sí corresponde atender la solicitud de instalación presentada, el órgano competente programará -en coordinación con el árbitro único o, en el caso de tribunal arbitral, con cada uno de sus miembros o por acuerdo en mayoría de los mismos - la fecha y hora para la realización de la Audiencia de Instalación. La fecha acordada deberá ser puesta en conocimiento de las partes. En el caso de las Entidades, se notificará con la fecha de instalación a la Procuraduría Pública a cargo de su defensa, según corresponda.

El árbitro único o tribunal arbitral ad hoc se considera válidamente notificados con la confirmación de la fecha y hora de la Audiencia de Instalación efectuada ante el OSCE, a través de cualquier soporte tecnológico (correo electrónico, telefax, facsímil, telefónico entre otros) que haya sido utilizado en las coordinaciones de programación.

7.2.4. Cualquiera de las partes podrá solicitar al OSCE la reprogramación de la Audiencia de Instalación, mediante escrito debidamente motivado y presentado cuando menos con una anticipación de tres (03) días hábiles a la fecha de realización de la misma. Será rechazada cualquier solicitud de reprogramación presentada fuera del plazo señalado.

Sobre lo resuelto por el OSCE no cabe interponer recurso administrativo alguno.

7.2.5. En caso el OSCE admita la solicitud de reprogramación presentada, se procederá a notificar a las partes la nueva fecha y hora para la realización de la Audiencia de Instalación.

7.2.6. De igual forma, el OSCE comunicará al árbitro único o al tribunal arbitral ad hoc la reprogramación de la Audiencia de Instalación en caso de inconvenientes en la notificación a las partes; pudiendo utilizar para ello el medio utilizado en las coordinaciones de programación. El OSCE procederá a notificar a las partes con la nueva fecha y hora para la realización de la Audiencia de Instalación.

7.2.7. Asimismo, el árbitro único o el tribunal arbitral ad hoc podrán solicitar la reprogramación de la Audiencia de Instalación. El OSCE procederá a notificar a las partes sobre tal hecho, precisándoles la nueva fecha y hora de instalación.

7.3. Audiencia de Instalación Presencial

7.3.1. Para la realización de la Audiencia de Instalación será necesaria la presencia de, por lo menos, el árbitro único o dos miembros del tribunal arbitral, según corresponda, y el representante del OSCE.

En el caso de las audiencias de instalación que se lleven a cabo en las diferentes regiones del país, participará el encargado del respectivo Órgano Desconcentrado, en colaboración con el órgano competente del OSCE.

7.3.2. Cualquier audiencia de instalación de árbitro único o de tribunal arbitral ad hoc realizada sin la participación del OSCE contraviene lo dispuesto en la normativa de contratación pública y, por tanto, su realización será de exclusiva responsabilidad de las partes asistentes; sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiera lugar para el caso de las autoridades asistentes y que representan a las Entidades Públicas.

7.3.3. Para la participación del contratista en la audiencia de instalación, deberán observarse las siguientes reglas:

- i) En caso de persona natural, concurre personalmente o a través de su apoderado debidamente acreditado mediante carta poder simple.
- ii) En caso de persona jurídica, concurre por medio de su representante legal o apoderado. El representante legal acreditará tal condición con copia simple del documento registral vigente que acredite su condición. El apoderado deberá presentar carta poder simple suscrita por el representante legal, a la cual se adjuntará el documento registral que acredite la condición de éste. El documento registral que acredite la representación del representante legal deberá ser expedido con una antigüedad no mayor de treinta (30) días calendario a la fecha de realización de la Audiencia de instalación; siendo responsabilidad del contratista brindar la información actualizada en la audiencia de instalación.
- iii) En caso de un consorcio, concurre el representante legal común o un apoderado designado por éste. El representante legal común del consorcio acreditará tal condición con copia simple del contrato de consorcio donde se consigne su designación. El apoderado deberá presentar carta poder simple suscrita por el representante legal común del consorcio, a la cual se adjuntará copia del contrato de consorcio donde se acredite la condición de éste.

La parte contratista podrá estar acompañada por el abogado de su elección.

7.3.4. La Entidad podrá participar a través del Procurador Público a cargo de su defensa jurídica, el Procurador Público Adjunto o los abogados que cuenten con delegación de facultades por parte del Procurador Público.

Los Procuradores Públicos acreditarán su condición con copia simple de la Resolución de su designación; por su parte, el(os) abogado(s) delegado(s) acreditará(n) su condición mediante escrito simple de delegación de facultades suscrito por el Procurador Público o Procurador Público Adjunto, que lo autorice a participar en la audiencia, al cual deberá adjuntarse la copia de la resolución de designación del Procurador.

También podrán participar otros representantes de la Entidad, siempre que cuenten con autorización del Procurador Público de la Entidad.

En los casos que la representación legal de la Entidad no se encuentre legalmente a cargo de un Procurador Público, el representante o apoderado que acuda deberá acreditar su representación o poder mediante la presentación del documento respectivo.

7.3.5. En caso los representantes de las partes no cuenten con las facultades que señalan en los numerales 7.3.3 y 7.3.4, no podrán suscribir el acta, salvo que el árbitro único o tribunal arbitral ad hoc autorice su participación.

7.3.6. Los documentos de acreditación podrán ser presentados con anterioridad a la fecha de la audiencia mediante escrito ingresado a través de la Mesa de Partes del OSCE respectiva, o el mismo día de la audiencia, antes de su inicio, directamente al órgano competente.

7.3.7. Antes del inicio de la Audiencia de Instalación, los representantes de las partes o sus apoderados se identificarán con la entrega del Documento Nacional de Identidad o Carnet de Extranjería, de ser el caso; en el caso de los abogados participantes, se identificarán con la entrega de su carnet del Colegio de Abogados correspondiente.

7.3.8. Una vez iniciada la Audiencia de Instalación, el árbitro único o el tribunal arbitral ad hoc, según corresponda, propondrá a las partes un proyecto de Acta de Instalación, cuyo contenido deberá ajustarse a los modelos de Acta de Instalación que OSCE publica en la sección "Arbitraje" del portal institucional.

Culminada la audiencia de instalación el acta deberá ser suscrita por las partes intervinientes, los árbitros y el representante del OSCE correspondiente.

7.3.9. Una vez realizada la Audiencia de Instalación de árbitro único o de tribunal arbitral ad hoc, no cabe interponer recurso administrativo ante el OSCE, ni presentar escritos respecto del proceso arbitral ante el OSCE. De verificarse dicha situación, el OSCE devolverá los respectivos documentos a la parte que los presentó.

7.4. Audiencias de Instalación de Árbitro Único o Tribunal Arbitral Ad Hoc por videoconferencia

7.4.1. Cualquiera de las partes o árbitro podrá solicitar al OSCE que su participación en la audiencia de instalación se realice por la modalidad de videoconferencia en los Órganos Desconcentrados o en la sede del OSCE en la ciudad de Lima.

En caso que un árbitro domicilie en una ciudad distinta a aquella indicada como sede del arbitraje en el convenio arbitral, deberá participar en la audiencia de instalación mediante videoconferencia. En caso optase por participar de manera presencial, el árbitro asumirá sus gastos de traslado, sin que las partes se encuentren obligadas a realizar el reembolso por dicho concepto. Cualquier pacto en contrario se entenderá como no puesto.

7.4.2. La audiencia de instalación por videoconferencia se rige por lo dispuesto en el numeral 7.3 de la Directiva. El acta será suscrita por las partes, árbitros y el representante del OSCE en el lugar que se haya determinado como sede del arbitraje. Las partes y árbitros que se encuentren en algún lugar distinto a la sede del arbitraje, suscribirán conjuntamente con el Representante del OSCE un anexo que formará parte del acta.

7.4.3. El Acta de Instalación se remitirá por medio magnético al responsable del órgano del OSCE del lugar distinto a la sede del arbitraje, para que entregue copia simple del Acta a la(s) parte(s) y/o árbitro(s) asistentes, que se adjuntará al Anexo suscrito. El responsable del órgano del OSCE del lugar distinto a la sede del arbitraje remitirá al órgano competente del OSCE el original del Anexo del Acta de Instalación y los documentos de representación que haya(n) presentado la(s) parte(s) asistente(s).

7.4.4. La Audiencia de Instalación podrá realizarse por videoconferencia, según corresponda al caso en particular y en atención a los principios de impulso de oficio, celeridad y eficacia.

7.5. De la culminación de la atención de la solicitud de instalación

El procedimiento de atención de la solicitud de instalación de árbitro único o del tribunal arbitral culmina:

- i. Con el Oficio que cita a las partes a la audiencia de instalación de árbitro único o tribunal arbitral ad hoc.
- ii. Con el oficio emitido por el OSCE que establece que no corresponde la instalación por tratarse de un arbitraje institucional o porque el contrato no se encuentra bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.
- iii. Con el oficio emitido por el OSCE que acepta el desistimiento presentado por el solicitante.

- iv. Con el oficio emitido por el OSCE que comunica la conclusión del procedimiento por no haber subsanado dentro del plazo de dos (02) días hábiles, de conformidad con el artículo 134 del TUO de la LPAG.
- v. Otras formas de conclusión por causas sobrevenidas que imposibiliten continuar con el procedimiento, el mismo que será comunicado por el OSCE mediante Oficio.

Los recursos administrativos de reconsideración y apelación serán planteados únicamente contra los Oficios que declaren el archivo por abandono, causas sobrevenidas o por tratarse de un arbitraje institucional. En ningún caso se podrán plantear dichos recursos ante el OSCE contra el acta de instalación.

VIII. DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Las solicitudes de instalación presentadas al OSCE con anterioridad a la vigencia de la presente Directiva, continuarán rigiéndose por la normativa vigente al momento en que fuera presentada la solicitud.

IX. DISPOSICIÓN FINAL

9.1. La presente Directiva entrará en vigencia a los quince (15) días calendarios contados a partir del día siguiente de la publicación de la Resolución que la aprueba en el Diario Oficial "El Peruano".

9.2. A partir de la vigencia de la presente Directiva, deróguese la Directiva N.º 002-2014-OSCE/CD "Procedimiento para la Instalación de Árbitro Único o de Tribunal Arbitral Ad Hoc".

Jesús María, septiembre de 2017

D-029**DIRECTIVA N.º 014-2017-OSCE/CD****PROCEDIMIENTO DE RECUSACIÓN DE ÁRBITROS PARA ARBITRAJES AD HOC Y
ARBITRAJES ADMINISTRADOS POR EL SNA-OSCE**

(Aprobada por la Resolución N.º 020-2017-OSCE [EP, 19-07-2017])

I. FINALIDAD

La presente Directiva tiene por finalidad establecer el procedimiento de recusación de árbitros para solicitudes que se formulen ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

II. OBJETO

Cautelar que las solicitudes de recusación contra árbitros se formulen, tramiten y resuelvan conforme a los requisitos, procedimientos y plazos establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA del OSCE, las normas de contrataciones del Estado y las disposiciones de la presente Directiva.

III. ALCANCE

La presente Directiva es de cumplimiento obligatorio para todos los órganos del OSCE que intervengan en el trámite de solicitudes de recusación que formulen las partes de un proceso arbitral.

Asimismo, es de cumplimiento obligatorio, en lo que corresponda, para las Entidades que se encuentran incluidas dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, los contratistas y árbitros.

IV. BASE LEGAL

- Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.
- Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 006-2017-JUS.
- Texto Único de Procedimientos Administrativos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

En el presente documento se utilizarán las siguientes referencias:

- Ley: Ley de Contrataciones del Estado.
- LPAG: Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N.º 27444.
- Reglamento: Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- OSCE: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- TUPA: Texto Único de Procedimientos Administrativos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

VI. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

De la presentación de la solicitud

6.1. La solicitud de recusación debe presentarse ante el OSCE dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de comunicada la aceptación del cargo por el árbitro recusado a las partes o desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobreviniente.

De existir otros hechos o motivos de recusación contra el mismo árbitro con posterioridad a los planteados en la solicitud original no serán tomados en cuenta para resolver dicho trámite, debiendo encausarse a través de otro procedimiento de recusación.

El procedimiento de recusación se tramita conforme a los requisitos y plazos establecidos en el TUPA.

6.2. En el caso de entidades, las solicitudes deberán ser formuladas por la respectiva Procuraduría Pública, debidamente acreditada. En los casos que la representación procesal de la Entidad no corresponda legalmente a un Procurador Público, dicha situación deberá ser sustentada por el representante o apoderado señalando la base legal y adjuntando su documento de representación.

En el caso de contratistas, cuando se trate de persona natural, en su solicitud de recusación señalará el documento de identificación respectivo. Cuando se trate de persona jurídica o Consorcio, el representante legal adjuntará a su solicitud de recusación el documento respectivo que acredite sus facultades de representación.

6.3. La solicitud de recusación debe identificar obligatoriamente la causal o causales de recusación en las que se sustenta, los fundamentos de hecho y de derecho por cada causal invocada, así como las pruebas en las que se fundamenta.

6.4. Si la solicitud presentada no cumple con los requisitos establecidos en el TUPA, la Mesa de Partes respectiva observará el trámite, invitando al solicitante a subsanarlo dentro de un plazo máximo de dos (02) días hábiles. La observación se anotará bajo firma del receptor en la solicitud y en la copia de cargo del solicitante indicando que ante el incumplimiento, se tendrá por no presentada su solicitud.

Transcurrido el plazo sin que ocurra la subsanación, la Mesa de Partes respectiva considerará como no presentada la solicitud, sin perjuicio que el solicitante requiera la devolución de los recaudos y el reembolso de la tasa abonada por derecho de tramitación, en caso corresponda. En caso se proceda con la subsanación se derivará el expediente al órgano competente del OSCE para su tramitación.

De la calificación y traslado de la solicitud

6.5. Sin perjuicio de lo señalado en el numeral 6.4, por única vez, el órgano competente del OSCE podrá requerir la documentación cuya presentación haya sido omitida por el solicitante o que sea necesaria para la continuación del procedimiento. Para tal fin, se otorgará al solicitante un plazo de dos (02) días hábiles a fin de proseguir con el trámite, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 134º de la LPAG.

6.6. Una vez que se cuente con la documentación conforme, se correrá traslado de la solicitud de recusación y sus recaudos al árbitro o árbitros recusados así como a la parte que no formuló la recusación; para que en plazo de cinco (5) días hábiles cumplan con manifestar lo que estimaran conveniente a su derecho.

6.7. Si la otra parte está de acuerdo con la recusación o el árbitro o árbitros renuncian, se procederá a la designación del árbitro o árbitros sustitutos, en la misma forma en que se designó al árbitro o árbitros recusados.

Si la otra parte no está de acuerdo con la recusación o el árbitro o árbitros no renuncian o no absuelven el traslado en el plazo indicado, el OSCE procederá a resolver la recusación en el plazo previsto en su TUPA.

De la Resolución

6.8. La resolución que resuelve la recusación será notificada a las partes así como al árbitro o árbitros recusados a través de su publicación en el SEACE.

La resolución de la recusación por el OSCE debe ser motivada, es definitiva e inimpugnable y será publicada en el portal institucional del OSCE. Cuando la recusación sea declarada fundada, el OSCE procederá a la designación del árbitro sustituto.

VII. DISPOSICIONES TRANSITORIAS

7.1. En tanto se implemente la interoperabilidad a que se refieren los artículos 2 y 3 del Decreto Legislativo N.º 1246, el documento que acredita la vigencia de poderes y designación de representantes legales de personas jurídicas exigido en el numeral 6.2 de la presente Directiva, puede ser sustituido a opción del administrado por una Declaración Jurada según formato publicado en la sección de Arbitraje del portal institucional del OSCE (<http://portal.osce.gob.pe/arbitraje/>).

Una vez implementada la interoperabilidad, no resultará exigible el documento que acredita dichas facultades de representación, lo que será puesto en conocimiento por el OSCE mediante Comunicado.

7.2. Los procedimientos administrativos de recusación iniciados con anterioridad a la vigencia de la presente Directiva, continuarán rigiéndose con las normas vigentes al momento en que fue presentada la respectiva solicitud.

VIII. DISPOSICIÓN FINAL

La presente Directiva entrará en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de la Resolución que la aprueba en el Diario Oficial "El Peruano".

Jesús María, julio de 2017

D-030**DIRECTIVA N.º 025-2016-OSCE/CD****REGLAMENTO DEL RÉGIMEN INSTITUCIONAL DE ARBITRAJE SUBSIDIARIO DE CUANTÍA MENOR EN CONTRATACIONES DEL ESTADO A CARGO DEL OSCE**

(Aprobada por la Resolución N.º 276-2016-OSCE/PRE [EP, 22-07-2016])

I. FINALIDAD

La presente directiva tiene por finalidad regular el rol subsidiario del OSCE en la organización y administración del régimen institucional de arbitraje especializado en materia de contrataciones públicas de cuantía menor, conforme a lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

II. OBJETIVO

Determinar los supuestos y reglas bajo los cuales OSCE participará, en forma subsidiaria, en la organización y administración de arbitrajes en contrataciones del Estado de cuantía menor.

III. ALCANCE

La presente directiva es de cumplimiento obligatorio para las Entidades que se encuentran incluidas dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme al artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado, los contratistas y árbitros que intervengan en los procesos arbitrales relacionados a contrataciones de bienes, servicios en general y consultoría en general cuya cuantía no exceda los S/ 70,000.00 (Setenta mil y 00/100 Soles); así como para la Dirección de Arbitraje del OSCE.

IV. BASE LEGAL

- Ley de Contrataciones del Estado.
- Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.
- Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Reglamento del Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado.
- Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

En la presente directiva se utilizarán las siguientes referencias:

- **DAR:** Dirección de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- **Ley:** Ley de Contrataciones del Estado.
- **OSCE:** Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- **Reglamento:** Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

VI. RESPONSABILIDADES

Los siguientes órganos cuentan con responsabilidades específicas respecto de la presente Directiva:

- El personal de Mesa de partes del OSCE (de la Sede Central o de las Oficinas Desconcentradas) es responsable de verificar la foliación y recibir las demandas arbitrales, contestación a las mismas y todos los demás documentos relacionados al proceso arbitral que en materia de contratación pública se presenten, en el marco de la Ley y su Reglamento.
- La DAR es responsable de la aplicación, supervisión y cumplimiento de las disposiciones establecidas en la presente directiva.

VII. DISPOSICIONES GENERALES

7.1. OSCE organiza y administra el régimen institucional de arbitraje especializado y subsidiario para la solución de controversias que se generen en los contratos de bienes, servicios en general y consultorías en general, cuya cuantía no exceda del límite previsto en la presente Directiva.

De acuerdo a lo establecido en el numeral 3 del artículo 195 del Reglamento, OSCE se encuentra facultado para organizar y administrar arbitrajes referidos a contratos celebrados para la contratación de bienes, servicios en general y consultorías en general, cuya cuantía (monto del contrato original) no exceda los S/ 70,000.00 (Setenta mil y 00/100 Soles), independientemente que existan suficientes instituciones arbitrales acreditadas en una Región.

7.2. Para ello, las partes pueden acordar encomendar la organización y administración del arbitraje a OSCE, a cuyo efecto se podrá incorporar la siguiente cláusula tipo:

"Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento especial".

7.3. En caso el convenio arbitral señale que la organización y administración del arbitraje estará a cargo del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE (SNA-OSCE) o de cualquiera de los órganos del OSCE, se entenderá que dicho encargo le corresponde al OSCE.

7.4. Si los contratos a que se hace referencia en el numeral 7.1 no incorporan un convenio arbitral, se considerará incorporado de pleno derecho la cláusula tipo prevista en el numeral 7.2 de la presente directiva; en cuyo caso la organización y administración del arbitraje se encontrará a cargo del OSCE, y se entenderá que las partes aceptan sujetarse a las disposiciones de la presente directiva.

VIII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

8.1 De la organización y administración del arbitraje subsidiario de cuantía menor a cargo del OSCE

8.1.1 Es función del OSCE organizar y administrar arbitrajes subsidiarios de cuantía menor en materia de contrataciones del Estado, en virtud del acuerdo de voluntades o por mandato del ordenamiento jurídico aplicable, y conforme al numeral VII de la presente Directiva.

8.1.2 Principios rectores

Son principios rectores del arbitraje subsidiario de cuantía menor a cargo del OSCE los siguientes:

- a) **Ética.**- Las labores desempeñadas por el OSCE son de absoluta confiabilidad, seriedad y compromiso ético profesional. Los árbitros que aceptan desempeñarse como tales en los procesos regidos por el presente Reglamento se someten al mismo y al Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado aprobado por el OSCE.
- b) **Transparencia.**- Se debe observar las reglas sobre divulgación de información arbitral en materia de contrataciones del Estado. En ese sentido, se debe cumplir con hacer públicos, a través de los mecanismos que prevé la normativa de la materia, el laudo y las solicitudes respecto a éste.
- c) **Eficiencia.**- El desarrollo de cada una de las actividades que se realiza en el OSCE es efectuado con la mayor diligencia y responsabilidad.
- d) **Independencia.**- Los procesos organizados y administrados por el OSCE se encuentran alejados de cualquier clase de injerencia política, personal, corporativa o de cualquier otra índole.
- e) **Imparcialidad.**- El OSCE está comprometido a mantener una postura neutral respecto a las partes en conflicto y a la controversia sometida a arbitraje.
- f) **Celeridad.**- El OSCE tiene el compromiso de cumplir con prontitud la atención de procesos arbitrales a su cargo, aplicando además de manera estricta los plazos establecidos en el presente Reglamento.
- g) **Desempeño técnico.**- El OSCE desempeña sus funciones con criterio técnico, respetando el marco legal y reglamentario aplicable.

8.1.3 Sometimiento institucional

La adopción que hagan las partes, tanto del convenio arbitral tipo, como de cualquier otro convenio arbitral o acuerdo que encomiende la organización y administración del arbitraje al OSCE o a cualquiera de sus órganos, conforme a lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado, determina la aceptación y aplicación de las disposiciones de este Reglamento y la sujeción a las decisiones que emitan los órganos previstos en el mismo.

En los casos antes señalados, se entiende que las partes han aceptado sujetarse al presente Reglamento y a las decisiones que emita la Secretaría Arbitral del OSCE.

8.1.4 Funciones de la Secretaría Arbitral del OSCE

La Secretaría Arbitral es el órgano encargado de organizar, gestionar y administrar los arbitrajes subsidiarios de cuantía menor a cargo del OSCE, de acuerdo a lo establecido en el presente Reglamento y a la normativa de contrataciones del Estado aplicable.

La Secretaría Arbitral tiene las siguientes funciones:

- a) Recibir y tramitar los escritos presentados por las partes, y remitir las notificaciones y comunicaciones a las partes, al Árbitro Único y a todos los que intervengan en el proceso.
- b) Velar por el cumplimiento de este Reglamento y de la normativa de contrataciones del Estado aplicable a los arbitrajes organizados y administrados por el OSCE.
- c) Efectuar las evaluaciones y adoptar las decisiones que le corresponda conforme al presente Reglamento, en la tramitación de los procesos arbitrales.
- d) Calificar el cumplimiento de los requisitos formales de los escritos de demanda, contestación de demanda, reconvencción y/o contestación de reconvencción, efectuando las observaciones que resulten pertinentes. Dicha calificación no desconoce la posibilidad que el Árbitro Único formule las observaciones y requiera las subsanaciones que estime pertinentes respecto a dichos escritos, luego de instalado.
- e) Declarar que corresponde tener por no presentado un escrito de demanda, contestación de demanda, reconvencción y/o contestación de reconvencción en los supuestos previstos en el presente Reglamento.
- f) Declarar el archivo del proceso en los supuestos previstos en el presente Reglamento.
- g) Calificar los escritos de oposición al arbitraje que formulen las partes, verificando el cumplimiento de los requisitos formales correspondientes y dándoles el trámite que corresponda conforme al presente Reglamento.
- h) Emitir Razones de Secretaría de oficio o a pedido del Árbitro Único dentro del proceso arbitral.
- i) Realizar las liquidaciones de los gastos arbitrales cuando corresponda y tomar decisiones, en forma definitiva e inimpugnable, sobre formas y oportunidades de pago, reliquidaciones y devoluciones.
- j) Resolver, en forma definitiva, cualquier cuestionamiento y/o alegación referidos a liquidaciones de gastos arbitrales, formas de pago, reajustes y devoluciones.
- k) Decidir de manera definitiva respecto a la competencia institucional del OSCE.
- l) Realizar las acciones que correspondan para llevar a cabo la designación residual del Árbitro Único en los procesos de cuantía menor a cargo del OSCE.
- m) Las demás que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

8.2 Reglas generales del proceso

8.2.1 Reglamento aplicable

Cuando por mandato del ordenamiento jurídico aplicable o cuando las partes hayan acordado someterse al OSCE para la organización y administración del arbitraje, se entiende que se someten al Reglamento vigente a la fecha de inicio del proceso.

8.2.2 Sede del arbitraje

La sede del arbitraje es el local institucional central del OSCE ubicado en la ciudad de Lima, lugar donde deberán realizarse las audiencias y demás actuaciones arbitrales. Los escritos de las partes y las comunicaciones de los árbitros podrán ser presentados en la sede institucional central del OSCE o en cualquiera de sus Oficinas Desconcentradas a nivel nacional, dentro del horario de atención respectivo.

De manera excepcional y atendiendo a la naturaleza de las actuaciones, el Árbitro Único podrá establecer un lugar diferente para la realización de determinadas audiencias o actuaciones arbitrales, debiendo notificar a las partes con la debida anticipación.

Lo dispuesto en el presente numeral no desconoce la posibilidad de las audiencias puedan ser llevadas a cabo a través de videoconferencia, conforme al literal i) del numeral 8.3.16 del presente Reglamento.

8.2.3 Idioma

El arbitraje se desarrolla en idioma castellano.

Las partes podrán presentar documentos en idioma distinto al que rige el arbitraje, en cuyo caso el Árbitro Único podrá ordenar que estos sean acompañados de una traducción simple, salvo acuerdo o decisión en contrario.

8.2.4 Domicilio

El domicilio es aquel que las partes hubieren señalado expresamente para los fines del arbitraje. Dicho señalamiento surte sus efectos desde su indicación por escrito en el expediente y se presume subsistente, bajo responsabilidad de las partes, mientras no sea comunicado su cambio expresamente y por escrito en el mismo expediente.

Mientras la parte demandada aún no se haya apersonado al proceso ni señalado su domicilio, la parte demandante está en la obligación de proporcionar el domicilio real, residencia habitual o lugar de actividades principales conocido de aquella parte, para efectos del emplazamiento con la demanda y, de ser el caso, para notificar las demás actuaciones arbitrales que correspondan. De no señalarse domicilio alguno o de resultar inviable la notificación del demandado en el domicilio indicado por la demandante, será considerado como domicilio válido para efecto de las notificaciones el que se haya indicado en el contrato.

8.2.5 Notificaciones

La Secretaría Arbitral es la encargada de efectuar las notificaciones o comunicaciones a las partes, terceros y a cualquier otra persona o institución cuya colaboración sea requerida durante el desarrollo del proceso arbitral.

Cualquier notificación u otra comunicación se realiza por escrito, y será entregada personalmente o por correo o por servicio de mensajería. Si la parte interesada lo autoriza expresamente y por escrito, la notificación se efectuará mediante correo electrónico o por cualquier otro medio de telecomunicación que permita tener constancia inequívoca de su remisión.

Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día que haya sido entregada personalmente al destinatario o a su representante, o en que haya sido entregada en el domicilio señalado para los fines del arbitraje o, en su defecto, en cualquier otro domicilio determinado conforme al numeral 8.2.4 del presente Reglamento.

Si la notificación se realiza mediante correo electrónico o por cualquier otro medio de telecomunicación, se entenderá recibida el día de su remisión por la Secretaría Arbitral. La parte interesada es la única responsable de mantener habilitado y en óptimas condiciones de funcionamiento los medios de comunicación que haya señalado para estos fines.

La notificación personal se entenderá con la persona que deba ser notificada o su representante, pero de no hallarse presente cualquiera de los dos en el momento de entregar la notificación, podrá entenderse con la persona que se encuentre en dicho domicilio, dejándose constancia de su nombre y documento de identidad.

Si alguna de las partes se negara a recibir la notificación personal o a dejar constancia de su recepción o a identificarse o no se encontrara en el domicilio, se certificará esta circunstancia dejándose la notificación bajo puerta, y dicha parte se entenderá válidamente notificada.

8.2.6 Plazos

Los plazos comenzarán a computarse desde el día siguiente de producida la notificación.

Los plazos previstos en este Reglamento se computan por días hábiles, salvo que expresamente se señale que son días calendario. Son días inhábiles los días sábados, domingos, feriados oficiales y días declarados no laborables para el sector público y/o privado, así como los feriados locales o regionales declarados por el Poder Ejecutivo. Cuando el vencimiento del plazo se produzca en día inhábil, aquél se prorrogará hasta el primer día hábil siguiente.

Excepcionalmente, el Árbitro Único podrá habilitar, previa notificación a las partes, días inhábiles para llevar a cabo determinadas actuaciones.

8.2.7 Representación y asesoramiento

Las partes podrán comparecer al proceso en forma personal o a través de representantes debidamente acreditados y podrán ser asesoradas por personas de su elección, informando de ello previamente y por escrito en el expediente. Todo cambio de representante o asesor deberá ser oportunamente comunicado por escrito en el expediente.

8.2.8 Presentación de escritos

Todos los escritos deben estar firmados por la parte que los presenta o por su representante. No se requerirá firma de abogado.

De todo escrito, documento, anexo, recaudo y demás información deberá presentarse un original y en tantas copias como partes y árbitros haya en el proceso.

La presentación de todo escrito o documento de las partes deberá realizarse en la sede central del OSCE ubicada en la ciudad de Lima o en cualquiera de sus Oficinas Desconcentradas a nivel nacional, siempre dentro del plazo otorgado para llevar a cabo la actuación arbitral que corresponda.

8.2.9 Reserva

Sin perjuicio de lo señalado en el numeral 8.1.2, el Árbitro Único y todos aquellos que participan en arbitrajes en contrataciones con el Estado deben mantener reserva respecto a las actuaciones arbitrales durante el desarrollo del arbitraje. Una vez concluidas las actuaciones arbitrales, el expediente arbitral es de acceso público, salvo la información y/o documentación expresamente prohibida por ley.

No rige esta reserva en los siguientes supuestos:

- a) Si ambas partes han autorizado expresamente su divulgación o uso.
- b) Cuando sea necesario hacer pública la información por exigencia legal.
- c) En caso de ejecución o de interposición del recurso de anulación de laudo.
- d) Cuando un órgano jurisdiccional o autoridad administrativa, dentro del ámbito de su competencia, solicite información y/o la remisión de actuados a la Secretaría Arbitral o al Árbitro Único.

8.2.10 Renuncia a objetar

Si una parte que conociendo o debiendo conocer que se ha infringido una disposición de este Reglamento o del Árbitro Único, o un acuerdo de las partes, prosigue con el arbitraje

y no objeta su incumplimiento dentro del plazo de tres (03) días, contado desde que conoció o pudo conocer tal circunstancia, se considerará que renuncia a objetar el laudo por tales razones.

8.3 Del Proceso Arbitral

Inicio de las actuaciones arbitrales

8.3.1 Demanda de arbitraje

La parte interesada en iniciar el arbitraje deberá presentar su demanda arbitral ante OSCE, debiendo cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Identificación precisa de las partes, calidad en la que intervienen e indicación del domicilio en el que se llevarán a cabo las notificaciones. De ser el caso, se debe indicar el correo electrónico en donde se efectuarán las notificaciones que deriven del proceso, manifestando expresamente su aceptación a esta forma de notificación, lo cual implica que la misma se llevará a cabo bajo las condiciones establecidas en el numeral 8.2.5.
- b) Presentar la documentación que acredita las facultades de representación, de ser el caso.
- c) Señalar las pretensiones planteadas y precisar el monto de la cuantía total de estas, o declarar que se trata de una cuestión de puro derecho o de cuantía indeterminada, según corresponda.
- d) Descripción cronológica de los hechos que generaron la controversia.
- e) Declarar los fundamentos de derecho que sustenten las pretensiones planteadas.
- f) Ofrecer los medios probatorios que sustentan las pretensiones planteadas, cuando corresponda a criterio de la parte. Al efectuarse el ofrecimiento de medios probatorios de naturaleza documental, deberán adjuntarse los documentos pertinentes debidamente identificados y ordenados. En caso no se presenten estos de esa forma, vencido el plazo de subsanación, se tendrán por no ofrecidos los medios probatorios respectivos.
- g) Sustentar la competencia del OSCE para organizar y administrar el arbitraje, con referencia al convenio arbitral, documento complementario celebrado entre las partes o disposición normativa pertinente, en el que se le encomiende al OSCE dichas funciones, de ser el caso.
- h) Presentar copia del contrato, orden de compra o de servicio que sea materia de controversia de la que se infiera el sometimiento al arbitraje a cargo del OSCE.
- i) Proponer el nombre del Árbitro Único que estará a cargo del proceso.
- j) Cuando se haya emitido y/o ejecutado una medida cautelar por una autoridad judicial, se deberá informar al respecto, adjuntando copia de los actuados correspondientes, de ser el caso.
- k) Presentar el comprobante de pago original que acredite el pago del importe por presentación de demanda.

La Secretaría Arbitral verificará el cumplimiento de los requisitos de la demanda.

Si la demanda cumple con los requisitos, la pondrá en conocimiento de la otra parte.

En el caso que la demanda no cumpla con estos requisitos será observada por la Secretaría Arbitral, debiendo la parte demandante subsanar las observaciones en el plazo de

tres (03) días de notificada. Si no se cumple con subsanar las observaciones dentro del plazo señalado, la demanda será archivada, salvo en los supuestos de los literales f) e i), sin perjuicio del derecho que corresponda a la parte demandante de volver a presentar una nueva demanda.

La decisión emitida sobre el archivo de la demanda es inimpugnable. El archivo de la demanda trae como consecuencia el archivo del proceso arbitral.

Para todos los efectos, el proceso arbitral se considera iniciado en la fecha de la presentación de la demanda ante la Secretaría Arbitral.

8.3.2 Contestación de la demanda

Dentro del plazo de quince (15) días de notificada la demanda por la Secretaría Arbitral, la parte demandada deberá presentar su contestación de demanda cumpliendo con los siguientes requisitos:

- a) Identificación de la parte, calidad en la que interviene e indicación del domicilio donde llevar a cabo las notificaciones.

De ser el caso, se debe indicar el correo electrónico en donde se efectuaran, las notificaciones que deriven del proceso, manifestando expresamente su aceptación a esta forma de notificación, lo cual implica que la misma se llevará a cabo bajo las condiciones establecidas en el numeral 8.2.5.

- b) Presentar la documentación que acredita las facultades de representación, de ser el caso.
- c) Manifestar posición respecto de las pretensiones contenidas en la demanda, así como los hechos y fundamentos de derecho que sustentan la contestación de la demanda.
- d) Ofrecer los medios probatorios, cuando corresponda a criterio de la parte. Al efectuarse el ofrecimiento de medios probatorios de naturaleza documental, deberán adjuntarse los documentos pertinentes debidamente identificados y ordenados. En caso no se presenten estos de esa forma, vencido el plazo de subsanación, se tendrán por no ofrecidos los medios probatorios respectivos.
- e) Manifestar si acepta o no que el Árbitro Único propuesto por la parte demandante se encargue del arbitraje.

Si la contestación de la demanda no es presentada dentro del plazo señalado en el primer párrafo de este numeral, la Secretaría Arbitral la tendrá por no presentada, sin perjuicio de lo que el Árbitro Único pudiera determinar al respecto luego de su instalación.

La contestación de demanda que no cumpla con los requisitos antes señalados será observada por la Secretaría Arbitral, debiendo la parte demandada subsanar dichas observaciones en el plazo de tres (03) días de notificada. Si no se cumple con la respectiva subsanación, la contestación de demanda se tendrá por no presentada, salvo en los supuestos de los incisos d) y e).

8.3.3 Reconvenición y contestación de la reconvenición

La reconvenición sólo podrá interponerse con la contestación a la demanda, debiendo observarse los requisitos establecidos para la demanda señalados en el numeral 8.3.1 del presente Reglamento, en lo que fuera pertinente. Asimismo la contestación a la reconvenición deberá presentarse dentro del plazo de quince (15) días de notificada la reconvenición por la Secretaría Arbitral, debiendo observar los requisitos establecidos para

la contestación de la demanda establecidos en el numeral 8.3.2 de este Reglamento, en lo que fuera pertinente.

Lo establecido en el presente Reglamento para la demanda y para la demanda y para la contestación de demanda son aplicables a la reconvencción y a la contestación de la reconvencción, respectivamente, en lo que resulte pertinente.

8.3.4 Oposiciones al arbitraje

- a) Las oposiciones referidas exclusivamente a la competencia institucional del OSCE deben ser formuladas por la parte demandada dentro del plazo de cinco (05) días de notificada la demanda y serán puestas en conocimiento de la parte demandante, para que en el plazo de cinco (05) días exprese lo que estime conveniente a su derecho, luego de lo cual deberá ser resuelta por la Secretaría Arbitral. Las oposiciones presentadas fuera del plazo señalado serán declaradas de plano improcedentes por la Secretaría Arbitral.

Las decisiones que emita la Secretaría Arbitral respecto a las oposiciones formuladas a la competencia institucional del OSCE son definitivas e inimpugnables.

En caso se declare fundada la oposición, se ordenará que las actuaciones arbitrales se archiven en forma definitiva. En caso se declare infundada la oposición, la parte demandada contará con un plazo de quince (15) días para que conteste la demanda.

- b) Las oposiciones al arbitraje respecto de los alcances, inexistencia, nulidad, anulabilidad, ineficacia o invalidez del convenio arbitral, o cualquier otra cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia o cuestione la competencia de los árbitros o la procedencia de alguna o de todas las pretensiones formuladas en el proceso, o tengan como finalidad impedir la continuación de las actuaciones arbitrales, deben formularse con la contestación de la demanda o con la contestación a la reconvencción, según sea el caso.

El Árbitro Único es el único competente para resolver las oposiciones al arbitraje que no se refieran exclusivamente a la competencia institucional del OSCE.

La Secretaría Arbitral se encarga de calificar las oposiciones formuladas por las partes, a efectos de darles el trámite que corresponda de acuerdo a su naturaleza, resolviéndolas oportunamente o, cuando corresponda, encausándolas ante el Árbitro Único que se conforme para el conocimiento del proceso.

8.3.5 Cuestiones probatorias

Las impugnaciones a los medios probatorios podrán formularse dentro de los cinco (05) días de haber sido notificado el escrito que contiene su ofrecimiento.

Formulada la impugnación, ésta será puesta en conocimiento de la contraparte a fin de que manifieste lo conveniente a su derecho dentro del plazo de cinco (05) días de notificada.

Las impugnaciones a los medios probatorios son resueltas en la Audiencia Única.

8.3.6 Parte renuente

Si una de las partes rehúsa o se abstiene de participar en el arbitraje, no presenta la contestación de demanda, no contesta la reconvencción, no comparece a las audiencias, no presenta pruebas, no cumple con absolver los requerimientos que le corresponde, o deja de ejercer sus derechos en la oportunidad y dentro de los plazos respectivos, el Árbitro Único podrá continuar con las actuaciones del proceso y dictar el laudo con fundamento en las pruebas que tenga a su disposición.

Sin perjuicio de lo antes señalado, la parte renuente puede apersonarse en cualquier momento del proceso, sujetándose a las resoluciones y actuaciones arbitrales en el estado en que se encuentren.

Las absoluciones a los requerimientos formulados por el Árbitro Único o por la Secretaría Arbitral que las partes realicen en forma extemporánea podrán ser admitidas y apreciadas por este último, a su entera discreción.

8.3.7 Acumulación de Pretensiones

Cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia relativa al mismo contrato, cualquiera de las partes puede pedir al Árbitro Único la acumulación de las pretensiones al arbitraje iniciado.

En atención a lo dispuesto en el numeral 45.8 del artículo 45 de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, cuando la Secretaría Arbitral advierta que se ha presentado una demanda relativa a un contrato respecto del cual ya existe un arbitraje en curso regido por el presente Reglamento y seguido entre las mismas partes, debe informar de esta situación al demandante y al Árbitro Único a fin que la parte demandante solicite la acumulación de sus pretensiones, en un plazo máximo de tres (03) días, al primer arbitraje en curso, siempre que no haya concluido la etapa probatoria.

En el caso señalado en el párrafo precedente, el Árbitro Único decidirá si acumula las pretensiones formuladas, mediante resolución fundamentada.

Si decide acumular las pretensiones, el Árbitro Único otorgará un plazo de quince (15) días para que la otra parte presente su contestación a las nuevas pretensiones, plazo dentro del cual podrá también formular las oposiciones y/o excepciones que estimara pertinentes respecto a dichas pretensiones.

Asimismo, dicha parte podrá formular las cuestiones probatorias correspondientes dentro del plazo de cinco (05) días de realizada la notificación, aplicándose, en lo que resulte pertinente las reglas previstas en el numeral 8.3.5 del presente Reglamento.

En caso se genere una variación en la cuantía de la controversia, la Secretaría Arbitral determinará el reajuste respectivo.

8.3.8 Formación y custodia del expediente arbitral

La Secretaría Arbitral tendrá a su cargo la formación y custodia del expediente arbitral, debiendo las actuaciones arbitrales obrar en sus archivos.

Para proceder con el archivo del expediente arbitral se deberá contar con la conformidad de todas las piezas procesales, para lo cual el Árbitro Único verificará que se hayan firmado todas las resoluciones y demás documentos pertinentes que obren en dicho expediente; luego de lo cual solicitará a la Secretaría Arbitral proceda con el archivo definitivo del mismo. El Árbitro Único es el exclusivo responsable por el cumplimiento de la presente regla, cuya contravención constituye infracción a la debida conducta procedimental.

En caso de desconcentración de las funciones del OSCE, la formación y custodia del expediente estará a cargo de las oficinas correspondientes y bajo la supervisión de la Secretaría Arbitral, de conformidad con los requisitos, exigencias y sanciones que se establezcan en la respectiva Directiva.

Árbitro

8.3.9 Árbitro Único y competencia

Los conflictos serán resueltos por un Árbitro Único, el cual tiene plenas atribuciones para decidir acerca de su propia competencia.

El Árbitro Único debe ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y transparencia, en cumplimiento de los principios rectores del arbitraje subsidiario y de lo dispuesto en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado del OSCE.

La aceptación obliga al Árbitro Único a cumplir con el encargo, incurriendo si no lo hicieren en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable.

8.3.10 Designación del Árbitro Único

Si de los escritos de demanda, de contestación de demanda o de los demás documentos presentados al proceso se advierte la falta de acuerdo o duda respecto a la persona que se desempeñará como Árbitro Único, la Secretaría Arbitral otorgará un plazo de tres (03) días a las partes para que designen al Árbitro Único y lo comuniquen.

Es función de la Secretaría Arbitral comunicar al Árbitro Único su respectiva designación, siendo inválida cualquier comunicación que incumpla esta disposición.

Al comunicar la designación la Secretaría Arbitral indicará las partes en controversia, sus representantes, abogados, la materia controvertida, cuantía y remitirá una liquidación preliminar de los honorarios profesionales según la Tabla de Gastos Arbitrales aplicable a los arbitrajes organizados y administrados por el OSCE; adjuntando los documentos que sustenten las actuaciones arbitrales realizadas.

El Árbitro Único designado tendrá un plazo de cinco (05) días para comunicar a la Secretaría Arbitral su aceptación, desde que la designación les sea comunicada por ésta.

Se entiende que el Árbitro Único queda válidamente constituido desde que la respectiva aceptación es comunicada a la Secretaría Arbitral dentro de los plazos establecidos en el presente Reglamento.

8.3.11 Designación por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Es atribución de la Presidencia Ejecutiva del OSCE o quien haga sus veces realizar la designación, por defecto de las partes o a solicitud de éstas, del Árbitro Único competente para resolver las controversias sometidas a arbitraje subsidiario de cuantía menor a cargo del OSCE.

La Secretaría Arbitral propondrá la designación cuando, habiendo sido superados los plazos establecidos en el presente Reglamento para tal efecto, las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre la designación del Árbitro Único o cuando las partes hubieran solicitado al OSCE que se encargue de la respectiva designación.

8.3.12 Aceptación y Deber de revelación

En un plazo no mayor de cinco (05) días de notificada la designación por la Secretaría Arbitral, el Árbitro Único nombrado pondrá en conocimiento de ésta su aceptación o inhibición al encargo.

La aceptación del encargo implica el compromiso del árbitro de llevar a cabo el proceso arbitral de acuerdo a las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, del presente Reglamento, del Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado aprobado por OSCE y demás directivas complementarias; asimismo, implica su conformidad con la liquidación preliminar de honorarios profesionales emitida por la Secretaría Arbitral.

Con la aceptación del cargo, el árbitro deberá revelar cualquier circunstancia que pueda generar dudas justificadas y/o razonables sobre su imparcialidad o independencia, debiendo adjuntar para ello la Declaración Jurada respectiva, según el formato elaborado por la Secretaría Arbitral.

El Árbitro Único mantiene la obligación de revelar, en cualquier estado del proceso y sin demora, toda circunstancia sobreviniente que pueda generar dudas justificadas y/o razonables sobre su imparcialidad y/o independencia.

Si las partes no manifiestan su disconformidad respecto a las circunstancias reveladas por el Árbitro Único dentro del plazo de cinco (05) días de conocidas, se entenderá que las mismas han sido dispensadas, caso en el cual no procederá recusación por dichos motivos.

Si el Árbitro Único designado no comunica a la Secretaría Arbitral su aceptación o inhibición al encargo dentro del plazo señalado en el primer párrafo del presente numeral, se entenderá que no acepta la designación efectuada. Del mismo modo, si el Árbitro Único comunica fuera de plazo su aceptación, ésta se tendrá por no presentada.

En los supuestos señalados en el párrafo anterior, tratándose de Árbitro Único designado por las partes, se otorgará a éstas un plazo de cinco (05) días para que designen un nuevo árbitro y lo informen a la Secretaría Arbitral. Tratándose de Árbitro Único designado por la Presidencia Ejecutiva del OSCE se procederá a la designación de un nuevo árbitro previa solicitud y propuesta de la Secretaría Arbitral.

8.3.13 Inhibición y dispensa

Si el árbitro nombrado se inhibe del cargo dentro del plazo de cinco (05) días de haberse comunicado su designación, tratándose de Árbitro Único designado por las partes, se otorgará a éstas un plazo de cinco (05) días de comunicada la inhibición, para que designen un nuevo árbitro. Tratándose de árbitro designado por la Presidencia Ejecutiva del OSCE se procederá a la designación de un nuevo árbitro previa solicitud y propuesta de la Secretaría Arbitral.

Si el árbitro, antes de manifestar su aceptación y dentro del plazo para hacerlo, revela circunstancias que pudieran dar lugar a una posible recusación, las partes tendrán un plazo de cinco (05) días para manifestar la dispensa o los cuestionamientos que estimen pertinentes al respecto. Vencido dicho plazo sin que las partes hayan manifestado lo que consideraban pertinente, se entenderá que las circunstancias reveladas han sido dispensadas.

La dispensa brindada por las partes o la que opera por el vencimiento del plazo señalado en el párrafo precedente impide que las circunstancias reveladas sean materia de recusación.

Producida la dispensa o vencido el plazo antes aludido sin que las partes hayan manifestado lo que estimaran pertinente respecto a las circunstancias reveladas por el árbitro, corresponderá a este último comunicar su aceptación al encargo dentro de los cinco (05) días de que Secretaría Arbitral le comunique lo señalado por las partes o el vencimiento del plazo. De no manifestar su aceptación dentro del plazo otorgado, se entenderá que el árbitro no acepta la designación, debiéndose nombrar a un nuevo árbitro, aplicándose para tal efecto lo dispuesto en el primer párrafo del presente numeral.

Si alguna o ambas partes, dentro del plazo de cinco (05) días de notificados, no dispensan las circunstancias reveladas por el árbitro, éste no podrá aceptar el encargo, debiendo designarse a un nuevo árbitro, aplicándose para tal efecto lo dispuesto en el primer párrafo del presente numeral.

8.3.14 Recusación

Las partes podrán formular recusación contra el Árbitro Único dentro del plazo de cinco (05) días de haber sido notificadas con la comunicación de éste, o desde el momento en

que tomaron conocimiento de los hechos que configuran la causal sobreviniente, debiendo sustentarse con las pruebas correspondientes y particularmente, acreditarse la forma, fecha y circunstancias en que se tomó conocimiento de la causal.

Las recusaciones formuladas luego de transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior serán declaradas improcedentes. Asimismo, una vez notificadas ambas partes con el plazo para laudar es improcedente cualquier tipo de recusación. No procede recusación basada en las decisiones del Árbitro Único emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.

La recusación deberá ser formulada ante la Secretaría Arbitral, quien la pondrá en conocimiento del árbitro recusado y de la otra parte, para que en un plazo de cinco (05) días expresen lo que estimen conveniente al respecto.

El árbitro recusado puede formular sus descargos, los cuales serán puestos en conocimiento de la otra parte, la cual puede convenir o no en la recusación.

Si el árbitro renuncia o la otra parte conviene en la recusación, se procederá a la designación del árbitro sustituto en la misma forma que se designó al árbitro recusado.

Si el árbitro recusado formula o no sus descargos, y si la otra parte no conviene en la recusación, la Secretaría Arbitral llevará a cabo las acciones que correspondan para elevar un informe a la Presidencia Ejecutiva del OSCE quien resolverá la recusación en forma definitiva mediante Resolución motivada, la misma que es inimpugnable. Cuando la recusación sea declarada fundada, la Presidencia Ejecutiva del OSCE procederá a designar al árbitro sustituto previa solicitud y propuesta de la Secretaría Arbitral.

El trámite de recusación interrumpe el desarrollo del arbitraje.

8.3.15 Sustitución del Árbitro Único

El Árbitro Único debe ser sustituido en los siguientes casos:

- a) Por mutuo acuerdo de las partes y antes de la notificación de la decisión que fija el plazo para laudar, comunicando y acreditando a la Secretaría Arbitral dicho acuerdo.
- b) Por declararse fundada una recusación en su contra.
- c) Por inasistencia a dos oportunidades a la Audiencia Única, a pedido de cualquiera de las partes.
- d) Por renuncia expresa, presentada ante la Secretaría Arbitral.
- e) Por fallecimiento.
- f) Por incurrir en alguna de las causales de impedimento para ser árbitro previstas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Salvo el supuesto previsto en el literal b), para la designación del árbitro sustituto se seguirá el mecanismo empleado para la designación del árbitro sustituido. El proceso arbitral queda suspendido hasta que el nuevo Árbitro Único acepte su designación, sin perjuicio de las actuaciones que la Secretaría Arbitral lleve a cabo para lograr dicha aceptación.

Cuando se cuente con la aceptación del Árbitro Único sustituto, éste decidirá si habrán de repetirse o no determinadas actuaciones arbitrales y estará facultado para dejar sin efecto el plazo para laudar, de ser el caso.

En los casos que corresponda a las partes designar al árbitro sustituto, éstas deberán comunicar dicho nombramiento a la Secretaría Arbitral dentro de los cinco (5) días de haber sido notificados para llevar a cabo la designación. De no hacerlo dentro de dicho plazo, la

designación será efectuada conforme al procedimiento previsto en el numeral 8.3.11 del presente Reglamento.

Audiencia Única

8.3.16 Objetivo de la Audiencia Única

Constituido el Árbitro Único y vencido el plazo para formular recusación, la Secretaría Arbitral procederá a citar a las partes a la Audiencia Única, siempre que se haya efectuado el pago íntegro de los gastos arbitrales.

La Audiencia Única tiene los siguientes objetivos:

- a) Instalar al Árbitro Único, así como permitir a las partes ratificar sus domicilios para efectos de la notificación y la normatividad aplicable al proceso arbitral.
- b) Otorgar un plazo a la Entidad para que registre en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) los nombres y apellidos completos del árbitro único, así como del secretario arbitral, de ser el caso.
- c) Invitar a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio. En caso de lograrse, total o parcialmente, se dejará constancia de ello en el Acta.
- d) Resolver las oposiciones al arbitraje, objeciones a la competencia, excepciones o cualquier otro aspecto que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales. En caso el Árbitro Único las declare fundadas, se dispondrá el archivo del proceso arbitral, debiendo la Secretaría Arbitral realizar en fecha posterior la liquidación de los gastos arbitrales conforme al estado del proceso.
- e) De no lograrse una conciliación total, determinar los puntos controvertidos que deberán resolverse en el laudo.
- f) Admitir o rechazar los medios probatorios ofrecidos por las partes, y pronunciarse sobre las impugnaciones formuladas contra éstos y sobre su actuación, de ser el caso.
- g) Actuar los medios probatorios admitidos, salvo que el Árbitro Único considere necesario llevar a cabo sesiones adicionales para la actuación de medios probatorios de oficio o de pruebas que requieran un plazo especial, para lo cual podrá suspender la audiencia por un plazo no mayor de diez (10) días.
- h) Presentar oralmente las conclusiones que tengan las partes.
- i) Desde el momento de haber sido notificada con la citación a la Audiencia Única, ninguna de las partes puede modificar ni ampliar su demanda, contestación de demanda, reconvencción o contestación de reconvencción, según sea el caso; sin perjuicio de los establecido en el numeral 8.3.7 del presente Reglamento

8.3.17 Reglas aplicables a la Audiencia Única

Para el desarrollo de la Audiencia Única se observará lo siguiente:

- a) Se realizará con la presencia del Árbitro Único, siendo necesaria también la participación del representante de la Secretaría Arbitral, debiendo dejar constancia de ello con su firma en el acta correspondiente.
- b) El desarrollo de la Audiencia constará en un Acta, documento que será suscrito por el Árbitro Único, por las partes asistentes y sus representantes, participantes autorizados por el Árbitro Único y por el representante de la Secretaría Arbitral.

- c) La inasistencia de una de las partes no impide la realización de la Audiencia; sin embargo, si ambas partes dejan de asistir, la Secretaría Arbitral citará a una nueva audiencia, y si en esta oportunidad no concurren ambas partes dispondrá el archivo de las actuaciones arbitrales.
- d) Las partes concurrirán a la Audiencia Única con los testigos y peritos que hubieran ofrecido para la actuación respectiva, de ser esta posible.
- e) Si una o ambas partes no concurren a la segunda o sucesivas sesiones de la Audiencia Única convocadas conforme a lo dispuesto en el literal g) del numeral 8.3.17 del presente Reglamento, el Árbitro Único podrá continuar con ésta.
- f) Culminada la Audiencia, el Árbitro Único procederá, en dicho acto, a declarar la conclusión de la etapa probatoria.
- g) Las partes asistentes a la audiencia se consideran notificadas en el mismo acto de las decisiones que se hayan dictado en ella.
- h) En la medida que la infraestructura y el soporte tecnológico disponible lo permita, la Audiencia Única podrá realizarse de manera virtual. Su planificación, organización y el establecimiento de las disposiciones que sean pertinentes para su efectivo desarrollo y debida documentación se encontrará a cargo de la Secretaría Arbitral.

8.3.18 Facultades probatorias del Árbitro Único

El Árbitro Único tiene facultades para determinar de manera exclusiva la admisibilidad, pertinencia y valor de los medios probatorios, para cuyos efectos podrá, entre otras acciones:

- a) Disponer las reglas para la designación de peritos, la actuación de las declaraciones de parte, declaraciones testimoniales, pericias, inspecciones y demás medios probatorios.
- b) Ordenar de oficio, en cualquier etapa del proceso, la actuación de medios probatorios que estime necesarios y que incluso no hayan sido ofrecidos por las partes.
- c) Prescindir motivadamente de los medios probatorios ofrecidos y no actuados.
- d) Solicitar a las partes aclaraciones o información respecto de los medios probatorios en cualquier etapa del proceso arbitral, en relación con cualquier asunto que considere relevante para la formación de criterio.

8.3.19 Costos de los medios probatorios

El costo que irroque la actuación de los medios probatorios será íntegramente asumido por la parte que solicitó su actuación, bajo apercibimiento de tenerla por desistida, sin perjuicio de lo que se resuelva en materia de costos en el laudo.

En el caso de medios probatorios ordenados de oficio, los gastos serán asumidos por ambas partes en proporciones iguales, sin perjuicio de lo que se resuelva al respecto en el laudo.

Antes de proceder a la actuación de cualquier medio probatorio de oficio, las partes deben abonar, de ser el caso, el importe fijado por el Árbitro Único que sea suficiente para cubrir los gastos correspondientes.

Ante el incumplimiento de una parte en asumir los gastos determinados por el Árbitro Único, se facultará a la otra para asumir el pago. En caso que ambas partes no cumplan con realizar el pago requerido dentro del plazo otorgado, el Árbitro Único podrá prescindir de la actuación del medio probatorio ordenado de oficio o suspender el proceso por un

plazo no mayor a veinte (20) días bajo apercibimiento de archivo del proceso, de acuerdo a las circunstancias del caso.

8.3.20 Alegatos

Las partes podrán presentar sus alegatos escritos dentro de los tres (3) días siguientes de concluida la Audiencia Única. No requerirán resolución ni requerimiento a estos efectos. Después de esta fecha, las partes no podrán presentar ningún escrito, alegación, prueba ni documento similar, salvo requerimiento o autorización expresa del árbitro.

Laudo

8.3.21 Plazo para laudar

Una vez presentados los alegatos o de vencido el plazo otorgado para presentarlos, el Árbitro Único expedirá la resolución que fija el plazo para laudar, que no podrá exceder de veinte (20) días, sin posibilidad de prórroga.

8.3.22 Condiciones para laudar

El Árbitro Único decidirá las controversias en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios.

Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la Ley de Contrataciones del Estado y de 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.

8.3.23 Contenido del laudo

El laudo expedido por el Árbitro Único debe ser motivado y tener, como mínimo, la siguiente estructura y contenido:

- a) Una parte expositiva, en la que se indiquen los antecedentes, un resumen de las alegaciones y posiciones de las partes y la determinación de los puntos controvertidos.
- b) Una parte considerativa, en la que se desarrolla el análisis de cada uno de los puntos controvertidos, la evaluación y valoración de los medios probatorios en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las pretensiones y defensas de las partes.
- c) Una parte resolutive, en la que se expone la decisión del Árbitro Único respecto de cada uno de los puntos controvertidos y donde se detallará, en forma expresa, clara y precisa, de ser el caso, lo que las partes deben hacer o dejar de hacer para cumplir con lo dispuesto en el laudo. Asimismo, el Árbitro Único deberá pronunciarse sobre la distribución de los costos arbitrales.
- d) En caso que el laudo declare fundada o fundada en parte una pretensión de naturaleza dineraria, deberá además expresarse en forma precisa e indubitable los conceptos y montos reconocidos, así como el obligado a cumplir con lo dispuesto por el Árbitro Único y todos aquellos aspectos que resulten necesarios para su debida ejecución. En el caso de sumas liquidables deberá establecerse con claridad y precisión los parámetros, criterios, referencias y todas las condiciones objetivas necesarias para proceder con la respectiva liquidación.

Cuando se resuelva sobre intereses, se deberá establecer la fecha de inicio de su cómputo, el obligado al pago y cualquier otro aspecto que resulte necesario para su debida determinación y posterior ejecución.

El Árbitro Único se pronunciará en el laudo respecto a la distribución de los gastos del arbitraje, y establecerá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas, teniendo presente, de haberse previsto, lo pactado en el convenio arbitral; caso contrario, decidirá a su entera discreción quién y en qué montos deben ser asumidos.

El laudo deberá constar por escrito y estar firmado por el Árbitro Único, el mismo que será remitido a la Secretaría Arbitral dentro del plazo para su emisión en un número de ejemplares suficiente para anexarlo al expediente y notificar a cada una de las partes. Junto a los ejemplares aludidos se deberá remitir la "Carátula del Laudo" (Anexo I del presente Reglamento), consignando la información allí requerida.

8.3.24 Notificación del laudo

El laudo será notificado personalmente a las partes y a través del SEACE. La notificación se tiene por efectuada desde ocurrido el último acto.

El Árbitro Único deberá remitir el laudo a la Secretaría Arbitral dentro del plazo fijado para su emisión. La Secretaría Arbitral lo notificará personalmente a las partes dentro del plazo de siete (07) días de recibido, de acuerdo a lo establecido en el numeral 8.2.5 del presente Reglamento.

Es responsabilidad del Árbitro Único registrar correctamente el laudo en el SEACE dentro del plazo de siete (07) días de emitido. El no hacerlo constituye infracción al principio de Transparencia.

8.3.25 Rectificación, Interpretación, Integración y Exclusión del laudo

Dentro del plazo de cinco (05) días de notificado el laudo bajo las formalidades previstas en la normativa de Contrataciones del Estado aplicable y en el presente Reglamento, las partes podrán solicitar al Árbitro Único la rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo que consideren convenientes.

En estos casos, el Árbitro Único pondrá en conocimiento de la otra parte la solicitud respectiva y le otorgará un plazo de cinco (05) días a fin de que manifieste lo que estime conveniente, luego de lo cual, con o sin su absolución y vencido dicho plazo, el Árbitro Único resolverá la solicitud interpuesta dentro de los diez (10) días siguientes.

El Árbitro Único podrá proceder a la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo a iniciativa propia, dentro de los diez (10) días siguientes de haberse notificado el laudo a ambas partes.

La rectificación, interpretación, integración y exclusión resueltas por el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral de oficio o a pedido de parte forman parte del laudo, no procediendo contra estas decisiones impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación.

Para la notificación de la decisión del Árbitro Único sobre la rectificación, interpretación, integración y exclusión se aplicarán las mismas reglas y formalidades establecidas para la notificación del laudo previstas en el numeral 8.3.24.

Para estos efectos, el Árbitro Único deberá remitir su pronunciamiento a la Secretaría Arbitral dentro del plazo fijado para la emisión del mismo. La Secretaría Arbitral notificará la decisión a las partes dentro del plazo de siete (07) días de recibido, de acuerdo a lo establecido en el numeral 8.2.5 del presente Reglamento.

Es responsabilidad del Árbitro Único registrar correctamente en el SEACE su pronunciamiento respecto a las solicitudes de rectificación, interpretación, integración y exclusión

dentro del plazo de siete (07) días de emitido. El no hacerlo constituye infracción al principio de Transparencia.

Si el Árbitro Único no se pronuncia acerca de la rectificación, interpretación, integración y exclusión formuladas dentro del plazo establecido en el presente Reglamento, se considerará que la solicitud ha sido denegada. No surtirá efecto cualquier decisión sobre rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo que sea notificada fuera de plazo.

8.3.26 Efectos del laudo

El laudo arbitral es definitivo, inapelable y tiene valor de cosa juzgada. Es eficaz y de obligatorio cumplimiento para las partes desde su notificación.

Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo en la forma y en el plazo que en él se establece, o en su defecto dentro del plazo de quince (15) días de notificado con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del mismo, cuando corresponda; la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente o al Árbitro Único, según sea el caso.

8.3.27 Ejecución arbitral del laudo

El Árbitro Único se encuentra facultado para ejecutar sus propios laudos, siempre que la parte interesada lo solicite y no se requiera la asistencia de la fuerza pública.

Si el Árbitro Único considera necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública, declarándolo así motivadamente, cesará en sus funciones, quedando expedito el derecho de la parte a recurrir a la autoridad judicial a efectos de la ejecución.

Suspensión y conclusión anticipada del proceso

8.3.28 Suspensión del proceso

Las partes de común acuerdo podrán decidir la suspensión del proceso arbitral por un plazo determinado, lo cual deberá ser informado a la Secretaría Arbitral o al Árbitro Único por escrito, según el estado del proceso. Una vez vencido el plazo de suspensión, la Secretaría Arbitral o el Árbitro Único, según sea el caso, continuará con las actuaciones arbitrales respectivas.

8.3.29 Conclusión del proceso por común acuerdo de las partes

Durante el desarrollo del proceso y antes de que se haya notificado el laudo que resuelve definitivamente la controversia, las partes de común acuerdo podrán dar por concluido el arbitraje, lo que deberá ser comunicado por escrito a la Secretaría Arbitral o al Árbitro Único, según el estado del proceso. Dicha comunicación deberá ser formalizada por un escrito conjunto presentado por las partes.

8.3.30 Desistimiento del proceso arbitral

Antes de la emisión del laudo, cualquiera de las partes puede desistirse del proceso, lo cual deberá ser puesto en conocimiento de la otra parte para que en un plazo de tres (03) días manifieste lo que estime pertinente al respecto. Para que se produzca el desistimiento del proceso será necesario contar con la expresa aprobación de la parte que no lo solicita; caso contrario, se continuará con su desarrollo.

El desistimiento del proceso trae como consecuencia la conclusión del mismo sin afectar las pretensiones, sin perjuicio de la aplicación de los plazos de caducidad correspondientes.

Antes de constituido el Árbitro Único, la parte comunica su desistimiento del proceso a la Secretaría Arbitral. Luego de su constitución, la petición se dirige al Árbitro Único.

8.3.31 Desistimiento de pretensiones

Antes que se lleve a cabo la Audiencia Única o durante su desarrollo, una parte puede desistirse de una o más de sus pretensiones formuladas en la demanda o en la reconvencción, según sea el caso. Este desistimiento no requiere la conformidad de la contraparte.

El proceso continuará respecto a las pretensiones no comprendidas en el desistimiento.

8.3.32 Conciliación o transacción

El Árbitro Único se encuentra facultado para promover la conciliación entre las partes en cualquier momento durante el desarrollo del arbitraje.

Si las partes concilian o transan sus pretensiones antes de la expedición del laudo que resuelve definitivamente la controversia, el Árbitro Único dará por concluido el proceso. Si la conciliación o transacción es parcial, el proceso continuará respecto de las demás pretensiones.

Adicionalmente, cualquiera de las partes puede solicitar al Árbitro Único que la conciliación o transacción se registre en forma de laudo, pedido que puede ser denegado de manera fundamentada.

Otras actuaciones arbitrales

8.3.33 Reconsideración

Contra las decisiones emitidas por el Árbitro Único distintas al laudo sólo procede la reconsideración dentro de los tres (03) días siguientes de notificada la decisión que se impugna.

Constituye requisito para plantear la reconsideración contra decisiones adoptadas durante la Audiencia Única en que la parte estuvo presente, el haber manifestado expresamente y dejado constancia en el acta respectiva que se haría ejercicio de la reconsideración, la cual debe ser fundamentada en el plazo de tres (03) días siguientes. De no presentarse tal fundamentación en el plazo indicado se tendrá por no formulada la reconsideración. De no haberse acudido a la audiencia, el plazo para formular la reconsideración se iniciará desde que la parte recurrente tomó conocimiento del acta respectiva.

La reconsideración no suspende la ejecución de la decisión impugnada, salvo disposición distinta y motivada del Árbitro Único. La decisión que resuelve la reconsideración es definitiva e inimpugnable.

La reconsideración formulada será puesta en conocimiento de la otra parte por el plazo de tres (03) días para que exprese lo que estime conveniente, luego de lo cual el Árbitro Único resolverá dentro de los cinco (05) días siguientes; salvo que decida resolverlo de plano dentro de los cinco (05) días siguientes de su interposición.

8.3.34 Medidas Cautelares

Una vez constituido el Árbitro Único, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia de laudo, debiendo exigir una garantía adecuada para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que la ejecución de la medida pudiera ocasionar.

El Árbitro Único, antes de resolver una petición cautelar, pondrá la solicitud en conocimiento de la otra parte para que en un plazo de tres (03) días pueda manifestar lo con-

veniente a su derecho. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión.

Constituido el Árbitro Único, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial que hubiera emitido una medida cautelar antes del inicio del proceso arbitral este hecho y pedir la remisión del expediente del proceso cautelar al árbitro.

El Árbitro Único se encuentra facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado, así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el Árbitro Único ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes.

El Árbitro Único tiene facultades para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.

En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada podrá recurrir directamente a la autoridad judicial competente

8.4 Gastos Arbitrales y Reglas de Pago

8.4.1 Gastos Arbitrales

Los gastos arbitrales comprenden los honorarios del Árbitro Único y los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral, los cuales serán calculados conforme a lo establecido en la Tabla de Gastos Arbitrales aplicable a los arbitrajes organizados y administrados por el OSCE vigente en la fecha de inicio del arbitraje.

El pago por concepto de presentación de demanda no es reembolsable.

El monto de los gastos arbitrales se expresa en soles. Cuando la cuantía de la controversia se encuentre expresada en una moneda distinta a la señalada, la Secretaría Arbitral procederá a efectuar la conversión correspondiente, aplicando el tipo de cambio de venta vigente en la fecha de presentación de la demanda que publica diariamente la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP o la entidad que la sustituya o asuma sus funciones.

8.4.2 Liquidación de Gastos Arbitrales

La Secretaría Arbitral, vencidos los plazos para la interposición de la demanda y su contestación y en su caso, la reconvencción y su contestación, liquidará los honorarios del Árbitro Único y los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral.

Por regla general, los gastos arbitrales deberán ser pagados en proporciones iguales por las partes en un solo anticipo antes de llevarse a cabo la Audiencia Única, conforme a lo señalado en la liquidación respectiva.

Las decisiones de la Secretaría Arbitral respecto a la liquidación o reliquidación de gastos arbitrales, así como de las formas y oportunidades de pago, son de carácter definitivo e inimpugnable.

8.4.3 Liquidaciones especiales

La Secretaría Arbitral cuenta con atribuciones para realizar liquidaciones de los gastos arbitrales por separado para las partes, en función a la calidad y cuantía de las pretensiones reclamadas por cada una de ellas.

La Secretaría Arbitral se encuentra también facultada para liquidar los gastos arbitrales en los supuestos de conclusión anticipada de los procesos arbitrales, pudiendo tomar en cuenta el estado del mismo al momento de su conclusión así como la Directiva que regula la Tabla de Gastos Arbitrales aplicable a los arbitrajes organizados y administrados por el OSCE, de considerarlo conveniente.

8.4.4 Reglas de Pago

Las partes deben pagar los montos señalados en la liquidación en un plazo de cinco (05) días de notificados con las mismas, siendo este un requisito previo para la citación y actuación de la Audiencia Única.

Si vencido el plazo establecido en el párrafo precedente una de las partes o ninguna de ellas no hubiera efectuado el pago que le corresponde, la Secretaría Arbitral otorgará un plazo adicional de cinco (05) días para que la parte interesada asuma el monto íntegro de los gastos arbitrales que le corresponda a la otra parte o asuma el pago íntegro del anticipo que corresponda a ambas partes, de ser el caso, con cargo a los gastos que se fijarán en el laudo arbitral más sus respectivos intereses. Tratándose de liquidaciones separadas, corresponderá otorgar a la parte interesada el plazo de cinco (05) días para cancelar el monto íntegro de los gastos arbitrales que le corresponde asumir por la demanda o la reconvencción planteada.

Si vencido el plazo previsto en el párrafo anterior, las partes o la parte interesada en el arbitraje no cumplieran con asumir el íntegro de los gastos arbitrales señalados en la liquidación, la Secretaría Arbitral dispondrá el archivo de las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de los alcances y efectos del convenio arbitral. En el caso de liquidaciones separadas, si vencido el plazo previsto en el párrafo anterior, la parte interesada no hubiera cumplido con cancelar el monto de los gastos arbitrales que le corresponde asumir por la demanda o la reconvencción planteada, la demanda o reconvencción que no haya sido íntegramente cubierta se considerará retirada, sin perjuicio de los alcances y efectos del convenio arbitral, continuándose el proceso con la demanda o reconvencción cuyos gastos arbitrales hayan sido cancelados en forma íntegra.

Las reglas de pago descritas en los párrafos precedentes se aplicarán para realizar el pago de los demás anticipos que pudieran establecerse en las liquidaciones de gastos arbitrales o en sus reajustes que correspondan, de ser el caso.

8.4.5 Devolución de gastos arbitrales

En el supuesto de sustitución del Árbitro Único por inasistencia en dos oportunidades a la Audiencia Única, el árbitro sustituido deberá devolver el íntegro de lo pagado por concepto de sus honorarios profesionales, a solicitud de parte.

El Árbitro Único contará con un plazo de cinco (05) días para efectuar la devolución directamente a las partes desde que les es comunicada la Resolución de Devolución de Honorarios Arbitrales emitida por el Director de Arbitraje del OSCE.

En los supuestos de renuncia, recusación declarada fundada, sustitución de árbitro por mutuo acuerdo de las partes, por incurrir en alguna de las causales de impedimento para ser árbitro previstas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y de conclusión anticipada del proceso, procederá la devolución de los honorarios arbitrales a solicitud de parte, debiendo la Secretaría Arbitral liquidar el monto a devolver tomando en cuenta el estado del proceso al momento de su conclusión y las circunstancias particulares del caso. Los árbitros contarán con un plazo de cinco (05) días para efectuar



la devolución directamente a las partes desde que les es comunicada la Resolución de Devolución de Honorarios Arbitrales emitida por el Director de Arbitraje del OSCE.

La Resolución de Devolución de Honorarios Arbitrales emitida por el Director de Arbitraje del OSCE es inimpugnable y constituye título ejecutivo.

La Secretaría Arbitral no cuenta con facultades para exigir al árbitro sustituido la devolución de honorarios arbitrales, ni para recibir de éste el monto correspondiente a la devolución aludida.

8.5 Conservación del expediente

El expediente será conservado por la Secretaría Arbitral, sin perjuicio de lo establecido en el numeral 8.2.9 del presente Reglamento.

Dentro del plazo de dos (2) años contados desde la emisión del laudo o la emisión de la decisión que resuelve las solicitudes de rectificación, interpretación integración o exclusión, de ser el caso, o de la decisión de archivo del proceso, las partes podrán solicitar a la Secretaría Arbitral la devolución de los documentos originales que formaron parte del expediente arbitral, siempre que se sustituyan con copias certificadas notarialmente o autenticadas por el personal del OSCE o de la Secretaría Arbitral con el costo que ello irrogue.

8.6 Reglas complementarias

En caso de deficiencia o vacío de las disposiciones de este Reglamento, será de aplicación supletoria la legislación especializada sobre arbitraje vigente al momento del inicio del proceso, y siempre que no contravenga las disposiciones previstas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Sin perjuicio de lo antes señalado, el Árbitro Único, en armonía con los principios rectores del arbitraje subsidiario de cuantía menor a cargo del OSCE y dentro del marco normativo de las contrataciones del Estado, se encuentra facultado en todo momento para dictar las reglas complementarias que sean necesarias para el eficiente desenvolvimiento del proceso, velando porque el mismo se desarrolle bajo los principios de igualdad y buena fe, economía procesal, concentración, celeridad e inmediatez, posibilitando en todo momento la adecuada defensa de las partes y salvaguardando el derecho al debido proceso.

IX. DISPOSICIONES FINALES

9.1 La presente Directiva entrará en vigencia en la oportunidad señalada en el Comunicado que emita OSCE para estos efectos.

9.2 El OSCE organiza y administra un régimen institucional de arbitraje especializado y subsidiario en materia de contrataciones del Estado, motivo por lo cual ni el OSCE ni el SNA-OSCE pueden ser elegidos como instituciones arbitrales a efectos de lo dispuesto en el tercer y cuarto párrafo del artículo 185 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.

X. ANEXO

Anexo N.º 1 - Carátula del laudo

Jesús María, julio de 2016

Anexo N.º 01
CARÁTULA DEL LAUDO

Demandante:

Demandado:

Contrato (Número y Objeto):

Monto del Contrato

Cuantía de la Controversia:

Tipo y Número de procedimiento de selección:

Monto de los honorarios del Árbitro Único:

Monto de los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral:

Árbitro Único:

Secretaría Arbitral:

Fecha de emisión del laudo:

Número de folios:

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

- Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato
- Resolución de contrato
- Ampliación del plazo contractual
- Defectos o vicios ocultos
- Formulación, aprobación o valorización de metrados
- Recepción y conformidad
- Liquidación y pago
- Mayores gastos generales
- Indemnización por daños y perjuicios
- Enriquecimiento sin causa
- Adicionales y reducciones
- Adelantos
- Penalidades
- Ejecución de garantías
- Devolución de garantías
- Otros (especificar).....

D-031**DIRECTIVA N.º 024-2016-OSCE/CD****REGLAMENTO DEL RÉGIMEN INSTITUCIONAL DE ARBITRAJE SUBSIDIARIO EN CONTRATACIONES DEL ESTADO A CARGO DEL OSCE**

(Aprobada por la Resolución N.º 275-2016-OSCE/PRE [EP, 22-06-2016])

I. FINALIDAD

La presente directiva tiene por finalidad regular el rol subsidiario del OSCE en la organización y administración del régimen institucional de arbitraje especializado en materia de contrataciones públicas cuando en las regiones haya carencia de instituciones arbitrales acreditadas, conforme a lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

II. OBJETIVO

Determinar los supuestos y reglas bajo los cuales el OSCE participará en la organización y administración de arbitrajes en contrataciones del Estado de manera subsidiaria.

III. ALCANCE

La presente directiva es de cumplimiento obligatorio para las Entidades que se encuentran incluidas dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme al artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado, los contratistas, árbitros y secretarios arbitrales que intervengan en los procesos arbitrales, así como para la Dirección de Arbitraje del OSCE.

IV. BASE LEGAL

- Ley de Contrataciones del Estado.
- Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.
- Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Reglamento del Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado.
- Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

En la presente directiva se utilizarán las siguientes referencias:

- **DAR:** Dirección de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- **Ley:** Ley de Contrataciones del Estado.
- **OSCE:** Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

VI. RESPONSABILIDADES

Los siguientes órganos cuentan con responsabilidades específicas respecto de la presente Directiva:

- El personal de Mesa de partes del OSCE (de la Sede Central o de las Oficinas Desconcentradas) es responsable de verificar la foliación y recibir las demandas arbitrales, contestación a las mismas y todos los demás documentos relacionados al proceso arbitral que en materia de contratación pública se presenten, en el marco de la Ley y su Reglamento.
- La DAR es responsable de la aplicación, supervisión y cumplimiento de las disposiciones establecidas en la presente directiva.

VII. DISPOSICIONES GENERALES

7.1 OSCE organiza y administra el régimen institucional de arbitraje subsidiario y especializado para la solución de controversias en las contrataciones del Estado cuando en una determinada región haya carencia de instituciones arbitrales acreditadas.

7.2 Para efectos de la presente directiva se entiende por Región a las siguientes unidades territoriales:

1. Amazonas
2. Áncash
3. Apurímac
4. Arequipa
5. Ayacucho
6. Cajamarca
7. Cusco
8. Huancavelica
9. Huánuco
10. Ica
11. Junín
12. La Libertad
13. Lambayeque
14. Lima Metropolitana y Callao
15. Lima Provincia
16. Loreto
17. Madre de Dios

18. Moquegua
19. Pasco
20. Piura
21. Puno
22. San Martín
23. Tacna
24. Tumbes
25. Ucayali

7.3 OSCE publicará en su portal institucional la relación de las instituciones arbitrales acreditadas por cada Región, indicando si cuentan o no con acreditación vigente.

7.4 Entiéndase por carencia de instituciones arbitrales acreditadas cuando en una Región no existen por lo menos dos instituciones arbitrales con acreditación vigente, siendo únicamente en este supuesto que OSCE se encuentra facultado para organizar y administrar arbitrajes institucionales.

En este caso, las partes pueden acordar encomendar la organización y administración del arbitraje a cualquier institución arbitral acreditada o al OSCE.

7.5 En caso se elija encomendar la organización y administración del arbitraje al OSCE, se podrá incorporar la siguiente cláusula tipo:

"Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración del OSCE y de acuerdo con su Reglamento".

7.6 En caso el convenio arbitral señale que la organización y administración del arbitraje estará a cargo del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE (SNA-OSCE) o de cualquiera de los órganos del OSCE, se entenderá que dicho encargo le corresponde al OSCE.

VIII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

8.1 De la organización y administración del arbitraje subsidiario a cargo del OSCE

8.1.1 Es función del OSCE organizar y administrar arbitrajes subsidiarios en materia de contrataciones del Estado, en virtud del acuerdo de voluntades y conforme al numeral 7.1 de la presente Directiva.

8.1.2 Principios rectores

Son principios rectores del arbitraje subsidiario a cargo del OSCE los siguientes:

- a) Ética.- Las labores desempeñadas por el OSCE son de absoluta confiabilidad, seriedad y compromiso ético profesional. Los árbitros que aceptan desempeñarse como tales en los procesos regidos por el presente Reglamento se someten al mismo y al Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado aprobado por el OSCE.
- b) Transparencia.- Se debe observar las reglas sobre divulgación de información arbitral en materia de contrataciones del Estado. En ese sentido, se debe cumplir con hacer públicos, a través de los mecanismos que prevé la normativa de la materia, el laudo y las solicitudes respecto a éste.

- c) Eficiencia.- El desarrollo de cada una de las actividades que se realiza en el OSCE es efectuado con la mayor diligencia y responsabilidad.
- d) Independencia.- Los procesos organizados y administrados por el OSCE se encuentran alejados de cualquier clase de injerencia política, personal, corporativa o de cualquier otra índole.
- e) Imparcialidad.- El OSCE está comprometido a mantener una postura neutral respecto a las partes en conflicto y a la controversia sometida a arbitraje.
- f) Celeridad.- El OSCE tiene el compromiso de cumplir con prontitud la atención de procesos arbitrales a su cargo, aplicando además de manera estricta los plazos establecidos en el presente Reglamento.
- g) Desempeño técnico.- El OSCE desempeña sus funciones con criterio técnico, respetando el marco legal y reglamentario aplicable.

8.1.3 Sometimiento institucional

La adopción que hagan las partes de un convenio arbitral o cualquier otro acuerdo que encomiende la organización y administración del arbitraje al OSCE o a cualquiera de sus órganos, conforme a lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado, determina la aceptación y aplicación de las disposiciones de este Reglamento y la sujeción a las decisiones que emitan los órganos previstos en el mismo.

En los casos antes señalados, se entiende que las partes han aceptado sujetarse al presente Reglamento y a las decisiones que emita la Secretaría Arbitral del OSCE.

8.1.4 Funciones de la Secretaría Arbitral del OSCE

La Secretaría Arbitral es el órgano encargado de organizar, gestionar y administrar los arbitrajes subsidiarios a cargo del OSCE, de acuerdo a lo establecido en el presente Reglamento y a la normativa de contrataciones del Estado aplicable.

La Secretaría Arbitral tiene las siguientes funciones:

- a) Recibir y tramitar los escritos presentados por las partes, y remitir las notificaciones y comunicaciones a las partes, a los árbitros y a todos los que intervengan en el proceso.
- b) Velar por el cumplimiento de este Reglamento y de la normativa de contrataciones del Estado aplicable a los arbitrajes organizados y administrados por el OSCE.
- c) Efectuar las evaluaciones y adoptar las decisiones que le correspondan conforme al presente Reglamento, en la tramitación de los procesos arbitrales.
- d) Calificar el cumplimiento de los requisitos formales de los escritos de demanda, contestación de demanda, reconvencción y/o contestación de reconvencción, efectuando las observaciones que resulten pertinentes. Dicha calificación no desconoce la posibilidad que el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral formulen las observaciones y requieran las subsanaciones que estimen pertinentes respecto a dichos escritos, luego de instalado.
- e) Declarar que corresponde tener por no presentado un escrito de demanda, contestación de demanda, reconvencción y/o contestación de reconvencción en los supuestos previstos en el presente Reglamento.
- f) Declarar el archivo del proceso en los supuestos previstos en el presente Reglamento.

- g) Calificar los escritos de oposición al arbitraje que formulen las partes, verificando el cumplimiento de los requisitos formales correspondientes y dándoles el trámite que corresponda conforme al presente Reglamento.
- h) Emitir Razones de Secretaría de oficio o a pedido de los árbitros dentro del proceso arbitral.
- i) Realizar las liquidaciones de los gastos arbitrales cuando corresponda y tomar decisiones, en forma definitiva e inimpugnable, sobre formas y oportunidades de pago, reliquidaciones y devoluciones.
- j) Resolver, en forma definitiva, cualquier cuestionamiento y/o alegación referidos a liquidaciones de gastos arbitrales, formas de pago, reajustes y devoluciones.
- k) Decidir de manera definitiva respecto a la competencia institucional del OSCE.
- l) Realizar las acciones que correspondan para llevar a cabo la designación residual de árbitros en los procesos a cargo del OSCE.
- m) Las demás que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

8.2 Reglas generales del proceso

8.2.1 Reglamento aplicable

Cuando las partes hayan acordado someterse al OSCE para la organización y administración del arbitraje, se entiende que se someten al Reglamento vigente a la fecha de inicio del proceso.

8.2.2 Sede del arbitraje

La sede del arbitraje es el local institucional central del OSCE ubicado en la ciudad de Lima, lugar donde deberán realizarse las audiencias y demás actuaciones arbitrales. Los escritos de las partes y las comunicaciones de los árbitros podrán ser presentados en la sede institucional central del OSCE o en cualquiera de sus Oficinas Desconcentradas a nivel nacional, dentro del horario de atención respectivo.

De manera excepcional y atendiendo a la naturaleza de las actuaciones, el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral podrá establecer un lugar diferente para la realización de determinadas audiencias o actuaciones arbitrales, debiendo notificar a las partes con la debida anticipación.

Lo dispuesto en el presente numeral no desconoce la posibilidad de las audiencias puedan ser llevadas a cabo a través de videoconferencia, conforme al literal g) del numeral 8.3.16 del presente Reglamento.

8.2.3 Idioma

El arbitraje se desarrolla en idioma castellano.

Las partes podrán presentar documentos en idioma distinto al que rige el arbitraje, en cuyo caso el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral podrán ordenar que estos sean acompañados de una traducción simple, salvo acuerdo o decisión en contrario.

8.2.4 Domicilio

El domicilio es aquel que las partes hubieren señalado expresamente para los fines del arbitraje. Dicho señalamiento surte sus efectos desde su indicación por escrito en el expediente y se presume subsistente, bajo responsabilidad de las partes, mientras no sea comunicado su cambio expresamente y por escrito en el mismo expediente.

Mientras la parte demandada aún no se haya apersonado al proceso ni señalado su domicilio, la parte demandante está en la obligación de proporcionar el domicilio real, residencia habitual o lugar de actividades principales conocido de aquella parte, para efectos del emplazamiento con la demanda y, de ser el caso, para notificar las demás actuaciones arbitrales que correspondan. De no señalarse domicilio alguno o de resultar inviable la notificación del demandado en el domicilio indicado por la demandante, será considerado como domicilio válido para efecto de las notificaciones el que se haya indicado en el contrato.

8.2.5 Notificaciones

La Secretaría Arbitral es la encargada de efectuar las notificaciones o comunicaciones a las partes, terceros y a cualquier otra persona o institución cuya colaboración sea requerida durante el desarrollo del proceso arbitral.

Cualquier notificación u otra comunicación se realiza por escrito, y será entregada personalmente o por correo o por servicio de mensajería. Si la parte interesada lo autoriza expresamente y por escrito, la notificación se efectuará mediante correo electrónico o por cualquier otro medio de telecomunicación que permita tener constancia inequívoca de su remisión.

Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día que haya sido entregada personalmente al destinatario o a su representante, o en que haya sido entregada en el domicilio señalado para los fines del arbitraje o, en su defecto, en cualquier otro domicilio determinado conforme al numeral 8.2.4 del presente Reglamento.

Si la notificación se realiza mediante correo electrónico o por cualquier otro medio de telecomunicación, se entenderá recibida el día de su remisión por la Secretaría Arbitral. La parte interesada es la única responsable de mantener habilitado y en óptimas condiciones de funcionamiento los medios de comunicación que haya señalado para estos fines.

La notificación personal se entenderá con la persona que deba ser notificada o su representante, pero de no hallarse presente cualquiera de los dos en el momento de entregar la notificación, podrá entenderse con la persona que se encuentre en dicho domicilio, dejándose constancia de su nombre y documento de identidad.

Si alguna de las partes se negara a recibir la notificación personal o a dejar constancia de su recepción o a identificarse o no se encontrara en el domicilio, se certificará esta circunstancia dejándose la notificación bajo puerta, y dicha parte se entenderá válidamente notificada.

8.2.6 Plazos

Los plazos comenzarán a computarse desde el día siguiente de producida la notificación.

Los plazos previstos en este Reglamento se computan por días hábiles, salvo que expresamente se señale que son días calendario. Son días inhábiles los días sábados, domingos, feriados oficiales y días declarados no laborables para el sector público y/o privado, así como los feriados locales o regionales declarados por el Poder Ejecutivo. Cuando el vencimiento del plazo se produzca en día inhábil, aquél se prorrogará hasta el primer día hábil siguiente.

Excepcionalmente, los árbitros podrán habilitar, previa notificación a las partes, días inhábiles para llevar a cabo determinadas actuaciones.

8.2.7 Representación y asesoramiento

Las partes podrán comparecer al proceso en forma personal o a través de representantes debidamente acreditados y podrán ser asesoradas por personas de su elección, informando de ello previamente y por escrito en el expediente. Todo cambio de representante o asesor deberá ser oportunamente comunicado por escrito en el expediente.

8.2.8 Presentación de escritos

Todos los escritos deben estar firmados por la parte que los presenta o por su representante. No se requerirá firma de abogado.

De todo escrito, documento, anexo, recaudo y demás información deberá presentarse un original y en tantas copias como partes y árbitros haya en el proceso.

La presentación de todo escrito o documento de las partes deberá realizarse en la sede central del OSCE ubicada en la ciudad de Lima o en cualquiera de sus Oficinas Desconcentradas a nivel nacional, siempre dentro del plazo otorgado para llevar a cabo la actuación arbitral que corresponda.

8.2.9 Reserva

Sin perjuicio de lo señalado en el numeral 8.1.2, los árbitros y todos aquellos que participen en arbitrajes en contrataciones con el Estado deben mantener reserva respecto a las actuaciones arbitrales durante el desarrollo del arbitraje. Una vez concluidas las actuaciones arbitrales, el expediente arbitral es de acceso público, salvo la información y/o documentación expresamente prohibida por ley.

No rige esta reserva en los siguientes supuestos:

- a) Si ambas partes han autorizado expresamente su divulgación o uso.
- b) Cuando sea necesario hacer pública la información por exigencia legal.
- c) En caso de ejecución o de interposición del recurso de anulación de laudo.
- d) Cuando un órgano jurisdiccional o autoridad administrativa, dentro del ámbito de su competencia, solicite información y/o la remisión de actuados a la Secretaría Arbitral o al Árbitro Único o Tribunal Arbitral.

8.2.10 Renuncia a objetar

Si una parte que conociendo o debiendo conocer que se ha infringido una disposición de este Reglamento o del Árbitro Único o Tribunal Arbitral, o un acuerdo de las partes, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento dentro del plazo de cinco (05) días, contado desde que conoció o pudo conocer tal circunstancia, se considerará que renuncia a objetar el laudo por tales razones.

8.3 Del Proceso Arbitral

Inicio de las actuaciones arbitrales

8.3.1 Demanda de arbitraje

La parte interesada en iniciar el arbitraje deberá presentar su demanda arbitral ante OSCE, debiendo cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Identificación precisa de las partes, calidad en la que intervienen e indicación del domicilio en el que se llevarán a cabo las notificaciones. De ser el caso, se debe indicar el correo electrónico en donde se efectuarán las notificaciones que deriven del proceso, manifestando expresamente su aceptación a esta forma de notificación, lo cual im-

plica que la misma se llevará a cabo bajo las condiciones establecidas en el numeral 8.2.5.

- b) Presentar la documentación que acredita las facultades de representación, de ser el caso.
- c) Señalar las pretensiones planteadas y precisar el monto de la cuantía total de estas, o declarar que se trata de una cuestión de puro derecho o de cuantía indeterminada, según corresponda.
- d) Descripción cronológica de los hechos que generaron la controversia.
- e) Declarar los fundamentos de derecho que sustenten las pretensiones planteadas.
- f) Ofrecer los medios probatorios que sustentan las pretensiones planteadas, cuando corresponda a criterio de la parte. Al efectuarse el ofrecimiento de medios probatorios de naturaleza documental, deberán adjuntarse los documentos pertinentes debidamente identificados y ordenados. En caso no se presenten estos de esa forma, vencido el plazo de subsanación, se tendrán por no ofrecidos los medios probatorios respectivos.
- g) Sustentar la competencia del OSCE para organizar y administrar el arbitraje, con referencia al convenio arbitral, documento complementario celebrado entre las partes o disposición normativa pertinente, en el que se le encomiende al OSCE dichas funciones, de ser el caso.
- h) Presentar copia del contrato, orden de compra o de servicio que sea materia de controversia de la que se infiera el sometimiento al arbitraje a cargo del OSCE.
- i) Designar a un árbitro cuando corresponda constituirse un Tribunal Arbitral o indicar que se trata de un Árbitro Único o precisar cualquier otra forma de designación que hubieran pactado las partes.
- j) Cuando se haya emitido y/o ejecutado una medida cautelar por una autoridad judicial, se deberá informar al respecto, adjuntando copia de los actuados correspondientes, de ser el caso.
- k) Presentar el comprobante de pago original que acredite el pago del importe por presentación de demanda.

La Secretaría Arbitral verificará el cumplimiento de los requisitos de la demanda.

Si la demanda cumple con los requisitos, la pondrá en conocimiento de la otra parte.

En el caso que la demanda no cumpla con estos requisitos será observada por la Secretaría Arbitral, debiendo la parte demandante subsanar las observaciones en el plazo de tres (03) días de notificada. Si no se cumple con subsanar las observaciones dentro del plazo señalado, la demanda será archivada, salvo en los supuestos de los literales f) e i), sin perjuicio del derecho que corresponda a la parte demandante de volver a presentar una nueva demanda.

La decisión emitida sobre el archivo de la demanda es inimpugnable. El archivo de la demanda trae como consecuencia el archivo del proceso arbitral.

Para todos los efectos, el proceso arbitral se considera iniciado en la fecha de la presentación de la demanda ante la Secretaría Arbitral.

8.3.2 Contestación de la demanda

Dentro del plazo de quince (15) días de notificada la demanda por la Secretaría Arbitral, la parte demandada deberá presentar su contestación de demanda cumpliendo con los siguientes requisitos:

- a) Identificación de la parte, calidad en la que interviene e indicación del domicilio donde llevar a cabo las notificaciones.

De ser el caso, se debe indicar el correo electrónico en donde se efectuarán las notificaciones que deriven del proceso, manifestando expresamente su aceptación a esta forma de notificación, lo cual implica que la misma se llevará a cabo bajo las condiciones establecidas en el numeral 8.2.5.

- b) Presentar la documentación que acredita las facultades de representación, de ser el caso.
- c) Manifestar posición respecto de las pretensiones contenidas en la demanda, así como los hechos y fundamentos de derecho que sustentan la contestación de la demanda.
- d) Ofrecer los medios probatorios, cuando corresponda a criterio de la parte. Al efectuarse el ofrecimiento de medios probatorios de naturaleza documental, deberán adjuntarse los documentos pertinentes debidamente identificados y ordenados. En caso no se presenten estos de esa forma, vencido el plazo de subsanación, se tendrán por no ofrecidos los medios probatorios respectivos.
- e) Designar a un árbitro cuando corresponda constituirse un Tribunal Arbitral o indicar que se trata de un Árbitro Único o precisar cualquier otra forma de designación que hubieran pactado las partes.

Si la contestación de la demanda no es presentada dentro del plazo señalado en el primer párrafo de este numeral, la Secretaría Arbitral la tendrá por no presentada, sin perjuicio de lo que el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral pudiera determinar al respecto luego de su instalación.

La contestación de demanda que no cumpla con los requisitos antes señalados será observada por la Secretaría Arbitral, debiendo la parte demandada subsanar dichas observaciones en el plazo de tres (03) días de notificada. Si no se cumple con la respectiva subsanación, la contestación de demanda se tendrá por no presentada, salvo en los supuestos de los incisos d) y e).

8.3.3 Reconvención y contestación de la reconvención

La reconvención sólo podrá interponerse con la contestación a la demanda, debiendo observarse los requisitos establecidos para la demanda señalados en el numeral 8.3.1 del presente Reglamento, en lo que fuera pertinente. Asimismo la contestación a la reconvención deberá presentarse dentro del plazo de quince (15) días de notificada la reconvención por la Secretaría Arbitral, debiendo observar los requisitos establecidos para la contestación de la demanda establecidos en el numeral 8.3.2 de este Reglamento, en lo que fuera pertinente.

Lo establecido en el presente Reglamento para la demanda y para la contestación de demanda son aplicables a la reconvención y a la contestación de la reconvención, respectivamente, en lo que resulte pertinente.

8.3.4 Oposiciones al arbitraje

- a) Las oposiciones referidas exclusivamente a la competencia institucional del OSCE deben ser formuladas por la parte demandada dentro del plazo de cinco (05) días de notificada la demanda y serán puestas en conocimiento de la parte demandante, para que en el plazo de cinco (05) días exprese lo que estime conveniente a su derecho, luego de lo cual deberá ser resuelta por la Secretaría Arbitral. Las oposiciones presentadas fuera del plazo señalado serán declaradas de plano improcedentes por la Secretaría Arbitral.

Las decisiones que emita la Secretaría Arbitral respecto a las oposiciones formuladas a la competencia institucional del OSCE son definitivas e inimpugnables.

En caso se declare fundada la oposición, se ordenará que las actuaciones arbitrales se archiven en forma definitiva. En caso se declare infundada la oposición, la parte demandada contará con un plazo de quince (15) días para que conteste la demanda.

- b) Las oposiciones al arbitraje respecto de los alcances, inexistencia, nulidad, anulabilidad, ineficacia o invalidez del convenio arbitral, o cualquier otra cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia o cuestione la competencia de los árbitros o la procedencia de alguna o de todas las pretensiones formuladas en el proceso, o tengan como finalidad impedir la continuación de las actuaciones arbitrales, deben formularse con la contestación de la demanda o con la contestación a la reconvencción, según sea el caso.

El Árbitro Único o el Tribunal Arbitral son los únicos competentes para resolver las oposiciones al arbitraje que no se refieran exclusivamente a la competencia institucional del OSCE.

La Secretaría Arbitral se encarga de calificar las oposiciones formuladas por las partes, a efectos de darles el trámite que corresponda de acuerdo a su naturaleza, resolviéndolas oportunamente o, cuando corresponda, encausándolas ante el Árbitro Único o ante el Tribunal Arbitral que se conforme para el conocimiento del proceso.

8.3.5 Cuestiones probatorias

Las impugnaciones a los medios probatorios podrán formularse dentro de los cinco (05) días de haber sido notificado el escrito que contiene su ofrecimiento.

Formulada la impugnación, ésta será puesta en conocimiento de la contraparte a fin de que manifieste lo conveniente a su derecho dentro del plazo de cinco (05) días de notificada.

Las impugnaciones a los medios probatorios son resueltas en la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, durante el desarrollo del proceso o al momento de laudar, según corresponda, y sin perjuicio de su actuación.

8.3.6 Parte renuente

Si una de las partes rehúsa o se abstiene de participar en el arbitraje, no presenta la contestación de demanda, no contesta la reconvencción, no comparece a las audiencias, no presenta pruebas, no cumple con absolver los requerimientos que le corresponde, o deja de ejercer sus derechos en la oportunidad y dentro de los plazos respectivos, el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral podrá continuar con las actuaciones del proceso y dictar el laudo con fundamento en las pruebas que tenga a su disposición.



Sin perjuicio de lo antes señalado, la parte renuente puede apersonarse en cualquier momento del proceso, sujetándose a las resoluciones y actuaciones arbitrales en el estado en que se encuentren.

Las absoluciones a los requerimientos formulados por los árbitros o por la Secretaría Arbitral que las partes realicen en forma extemporánea podrán ser admitidas y apreciadas por el Árbitro Único o por el Tribunal Arbitral, a su entera discreción.

8.3.7 Acumulación de Pretensiones

Cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia relativa al mismo contrato, cualquiera de las partes puede pedir al Árbitro Único o al Tribunal Arbitral la acumulación de las pretensiones al arbitraje iniciado.

En atención a lo dispuesto en el numeral 45.8 del artículo 45 de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, cuando la Secretaría Arbitral advierta que se ha presentado una demanda relativa a un contrato respecto del cual ya existe un arbitraje en curso regido por el presente Reglamento y seguido entre las mismas partes, debe informar de esta situación al demandante y al Árbitro Único o Tribunal Arbitral, según corresponda, a fin que la parte demandante solicite la acumulación de sus pretensiones, en un plazo máximo de tres (03) días, al primer arbitraje en curso, siempre que no haya concluido la etapa probatoria.

En el caso señalado en el párrafo precedente, el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral decidirá si acumula las pretensiones formuladas, mediante resolución fundamentada.

Si decide acumular las pretensiones, el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral, según corresponda, otorgará un plazo de quince (15) días para que la otra parte presente su contestación a las nuevas pretensiones, plazo dentro del cual podrá también formular las oposiciones y/o excepciones que estimara pertinentes respecto a dichas pretensiones.

Asimismo, dicha parte podrá formular las cuestiones probatorias correspondientes dentro del plazo de cinco (05) días de realizada la notificación, aplicándose, en lo que resulte pertinente las reglas previstas en el numeral 8.3.5 del presente Reglamento.

En caso se genere una variación en la cuantía de la controversia, la Secretaría Arbitral determinará el reajuste respectivo.

8.3.8 Formación y custodia del expediente arbitral

La Secretaría Arbitral tendrá a su cargo la formación y custodia del expediente arbitral, debiendo las actuaciones arbitrales obrar en sus archivos.

Para proceder con el archivo del expediente arbitral se deberá contar con la conformidad de todas las piezas procesales, para lo cual el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral verificará que se hayan firmado todas las resoluciones y demás documentos pertinentes que obren en dicho expediente; luego de lo cual solicitará a la Secretaría Arbitral proceda con el archivo definitivo del mismo. El Árbitro Único o el Tribunal Arbitral es el exclusivo responsable por el cumplimiento de la presente regla, cuya contravención constituye infracción a la debida conducta procedimental.

En caso de desconcentración de las funciones del OSCE, la formación y custodia del expediente estará a cargo de las oficinas correspondientes y bajo la supervisión de la Secretaría Arbitral, de conformidad con los requisitos, exigencias y sanciones que se establezcan en la respectiva Directiva.

Árbitros

8.3.9 Competencia y número de árbitros

El Árbitro Único y el Tribunal Arbitral tienen plenas atribuciones para decidir acerca de su propia competencia.

El arbitraje estará a cargo de un Árbitro Único o un Tribunal Arbitral conformado por tres (03) árbitros. A falta de acuerdo sobre el número de árbitros o en caso de duda, será resuelto por Árbitro Único, el cual será designado por la Presidencia Ejecutiva del OSCE o quien haga sus veces.

Los árbitros no representan los intereses de las partes y deberán ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y transparencia, en cumplimiento de los principios rectores y de lo dispuesto en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado del OSCE.

La aceptación obliga a los árbitros a cumplir con el encargo, incurriendo si no lo hicieren en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable.

8.3.10 Procedimiento de designación

Cuando corresponda que la controversia sea resuelta por Árbitro Único, las partes deberán ponerse de acuerdo sobre su designación y comunicarlo a la Secretaría Arbitral en el plazo de cinco (05) días contados a partir de la notificación de la contestación a la demanda o de la contestación a la reconvenición, según sea el caso.

Cuando se trate de tres árbitros, cada parte designará un árbitro en la demanda y en la contestación de demanda respectivamente, y los árbitros así designados deberán elegir a su vez al Presidente del Tribunal Arbitral. Una vez que la Secretaría Arbitral cuente con la aceptación de los árbitros designados por las partes, otorgará a éstos un plazo de cinco (05) días para la designación del Presidente.

Es función de la Secretaría Arbitral comunicar a los árbitros su respectiva designación, siendo inválida cualquier comunicación que incumpla esta disposición.

Designado el árbitro o los árbitros, según corresponda, la Secretaría Arbitral comunicará la designación correspondiente, indicando las partes en controversia, sus representantes, abogados, la materia controvertida, cuantía y una liquidación preliminar de los honorarios profesionales según la Tabla de Gastos Arbitrales aplicable a los arbitrajes organizados y administrados por el OSCE; adjuntando los documentos que sustenten las actuaciones arbitrales realizadas.

Los árbitros designados tendrán un plazo de cinco (05) días para comunicar a la Secretaría Arbitral su aceptación, desde que la designación les sea comunicada por ésta.

Cuando exista duda, discrepancia o falta de acuerdo respecto a la designación de los árbitros o no se hubiera establecido en el convenio arbitral el número de los mismos, la Secretaría Arbitral comunicará a las partes que el OSCE, a través de su Presidencia Ejecutiva, procederá con la respectiva designación.

Se entiende que el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral queda válidamente constituido desde que la respectiva aceptación es comunicada a la Secretaría Arbitral dentro de los plazos establecidos en el presente Reglamento, según sea el caso.

8.3.11 Designación por el OSCE

Es atribución de la Presidencia Ejecutiva del OSCE o quien haga sus veces, realizar la designación por defecto de las partes o a solicitud de éstas, del Árbitro Único o de los

árbitros que integren el Tribunal Arbitral competente para resolver las controversias sometidas al arbitraje subsidiario.

También procederá la designación del árbitro por la Presidencia Ejecutiva del OSCE o quien haga sus veces, en caso de sustitución del árbitro renuente conforme a lo previsto en el numeral 8.3.24 del presente Reglamento.

La Secretaría Arbitral propondrá la designación de árbitros cuando, habiendo sido superados los plazos establecidos en el presente Reglamento para tal efecto, las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre la designación de Árbitro Único, cuando una de las partes o ambas no hubieran cumplido con designar al árbitro respectivo en la demanda y/o en la contestación de demanda, cuando los árbitros designados por las partes no hubieran cumplido con designar al Presidente del Tribunal Arbitral o cuando las partes hubieran solicitado al OSCE que se encargue de la designación de árbitros.

8.3.12 Aceptación y Deber de revelación

En un plazo no mayor de cinco (05) días de notificada la designación por la Secretaría Arbitral, los árbitros nombrados pondrán en conocimiento de ésta su aceptación o inhibición al encargo.

La aceptación del encargo implica el compromiso del árbitro de llevar a cabo el proceso arbitral de acuerdo a las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, del presente Reglamento, del Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado aprobado por OSCE y demás directivas complementarias; asimismo, implica su conformidad con la liquidación preliminar de honorarios profesionales emitida por la Secretaría Arbitral.

Con la aceptación del cargo, el árbitro deberá revelar cualquier circunstancia que pueda generar dudas justificadas y/o razonables sobre su imparcialidad o independencia, debiendo adjuntar para ello la Declaración Jurada respectiva, según el formato elaborado por la Secretaría Arbitral.

Los árbitros mantienen la obligación de revelar, en cualquier estado del proceso y sin demora, toda circunstancia sobreviniente que pueda generar dudas justificadas y/o razonables sobre su imparcialidad y/o independencia.

Si las partes no manifiestan su disconformidad respecto a las circunstancias reveladas por los árbitros dentro del plazo de cinco (05) días de conocidas, se entenderá que las mismas han sido dispensadas, caso en el cual no procederá recusación por dichos motivos.

Si los árbitros designados no comunican a la Secretaría Arbitral su aceptación o inhibición al encargo dentro del plazo señalado en el primer párrafo del presente numeral, se entenderá que no aceptan la designación efectuada. Del mismo modo, si los árbitros comunican fuera de plazo su aceptación, ésta se tendrá por no presentada.

En los casos señalados en el párrafo anterior, tratándose de Árbitro Único designado por las partes, de árbitro designado por una de las partes o del Presidente del Tribunal Arbitral designado por los árbitros, se otorgará a las partes, la parte o los árbitros, según sea el caso, un plazo de cinco (05) días para que designen un nuevo árbitro y lo informen a la Secretaría Arbitral. Tratándose de árbitro designado por la Presidencia Ejecutiva del OSCE se procederá a la designación de un nuevo árbitro previa solicitud y propuesta de la Secretaría Arbitral.

8.3.13 inhibición y dispensa

Si el árbitro nombrado se inhibe del cargo dentro del plazo de cinco (05) días de haberse comunicado su designación, tratándose de Árbitro Único designado por las partes, de árbitro designado por una de las partes o del Presidente del Tribunal Arbitral designado por los árbitros, se otorgará a las partes, la parte o los árbitros, según sea el caso, un plazo de cinco (05) días de comunicada la inhibición, para que designen un nuevo árbitro. Tratándose de árbitro designado por la Presidencia Ejecutiva del OSCE se procederá a la designación de un nuevo árbitro previa solicitud y propuesta de la Secretaría Arbitral.

Si el árbitro, antes de manifestar su aceptación y dentro del plazo para hacerlo, revela circunstancias que pudieran dar lugar a una posible recusación, las partes tendrán un plazo de cinco (05) días para manifestar la dispensa o los cuestionamientos que estimen pertinentes al respecto. Vencido dicho plazo sin que las partes hayan manifestado lo que consideraban pertinente, se entenderá que las circunstancias reveladas han sido dispensadas.

La dispensa brindada por las partes o la que opera por el vencimiento del plazo señalado en el párrafo precedente impide que las circunstancias reveladas sean materia de recusación.

Producida la dispensa o vencido el plazo antes aludido sin que las partes hayan manifestado lo que estimaran pertinente respecto a las circunstancias reveladas por el árbitro, corresponderá a este último comunicar su aceptación al encargo dentro de los cinco (05) días de que Secretaría Arbitral le comunique lo señalado por las partes o el vencimiento del plazo. De no manifestar su aceptación dentro del plazo otorgado, se entenderá que el árbitro no acepta la designación, debiéndose nombrar a un nuevo árbitro, aplicándose para tal efecto lo dispuesto en el primer párrafo del presente numeral.

Si alguna o ambas partes, dentro del plazo de cinco (05) días de notificados, no dispensan las circunstancias reveladas por el árbitro, éste no podrá aceptar el encargo, debiendo designarse a un nuevo árbitro, aplicándose para tal efecto lo dispuesto en el primer párrafo del presente numeral.

8.3.14 Recusación

Las partes podrán formular recusación contra el Árbitro Único o contra los miembros del Tribunal Arbitral dentro del plazo de cinco (05) días de haber sido notificadas con la comunicación de la aceptación de éstos, o desde el momento en que tomaron conocimiento de los hechos que configuran la causal sobreviniente, debiendo sustentarse con las pruebas correspondientes y particularmente, acreditarse la forma, fecha y circunstancias en que se tomó conocimiento de la causal.

Las recusaciones formuladas luego de transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior serán declaradas improcedentes. Asimismo, una vez notificadas ambas partes con el plazo para laudar es improcedente cualquier tipo de recusación. No procede recusación basada en las decisiones de los árbitros emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.

La recusación deberá ser formulada ante la Secretaría Arbitral, quien la pondrá en conocimiento del árbitro recusado y de la otra parte, para que en un plazo de cinco (05) días expresen lo que estimen conveniente al respecto.

El árbitro o árbitros recusados pueden formular sus descargos, los cuales serán puestos en conocimiento de la otra parte, la cual puede convenir o no en la recusación.

Si el árbitro o árbitros renuncian o la otra parte conviene en la recusación, se procederá a la designación del árbitro o árbitros sustitutos en la misma forma que se designó al árbitro o árbitros recusados.

Si el árbitro o árbitros recusados formulan o no sus descargos, y si la otra parte no conviene en la recusación, la Secretaría Arbitral llevará a cabo las acciones que correspondan para elevar un informe a la Presidencia Ejecutiva del OSCE quien resolverá la recusación en forma definitiva mediante Resolución motivada, la misma que es inimpugnable. Cuando la recusación sea declarada fundada, la Presidencia Ejecutiva del OSCE procederá a designar al árbitro sustituto previa solicitud y propuesta de la Secretaría Arbitral.

El trámite de recusación no interrumpe el desarrollo del arbitraje, salvo cuando se trate de árbitro único o hayan sido recusados dos (2) o tres (3) árbitros.

8.3.15 Sustitución de árbitros

Un árbitro debe ser sustituido en los siguientes casos:

- a) Por mutuo acuerdo de las partes y antes de la notificación de la decisión que fija el plazo para laudar, comunicando y acreditando a la Secretaría Arbitral dicho acuerdo.
- b) Cuando una de las partes solicita la remoción de un árbitro renuente bajo el supuesto previsto en el numeral 8.3.24 del presente Reglamento.
- c) Por declararse fundada una recusación en su contra.
- d) Por inasistencia a dos audiencias consecutivas o tres no consecutivas, a pedido de cualquiera de las partes.
- e) Por renuncia expresa, presentada ante la Secretaría Arbitral.
- f) Por fallecimiento.
- g) Por incurrir en alguna de las causales de impedimento para ser árbitro previstas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que resulte aplicable.

Salvo los supuestos previstos en los literales b) y c) precedentes, en los que la designación la efectuará la Presidencia Ejecutiva del OSCE, para la designación del árbitro sustituto se seguirá el mecanismo empleado para la designación del árbitro sustituido. En tanto se reconstituya el Tribunal Arbitral o se designe el Árbitro Único se suspenderá el proceso arbitral, salvo que las partes decidan su continuación para el caso de Tribunal Arbitral.

Una vez reconstituido el Tribunal Arbitral o cuando ya se cuente con la aceptación del Árbitro Único sustituto, éste decidirá si habrán de repetirse o no determinadas actuaciones arbitrales y estará facultado para dejar sin efecto el plazo para laudar, de ser el caso.

En los casos que corresponda a las partes o a los árbitros designar al árbitro sustituto, éstos deberán comunicar dicho nombramiento a la Secretaría Arbitral dentro de los cinco (5) días de haber sido notificados para llevar a cabo la designación. De no hacerlo dentro de dicho plazo, la designación será efectuada conforme al procedimiento previsto en el numeral 8.3.11 del presente Reglamento.

Audiencias

8.3.16 Reglas generales aplicables a las Audiencias

- a) Luego de realizada la Audiencia de Instalación del Árbitro Único o del Tribunal Arbitral, se llevarán a cabo las siguientes audiencias, salvo acuerdo distinto de las partes:
 - Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.

- Audiencia de Pruebas; y,
 - Audiencia de Informes Orales.
- b) Sin perjuicio de lo señalado en el numeral anterior, el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral se encuentra facultado para citar a las partes a cuantas audiencias adicionales consideren necesarias en cualquier estado del proceso y hasta antes de emitirse el laudo que le ponga fin.
- c) El desarrollo de las audiencias constará en un Acta, documento que será suscrito por el Árbitro Único o por los miembros del Tribunal Arbitral, según sea el caso, por las partes asistentes, por los representantes acreditados y por el representante de la Secretaría Arbitral. En caso que cualquiera de los participantes en la audiencia se negara a firmar el acta correspondiente, la Secretaría Arbitral dejará constancia de la negativa.
- d) Las audiencias se realizarán con la presencia del Árbitro Único o de la mayoría de miembros del Tribunal Arbitral. En todas las audiencias se requiere la participación del representante de la Secretaría Arbitral, debiendo dejar constancia de ella con su firma en el acta correspondiente.
- e) Si una o ambas partes no concurren a una audiencia, el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral podrá continuar con ésta, excepto en el caso de la Audiencia de Instalación, cuya realización se ajustará a lo dispuesto en el numeral 8.3.17 del presente Reglamento.
- f) Las partes asistentes a la audiencia se consideran notificadas en el mismo acto de las decisiones que se hayan dictado en ella.
- g) En la medida que la infraestructura y el soporte tecnológico disponible lo permita, las audiencias referidas en el presente numeral podrán realizarse de manera virtual. Su planificación, organización y el establecimiento de las disposiciones que sean pertinentes para su efectivo desarrollo y debida documentación se encontrará a cargo de la Secretaría Arbitral.

8.3.17 Audiencia de Instalación

Vencido el plazo para recusar a los árbitros o reconstituido el Tribunal Arbitral o con la aceptación del Árbitro Único o de los miembros del Tribunal Arbitral, la Secretaría Arbitral convocará a las partes y a los árbitros a la Audiencia de Instalación.

En dicha Audiencia se instalará el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral, ratificando las partes sus domicilios para efectos de la notificación (personal o electrónica) y la normativa aplicable al proceso arbitral. Asimismo, la Secretaría Arbitral notificará a las partes la Liquidación preliminar de Gastos Arbitrales para su respectiva cancelación en los plazos establecidos en las reglas de pago contenidas en este Reglamento.

La inasistencia de una de las partes no impide la realización de la Audiencia; sin embargo, si ambas partes dejan de asistir, la Secretaría Arbitral citará a una nueva audiencia, y si en esta oportunidad no concurren ambas partes, el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral dispondrá el archivo de las actuaciones arbitrales.

8.3.18 Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios

En esta audiencia los árbitros llevarán a cabo las siguientes actuaciones:

- a) Resolver las oposiciones al arbitraje, objeciones a su competencia, excepciones o cualquier otro aspecto que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.
- b) Invitar a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio. En caso de lograrse, total o parcialmente, se dejará constancia de ello en el Acta.
- c) De no lograrse una conciliación total, el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral determinará los puntos controvertidos que deberán resolverse en el laudo.
- d) Admitir o rechazar los medios probatorios ofrecidos por las partes, y pronunciarse sobre las impugnaciones formuladas contra éstos y sobre su actuación, de ser el caso.
- e) Disponer la actuación de medios probatorios de oficio, sin perjuicio de hacerlo en cualquier etapa del proceso.

En caso los árbitros declaren fundada en esta Audiencia las oposiciones, objeciones, excepciones y demás aspectos señalados en el literal a) del párrafo precedente, se dispondrá el archivo del proceso arbitral, debiendo la Secretaría Arbitral realizar la liquidación de los gastos arbitrales conforme al estado del proceso.

Se debe verificar que la Entidad haya registrado en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) los nombres y apellidos completos del árbitro único o de los árbitros que conforman el tribunal arbitral, así como del secretario arbitral, de ser el caso.

8.3.19 Audiencia de Pruebas

La Audiencia de Pruebas se realizará de preferencia en una sola sesión, salvo que, a criterio del Árbitro Único o del Tribunal Arbitral, sea necesaria la realización de más sesiones para la actuación de determinados medios probatorios.

8.3.20 Facultades probatorias de los árbitros

Los árbitros tienen facultades para determinar de manera exclusiva la admisibilidad, pertinencia y valor de los medios probatorios, para cuyos efectos podrán, entre otras acciones:

- a) Disponer las reglas para la designación de peritos, la actuación de las declaraciones de parte, declaraciones testimoniales, pericias, inspecciones y demás medios probatorios.
- b) Ordenar de oficio, en cualquier etapa del proceso, la actuación de medios probatorios que estimen necesarios y que incluso no hayan sido ofrecidos por las partes.
- c) Prescindir motivadamente de los medios probatorios ofrecidos y no actuados.
- d) Solicitar a las partes aclaraciones o información respecto de los medios probatorios en cualquier etapa del proceso arbitral, en relación con cualquier asunto que consideren relevante para la formación de criterio.

8.3.21 Costos de los medios probatorios

El costo que irrogue la actuación de los medios probatorios será íntegramente asumido por la parte que solicitó su actuación, bajo apercibimiento de tenerla por desistida, sin perjuicio de lo que se resuelva en materia de costos en el laudo.

En el caso de medios probatorios ordenados de oficio, los gastos serán asumidos por ambas partes en proporciones iguales, sin perjuicio de lo que se resuelva al respecto en el laudo.

Antes de proceder a la actuación de cualquier medio probatorio de oficio, las partes deben abonar, de ser el caso, el importe fijado por el Árbitro Único o por el Tribunal Arbitral que sea suficiente para cubrir los gastos correspondientes.

Ante el incumplimiento de una parte en asumir los gastos determinados por el Árbitro Único o por el Tribunal Arbitral, se facultará a la otra para asumir el pago. En caso que ambas partes no cumplan con realizar el pago requerido dentro del plazo otorgado, el Árbitro Único o Tribunal Arbitral podrá prescindir de la actuación del medio probatorio ordenado de oficio o suspender el proceso por un plazo no mayor a veinte (20) días bajo apercibimiento de archivo del proceso, de acuerdo a las circunstancias del caso.

8.3.22 Alegatos e Informes Orales

Cuando no existan medios probatorios pendientes de actuación, el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral dará por concluida la etapa probatoria, sin perjuicio de la facultad que tienen para ordenar la actuación de cualquier otro medio probatorio que considere necesario a efectos de mejor resolver.

En el mismo acto, concederá a las partes un plazo de cinco (05) días para que presenten sus alegatos escritos; luego de lo cual, a pedido de una o de ambas partes o por iniciativa propia del Árbitro Único o del Tribunal Arbitral, las citará a una Audiencia de Informes Orales.

Laudo

8.3.23 Plazo para laudar

Una vez presentados los alegatos o de vencido el plazo otorgado para presentarlos, o habiéndose llevado a cabo la Audiencia de Informes Orales, de ser el caso, el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral expedirá la resolución que fija el plazo para laudar, que no podrá exceder de veinte (20) días, pudiendo ser prorrogado por quince (15) días adicionales.

8.3.24 Mayoría de concurrencia y mayoría para resolver

El Tribunal Arbitral funcionará con la concurrencia de la mayoría de los árbitros y podrá delegar en uno o dos de sus miembros la realización de determinadas actuaciones arbitrales.

Si alguno de los árbitros rehúsa participar en las actuaciones o está reiteradamente ausente en las deliberaciones del Tribunal Arbitral, los otros árbitros, una vez que hayan comunicado por escrito dicha situación a la Secretaría Arbitral, están facultados para continuar con el arbitraje y dictar cualquier decisión o laudo, no obstante la falta de participación del árbitro renuente, salvo acuerdo distinto de las partes.

La Secretaría Arbitral pondrá en conocimiento de las partes lo informado por los árbitros. En este caso, cualquiera de las partes podrá solicitar a la Secretaría Arbitral la remoción del árbitro renuente y su sustitución, para lo cual se seguirá el procedimiento de designación establecido en el numeral 8.3.11 del presente Reglamento.

Los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Todas las resoluciones y el laudo arbitral se dictarán por mayoría de votos de los árbitros. En caso de falta de mayoría, decide el voto del Presidente del Tribunal Arbitral.

Los árbitros no pueden abstenerse o inhibirse de votar al momento de laudar y están obligados, de ser el caso, a expresar y sustentar su opinión discrepante, la misma que será notificada a las partes junto con el laudo, manteniendo necesariamente la estructura metodológica dispuesta en el numeral 8.3.26 del presente Reglamento.



8.3.25 Condiciones para laudar

El Árbitro Único o el Tribunal Arbitral decidirá las controversias en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios.

Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la Ley de Contrataciones del Estado y de 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.

8.3.26 Contenido de laudo

El laudo expedido por el Árbitro Único o por el Tribunal Arbitral debe ser motivado y tener, como mínimo, la siguiente estructura y contenido:

- a) Una parte expositiva, en la que se indiquen los antecedentes, un resumen de las alegaciones y posiciones de las partes y la determinación de los puntos controvertidos.
- b) Una parte considerativa, en la que se desarrolla el análisis de cada uno de los puntos controvertidos, la evaluación y valoración de los medios probatorios en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las pretensiones y defensas de las partes.
- c) Una parte resolutive, en la que se expone la decisión del Árbitro Único o del Tribunal Arbitral respecto de cada uno de los puntos controvertidos y donde se detallará, en forma expresa, clara y precisa, de ser el caso, lo que las partes deben hacer o dejar de hacer para cumplir con lo dispuesto en el laudo. Asimismo, los árbitros deberán pronunciarse sobre la distribución de los costos arbitrales.

En caso que el laudo declare fundada o fundada en parte una pretensión de naturaleza dineraria, deberá además expresarse en forma precisa e indubitable los conceptos y montos reconocidos, así como el obligado a cumplir con lo dispuesto por el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral y todos aquellos aspectos que resulten necesarios para su debida ejecución. En el caso de sumas liquidables deberá establecerse con claridad y precisión los parámetros, criterios, referencias y todas las condiciones objetivas necesarias para proceder con la respectiva liquidación.

Cuando se resuelva sobre intereses, se deberá establecer la fecha de inicio de su cómputo, el obligado al pago y cualquier otro aspecto que resulte necesario para su debida determinación y posterior ejecución.

El Árbitro Único o el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo respecto a la distribución de los gastos del arbitraje, y establecerá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas, teniendo presente, de haberse previsto, lo pactado en el convenio arbitral; caso contrario, el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral decidirá a su entera discreción quién y en qué montos deben ser asumidos.

El laudo deberá constar por escrito y estar firmado por los árbitros, el mismo que será remitido a la Secretaría Arbitral dentro del plazo para su emisión en un número de ejemplares suficiente para anexarlo al expediente y notificar a cada una de las partes. Junto a los ejemplares aludidos se deberá remitir la "Carátula del Laudo" (Anexo I del presente Reglamento), consignando la información allí requerida.

8.3.27 Notificación del laudo

El laudo será notificado personalmente a las partes y a través del SEACE. La notificación se tiene por efectuada desde ocurrido el último acto.

Los árbitros deberán remitir el laudo a la Secretaría Arbitral dentro del plazo fijado para su emisión. La Secretaría Arbitral lo notificará personalmente a las partes dentro del plazo de siete (07) días de recibido, de acuerdo a lo establecido en el numeral 8.2.5 del presente Reglamento.

Es responsabilidad del Árbitro Único o del presidente del Tribunal Arbitral registrar correctamente el laudo en el SEACE dentro del plazo de siete (07) días de emitido. El no hacerlo constituye infracción al principio de Transparencia.

8.3.28 Rectificación, Interpretación, Integración y Exclusión del laudo

Dentro del plazo de diez (10) días de notificado el laudo bajo las formalidades previstas en la normativa de Contrataciones del Estado aplicable y en el presente Reglamento, las partes podrán solicitar al Árbitro Único o al Tribunal Arbitral la rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo que consideren convenientes.

En estos casos, el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral pondrán en conocimiento de la otra parte la solicitud respectiva y le otorgará un plazo de diez (10) días a fin de que manifieste lo que estime conveniente, luego de lo cual, con o sin su absolución y vencido dicho plazo, el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral resolverá la solicitud interpuesta dentro de los diez (10) días siguientes.

El Árbitro Único o el Tribunal Arbitral podrán proceder a la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo a iniciativa propia, dentro de los diez (10) días siguientes de haberse notificado el laudo a ambas partes.

La rectificación, interpretación, integración y exclusión resueltas por el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral de oficio o a pedido de parte forman parte del laudo, no procediendo contra estas decisiones impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación.

Para la notificación de la decisión del Árbitro Único o Tribunal Arbitral sobre la rectificación, interpretación, integración y exclusión se aplicarán las mismas reglas y formalidades establecidas para la notificación del laudo previstas en el numeral 8.3.27.

Para estos efectos, los árbitros deberán remitir su pronunciamiento a la Secretaría Arbitral dentro del plazo fijado para la emisión del mismo. La Secretaría Arbitral notificará la decisión a las partes dentro del plazo de siete (07) días de recibido, de acuerdo a lo establecido en el numeral 8.2.5 del presente Reglamento.

Es responsabilidad del Árbitro Único o del presidente del Tribunal Arbitral registrar correctamente en el SEACE su pronunciamiento respecto a las solicitudes de rectificación, interpretación, integración y exclusión dentro del plazo de siete (07) días de emitido. El no hacerlo constituye infracción al principio de Transparencia.

Si el Árbitro Único o Tribunal Arbitral no se pronuncia acerca de la rectificación, interpretación, integración y exclusión formuladas dentro del plazo establecido en el presente Reglamento, se considerará que la solicitud ha sido denegada. No surtirá efecto cualquier decisión sobre rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo que sea notificada fuera de plazo.

8.3.29 Efectos del laudo

El laudo arbitral es definitivo, inapelable y tiene valor de cosa juzgada. Es eficaz y de obligatorio cumplimiento para las partes desde su notificación.

Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo en la forma y en el plazo que en él se establece, o en su defecto dentro del plazo de quince (15) días de notificado con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del mismo,

cuando corresponda; la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, o al Árbitro Único o Tribunal Arbitral, según sea el caso.

8.3.30 Ejecución arbitral del laudo

El Árbitro Único o Tribunal Arbitral se encuentran facultados para ejecutar sus propios laudos, siempre que la parte interesada lo solicite y no se requiera la asistencia de la fuerza pública.

Si el Árbitro Único o Tribunal Arbitral considera necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública, declarándolo así motivadamente, cesará en sus funciones, quedando expedito el derecho de la parte a recurrir a la autoridad judicial a efectos de la ejecución.

Suspensión y conclusión anticipada del proceso

8.3.31 Suspensión del proceso

Las partes de común acuerdo podrán decidir la suspensión del proceso arbitral por un plazo determinado, lo cual deberá ser informado a la Secretaría Arbitral, al Árbitro Único o al Tribunal Arbitral por escrito, según el estado del proceso. Una vez vencido el plazo de suspensión, la Secretaría Arbitral, el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral, según sea el caso, continuará con las actuaciones arbitrales respectivas.

8.3.32 Conclusión del proceso por común acuerdo de las partes

Durante el desarrollo del proceso y antes de que se haya notificado el laudo que resuelve definitivamente la controversia, las partes de común acuerdo podrán dar por concluido el arbitraje, lo que deberá ser comunicado por escrito a la Secretaría Arbitral, al Árbitro Único o al Tribunal Arbitral, según el estado del proceso. Dicha comunicación deberá ser formalizada por un escrito conjunto presentado por las partes.

8.3.33 Desistimiento del proceso arbitral

Antes de la emisión del laudo, cualquiera de las partes puede desistirse del proceso, lo cual deberá ser puesto en conocimiento de la otra parte para que en un plazo de tres (03) días manifieste lo que estime pertinente al respecto. Para que se produzca el desistimiento del proceso será necesario contar con la expresa aprobación de la parte que no lo solicita; caso contrario, se continuará con su desarrollo.

El desistimiento del proceso trae como consecuencia la conclusión del mismo sin afectar las pretensiones, sin perjuicio de la aplicación de los plazos de caducidad correspondientes.

Antes de constituido el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral, la parte comunica su desistimiento del proceso a la Secretaría Arbitral. Luego de su constitución, la petición se dirige al Árbitro Único o al Tribunal Arbitral, según sea el caso.

8.3.34 Desistimiento de pretensiones

Una parte puede desistirse de una o más de sus pretensiones formuladas en la demanda o en la reconvencción, según sea el caso, luego de producida la instalación del Árbitro Único o del Tribunal Arbitral y antes de la emisión del laudo.

Si el desistimiento no se refiere a todas las pretensiones, el proceso continuará respecto a aquellas no comprendidas en dicho desistimiento.

Este desistimiento no requiere la conformidad de la contraparte.

8.3.35 Conciliación o transacción

El Árbitro Único o el Tribunal Arbitral se encuentran facultados para promover la conciliación entre las partes en cualquier momento durante el desarrollo del arbitraje.

Si las partes concilian o transan sus pretensiones antes de la expedición del laudo que resuelve definitivamente la controversia, el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral dará por concluido el proceso. Si la conciliación o transacción es parcial, el proceso continuará respecto de las demás pretensiones.

Adicionalmente, cualquiera de las partes puede solicitar al Árbitro Único o al Tribunal Arbitral que la conciliación o transacción se registre en forma de laudo, pedido que podrá ser denegado de manera fundamentada.

Otras actuaciones arbitrales

8.3.36 Reconsideración

Contra las decisiones emitidas por el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral distintas al laudo sólo procede la reconsideración dentro de los cinco (05) días siguientes de notificada la decisión que se impugna.

Constituye requisito para plantear la reconsideración contra decisiones adoptadas durante una audiencia o actuación arbitral en que la parte estuvo presente, el haber manifestado expresamente y dejado constancia en el acta respectiva que se haría ejercicio de la reconsideración, la cual debe ser fundamentada en el plazo de cinco (05) días siguientes. De no presentarse tal fundamentación en el plazo indicado se tendrá por no formulada la reconsideración. De no haberse acudido a la audiencia, el plazo para formular la reconsideración se iniciará desde que la parte recurrente tomó conocimiento del acta respectiva.

La reconsideración no suspende la ejecución de la decisión impugnada, salvo disposición distinta y motivada del Árbitro Único o del Tribunal Arbitral.

La reconsideración formulada será puesta en conocimiento de la otra parte por el plazo de cinco (05) días para que exprese lo que estime conveniente, luego de lo cual el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral resolverá dentro de los diez (10) días siguientes; salvo que decida resolverlo de plano dentro de los diez (10) días siguientes de su interposición.

La decisión que resuelve la reconsideración es definitiva e inimpugnable.

8.3.37 Medidas Cautelares

Una vez constituido el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia de laudo, debiendo exigir una garantía adecuada para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que la ejecución de la medida pudiera ocasionar.

El Árbitro Único o el Tribunal Arbitral antes de resolver una petición cautelar, pondrá la solicitud en conocimiento de la otra parte para que en un plazo de cinco (05) días pueda manifestar lo conveniente a su derecho. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión.

Constituido el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial que hubiera emitido una medida cautelar antes del inicio del proceso arbitral este hecho y pedir la remisión del expediente del proceso cautelar a los árbitros.

El Árbitro Único o el Tribunal Arbitral están facultados para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, consideren necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.

En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada podrá recurrir directamente a la autoridad judicial competente.

8.4 Gastos Arbitrales y Reglas de pago

8.4.1 Gastos Arbitrales

Los gastos arbitrales comprenden los honorarios de los árbitros y los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral, los cuales serán calculados conforme a lo establecido en la Tabla de Gastos Arbitrales aplicable a los arbitrajes organizados y administrados por el OSCE vigente en la fecha de inicio del arbitraje.

El pago por concepto de presentación de demanda no es reembolsable.

El monto de los gastos arbitrales se expresa en soles. Cuando la cuantía de la controversia se encuentre expresada en una moneda distinta a la señalada, la Secretaría Arbitral procederá a efectuar la conversión correspondiente, aplicando el tipo de cambio de venta vigente en la fecha de presentación de la demanda que publica diariamente la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP o la entidad que la sustituya o asuma sus funciones.

8.4.2 Liquidación de Gastos Arbitrales

La Secretaría Arbitral, vencidos los plazos para la interposición de la demanda y su contestación y en su caso, la reconvenición y su contestación, liquidará los honorarios de los árbitros y los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral.

Por regla general, los gastos arbitrales deberán ser pagados en proporciones iguales por las partes en uno o más anticipos durante el transcurso de las actuaciones arbitrales, según la oportunidad y forma que se señale en la liquidación respectiva. El primer o único anticipo de los gastos arbitrales deberá pagarse dentro de los plazos establecidos en el numeral 8.4.4 del presente Reglamento, luego de realizada la Audiencia de Instalación.

Las decisiones de la Secretaría Arbitral respecto a la liquidación o reliquidación de gastos arbitrales, así como de las formas y oportunidades de pago, son de carácter definitivo e inimpugnables.

8.4.3 Liquidaciones especiales

La Secretaría Arbitral cuenta con atribuciones para realizar liquidaciones de los gastos arbitrales por separado para las partes, en función a la calidad y cuantía de las pretensiones reclamadas por cada una de ellas.

La Secretaría Arbitral se encuentra también facultada para liquidar los gastos arbitrales en los supuestos de conclusión anticipada de los procesos arbitrales, pudiendo tomar en cuenta el estado del mismo al momento de su conclusión así como la Directiva que regula la Tabla de Gastos Arbitrales aplicable a los arbitrajes organizados y administrados por el OSCE, de considerarlo conveniente.

8.4.4 Reglas de Pago

Las partes deberán pagar los montos señalados en las liquidaciones en un plazo de diez (10) días de notificados con las mismas.

En el caso del primer o único anticipo, si una o ambas partes no cumplieran con realizar los pagos correspondientes dentro del plazo señalado en el párrafo precedente, no se

convocará a la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios. Ante dicha situación, corresponderá al Árbitro Único o al Tribunal Arbitral facultar a la parte interesada en el desarrollo del arbitraje para que en el plazo de diez (10) días asuma el monto de los gastos arbitrales que le corresponda a la otra parte o asuma el pago íntegro del anticipo que corresponda a ambas partes, de ser el caso, con cargo a los gastos que se fijarán en el laudo arbitral más sus respectivos intereses. Tratándose de liquidaciones separadas, corresponderá al Árbitro Único o al Tribunal Arbitral otorgar a la parte interesada el plazo de diez (10) días para cancelar el monto de los gastos arbitrales que le corresponde asumir por la demanda o la reconvencción planteada.

Si vencido el plazo previsto en el párrafo anterior, las partes o la parte interesada en el arbitraje no cumplieran con asumir el íntegro de los gastos arbitrales señalados en la Liquidación, el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral ordenará el archivo de las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de los alcances y efectos del convenio arbitral. En el caso de liquidaciones separadas, si vencido el plazo previsto en el párrafo anterior, la parte interesada no hubiera cumplido con cancelar el monto de los gastos arbitrales que le corresponde asumir por la demanda o la reconvencción planteada, la demanda o reconvencción que no haya sido íntegramente cubierta se considerará retirada, sin perjuicio del derecho que pueda corresponder a la parte interesada de presentar con posterioridad una nueva demanda o reconvencción en otro arbitraje, continuándose el proceso con la demanda o reconvencción cuyos gastos arbitrales hayan sido cancelados en forma íntegra.

Las reglas de pago descritas en los párrafos precedentes se aplicarán para realizar el pago de los demás anticipos que pudieran establecerse en las liquidaciones de gastos arbitrales o en sus reajustes que correspondan, de ser el caso.

8.4.5 Devolución de gastos arbitrales

En los supuestos de sustitución de árbitros por remoción debido a renuencia e inasistencia a dos audiencias consecutivas o tres no consecutivas, el árbitro sustituido deberá devolver el íntegro de lo pagado por concepto de sus honorarios profesionales, a solicitud de parte.

Los árbitros contarán con un plazo de diez (10) días para efectuar la devolución directamente a las partes desde que les es comunicada la Resolución de Devolución de Honorarios Arbitrales emitida por el Director de Arbitraje del OSCE.

En los supuestos de renuncia, recusación declarada fundada, sustitución de árbitro por mutuo acuerdo de las partes, por incurrir en alguna de las causales de impedimento para ser árbitro previstas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y de conclusión anticipada del proceso, procederá la devolución de los honorarios arbitrales a solicitud de parte, debiendo la Secretaría Arbitral liquidar el monto a devolver tomando en cuenta el estado del proceso al momento de su conclusión y las circunstancias particulares del caso. Los árbitros contarán con un plazo de diez (10) días para efectuar la devolución directamente a las partes desde que les es comunicada la Resolución de Devolución de Honorarios Arbitrales emitida por el Director de Arbitraje del OSCE.

La Resolución de Devolución de Honorarios Arbitrales emitida por el Director de Arbitraje del OSCE es inimpugnable y constituye título ejecutivo.

La Secretaría Arbitral no cuenta con facultades para exigir al árbitro sustituido la devolución de honorarios arbitrales, ni para recibir de éste el monto correspondiente a la devolución aludida.



8.5 Conservación del expediente

El expediente será conservado por la Secretaría Arbitral, sin perjuicio de lo establecido en el numeral 8.2.9 del presente Reglamento.

Dentro del plazo de dos (2) años contados desde la emisión del laudo o la emisión de la decisión que resuelve las solicitudes de rectificación, interpretación integración o exclusión, de ser el caso, o de la decisión de archivo del proceso, las partes podrán solicitar a la Secretaría Arbitral la devolución de los documentos originales que formaron parte del expediente arbitral, siempre que se sustituyan con copias certificadas notarialmente o autenticadas por el personal del OSCE o de la Secretaría Arbitral con el costo que ello irrogue.

8.6 Reglas complementarias

En caso de deficiencia o vacío de las disposiciones de este Reglamento, será de aplicación supletoria la legislación especializada sobre arbitraje vigente al momento del inicio del proceso, y siempre que no contravenga las disposiciones previstas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Sin perjuicio de lo antes señalado, el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral, en armonía con los principios rectores del arbitraje subsidiario a cargo del OSCE y dentro del marco normativo de las contrataciones del Estado, se encuentra facultado en todo momento para dictar las reglas complementarias que sean necesarias para el eficiente desenvolvimiento del proceso, velando porque el mismo se desarrolle bajo los principios de igualdad y buena fe, economía procesal, concentración, celeridad e inmediatez, posibilitando en todo momento la adecuada defensa de las partes y salvaguardando el derecho al debido proceso.

IX. DISPOSICIÓN TRANSITORIA

9.1 Los arbitrajes iniciados ante el Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE antes de la entrada en vigencia del presente Reglamento, seguirán rigiéndose por las reglas contenidas en el Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE, Resolución N.º 016-2004-CONSUCODE-PRE, modificado por Resolución N.º 172-2012-OSCE-PRE.

9.2 Lo establecido en el segundo y tercer párrafo del numeral 8.3.7 del presente Reglamento sobre acumulación de pretensiones, resulta aplicable a los arbitrajes que se relacionan a contratos derivados de procedimientos de selección convocados a partir de la entrada en vigencia de la Ley N.º 30225.

9.3 El carácter de título ejecutivo detallado en el cuarto párrafo del numeral 8.4.5 del presente Reglamento sobre devolución de gastos arbitrales, resulta aplicable sólo a los arbitrajes que se relacionan a contratos derivados de procedimientos de selección convocados a partir de la entrada en vigencia de la Ley N.º 30225.

X. DISPOSICIONES FINALES

10.1 Las Disposiciones Específicas de la presente Directiva (numeral VIII), salvo lo dispuesto en el numeral 8.1.1, resultan aplicables para la organización y administración de los arbitrajes que se inicien ante el SNA-OSCE desde el día siguiente de la publicación en el Diario Oficial "El Peruano" de la Resolución que la aprueba.

10.2 El OSCE organiza y administra un régimen institucional de arbitraje especializado y subsidiario en materia de contrataciones del Estado, motivo por lo cual ni el OSCE ni el SNA-OSCE pueden ser elegidos como instituciones arbitrales a efectos de lo dispuesto en el tercer y cuarto párrafo del artículo 185 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.

10.3 La presente Directiva entrará en vigencia en la oportunidad señalada en el Comunicado que emita OSCE para estos efectos; salvo lo dispuesto en el numeral 10.1 de las Disposiciones Finales.

XI. ANEXO

Anexo N.º 01

CARÁTULA DEL LAUDO

Demandante:

Demandado:

Contrato (Número y Objeto):

Monto del Contrato

Cuantía de la Controversia:

Tipo y Número de procedimiento de selección:

Monto de los honorarios del Árbitro Único / Tribunal Arbitral:

Monto de los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral:

Árbitro Único o presidente del Tribunal:

Árbitro designado por el Contratista:

Secretaría Arbitral:

Fecha de emisión del laudo:

(Unanimitad/Mayoría):

Número de folios:

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

- Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato
- Resolución de contrato
- Ampliación del plazo contractual
- Defectos o vicios ocultos
- Formulación, aprobación o valorización de metrados
- Recepción y conformidad
- Liquidación y pago
- Mayores gastos generales
- Indemnización por daños y perjuicios
- Enriquecimiento sin causa
- Adicionales y reducciones
- Adelantos
- Penalidades
- Ejecución de garantías
- Devolución de garantías
- Otros (especificar).....

D-032**DIRECTIVA N.º 021-2016-OSCE/CD****TABLA DE GASTOS ARBITRALES APLICABLES A LOS ARBITRAJES ORGANIZADOS Y ADMINISTRADOS POR EL OSCE Y LOS ARBITRAJES AD HOC**

(Aprobada por la Resolución N.º 238-2016-OSCE/PRE [EP, 29-06-2016]) ⁽ⁱ⁾

COMUNICADO DEL OSCE

- (i) Comunicado N.º 001-2016-OSCE/DAR (19-07-2016): Comunicado referente a la tabla de gastos arbitrales aplicables a los arbitrajes organizados y administrados por el OSCE y los arbitrajes Ad Hoc. Texto completo: <bit.ly/2CNtZ7X>.

I. FINALIDAD

Aprobar la Tabla de Gastos Arbitrales aplicable a los arbitrajes organizados y administrados por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE y a los arbitrajes ad hoc; definir los lineamientos y procedimientos a seguir para la atención de las solicitudes que formulen las partes sobre liquidación o reliquidación de gastos arbitrales y determinar el porcentaje de devolución correspondiente a los honorarios profesionales de uno o más árbitros en arbitrajes ad hoc, en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

II. OBJETIVO

Determinar el monto de los gastos arbitrales que corresponde asumir a las partes en los arbitrajes organizados y administrados por el OSCE, así como en los arbitrajes ad hoc, cautelando que en estos últimos no se exceda de lo establecido en la Tabla de Gastos Arbitrales a la que se refiere la presente Directiva, garantizando una atención oportuna de las solicitudes de devolución de honorarios profesionales de uno o más árbitros en arbitrajes ad hoc.

III. ALCANCE

La presente Directiva es de aplicación obligatoria para las partes y los árbitros que participen en los arbitrajes organizados y administrados por el OSCE conforme a sus Reglamentos y a los arbitrajes ad hoc, así como para los órganos del OSCE que intervengan en la organización y administración de los arbitrajes a su cargo, y en el trámite de las solicitudes que formulen las partes sobre liquidaciones o reliquidaciones de gastos arbitrales y de devolución de honorarios profesionales en un arbitraje ad hoc.

IV. BASE LEGAL

- Ley de Contrataciones del Estado.
- Ley del Procedimiento Administrativo General.

- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

En la presente Directiva se utilizarán las siguientes referencias:

- **DAR:** Dirección de Arbitraje
- **Directiva:** La presente Directiva
- **Ley:** Ley de Contrataciones del Estado
- **OSCE:** Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
- **Reglamento:** Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado
- **SDAA:** Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales
- **SNA-OSCE:** Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE
- **TUPA:** Texto Único de Procedimientos Administrativos

VI. DEFINICIONES

- **Gastos arbitrales:** Comprenden los honorarios profesionales de los árbitros y los gastos administrativos de la secretaría arbitral.
- **Tabla de Gastos Arbitrales:** Comprende la relación de rangos, reglas y o factores que sirven para calcular el monto de los honorarios de los árbitros y de los gastos administrativos de la secretaría arbitral, según se detalla en los Anexos N.º 1, N.º 2 y N.º 3 de la Directiva.
- **Liquidación de Gastos Arbitrales:** Corresponde a la primera determinación de anticipos de honorarios profesionales de los árbitros y gastos administrativos de la secretaría arbitral.
- **Reliquidación de Gastos Arbitrales:** Corresponde a una nueva determinación de honorarios profesionales de los árbitros y de gastos administrativos de la secretaría arbitral ocurridas con posterioridad a la liquidación.

Únicamente procede la reliquidación en un arbitraje ad hoc cuando se formule una reconvencción, se admitan nuevas pretensiones o se modifiquen las inicialmente formuladas, siempre que ameriten dicho reajuste.

VII. DISPOSICIONES GENERALES

7.1 En los casos de arbitrajes ad hoc, los gastos arbitrales no podrán exceder a lo establecido en la Tabla que se aprueba mediante la Directiva, no pudiéndose pactar en contrario. La parte que se encuentre en desacuerdo con la liquidación o reliquidación de gastos arbitrales aprobada por el respectivo árbitro único o tribunal arbitral, por considerar que se excede de los límites máximos establecidos en dicha Tabla, puede solicitar al OSCE emitir pronunciamiento final al respecto. La decisión que emita el OSCE es definitiva e inimpugnable.

7.2 En los casos de renuncia al cargo, recusación declarada fundada, anuencia de la contraparte en la recusación, remoción de árbitro y conclusión del proceso arbitral por alguno de los supuestos señalados en el numeral 8.2.2 de la Directiva y, cuando no se trate de

un arbitraje institucional, cualquier discrepancia que surja entre las partes y los árbitros respecto de la devolución de honorarios profesionales que éstos hayan percibido será resuelta a pedido de parte por el OSCE, siendo definitiva e inimpugnable la decisión que se adopte al respecto.

Las resoluciones emitidas por el OSCE sobre devolución de honorarios profesionales de árbitros constituyen título ejecutivo.

Cualquier pacto respecto de la no devolución de honorarios profesionales se tiene por no puesto, no pudiéndose pactar en contrario.

7.3 Los plazos establecidos en la Directiva se computan en días hábiles y desde el día siguiente de efectuada la notificación.

7.4 La Tabla de Gastos Arbitrales detallada en el Anexo N.º 1 es aplicable a los arbitrajes ad hoc, así como a los arbitrajes organizados y administrados por el OSCE, siempre que solo se hayan formulado pretensiones con cuantía determinada.

7.5 Los honorarios profesionales de los árbitros y los gastos administrativos de la secretaría arbitral, en todos los arbitrajes ad hoc y en los arbitrajes organizados y administrados por el OSCE, sin excepción, donde se formulen pretensiones de cuantía indeterminada, serán fijados en razón a los parámetros descritos en el Anexo N.º 2 de la Directiva.

7.6 Cuando se formulen pretensiones de cuantía determinada e indeterminada, el cálculo de los gastos arbitrales se efectuará en forma independiente de acuerdo al tipo de pretensión considerando lo establecido en los Anexos N.º 1 y N.º 2 de la Directiva, según corresponda.

El monto que asumirán las partes por concepto de honorarios profesionales de los árbitros y por los gastos administrativos de la secretaría arbitral será la sumatoria de los resultados del cálculo antes mencionado.

7.7 Lo establecido en los numerales 7.4, 7.5 y 7.6 de la Directiva resulta aplicable para los arbitrajes de cuantía menor organizados y administrados por el OSCE en virtud a su rol subsidiario. En tal caso, los gastos arbitrales serán el cincuenta por ciento (50%) del monto resultante de aplicar los Anexos N.º 1 y N.º 2, según corresponda.

7.8 Para la determinación del monto de devolución de honorarios profesionales de árbitros en arbitrajes ad hoc, se aplica lo dispuesto en el Anexo N.º 3 de la Directiva.

7.9 El pago por presentación de demanda en los arbitrajes organizados y administrados por el OSCE, incluyendo a los arbitrajes de cuantía menor en virtud a su rol subsidiario, asciende a la suma de S/ 350.00 (trescientos cincuenta y 00/100 soles), importe que forma parte de los gastos administrativos de la secretaría arbitral. Este pago no es reembolsable.

VIII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

8.1 Trámite de solicitud de pronunciamiento de OSCE sobre liquidación o reliquidación de gastos arbitrales en procesos arbitrales ad hoc:

De la presentación de la solicitud:

8.1.1 El solicitante debe presentar su solicitud cumpliendo los requisitos previstos para dicho procedimiento en el TUPA del OSCE.

8.1.2 En caso que la Mesa de Partes del OSCE o de sus Oficinas Desconcentradas observase el trámite al detectar la falta de alguno de estos requisitos, en el mismo acto de presentación de la solicitud, solicita su subsanación dentro de un plazo máximo de dos

(02) días hábiles, lo que se dejará constancia bajo firma del receptor en el propio escrito de solicitud como en el cargo respectivo, indicándose que ante el incumplimiento se tendrá por no presentada la misma.

8.1.3 Transcurrido el plazo sin que ocurra la subsanación, el OSCE considera como no presentada la solicitud, sin perjuicio que el solicitante requiera la devolución de los recaudos ante las mismas y el reembolso de la tasa abonada por derecho de tramitación, en caso corresponda.

De la calificación y evaluación de la solicitud:

8.1.4 Verificada la conformidad de la solicitud respecto a los requisitos exigidos en el TUPA para su admisión, la Mesa de Partes del OSCE o la respectiva Oficina Desconcentrada deriva la misma a la DAR, quien procederá a la revisión y calificación de la misma para el trámite que corresponda.

8.1.5 Si de la revisión y calificación de la documentación presentada se determina que las partes se sometieron a un arbitraje institucional y no a uno ad hoc, la DAR, a través de la SDAA, declarará la improcedencia de la solicitud, comunicando el archivo de la misma mediante oficio dirigido al solicitante.

8.1.6 Si de la revisión y calificación de la documentación presentada se determina que la documentación está completa, la DAR, a través de la SDAA, correrá traslado de la solicitud y sus recaudos al Árbitro Único o árbitros integrantes del Tribunal Arbitral que aprobaron la liquidación o reliquidación de gastos arbitrales para que en un plazo de cinco (5) días hábiles cumplan con manifestar lo que estimen conveniente a su derecho.

8.1.7 Una vez efectuada la absolución del traslado de la solicitud o transcurrido el plazo sin que ello ocurra, se considerará que el expediente cuenta con toda la documentación necesaria para resolver, en cuya virtud, y previo informe de la SDAA, la DAR emitirá pronunciamiento respecto a la solicitud presentada, la misma que tendrá carácter de definitiva e inimpugnable, y se hará de conocimiento del solicitante y del Árbitro Único o árbitros del Tribunal Arbitral.

8.1.8 Con la emisión de la resolución de la DAR respecto a la solicitud de pronunciamiento sobre liquidación o reliquidación de gastos arbitrales, concluye el procedimiento.

8.2 Trámite de devolución de honorarios profesionales de los árbitros en arbitrajes ad hoc:

8.2.1 Ante la renuncia al cargo, recusación declarada fundada, anuencia de la contraparte en la recusación y remoción de uno o más árbitros en alguna etapa del proceso arbitral, después de haber percibido el pago de sus honorarios profesionales, las partes pueden solicitar la devolución de una parte proporcional del monto pagado, atendiendo al estado del proceso en el momento en que el árbitro se aparta del mismo, en razón a los parámetros descritos en el Anexo N.º 3 de la Directiva.

8.2.2 Cuando el proceso arbitral concluya por motivos de falta de pago de gastos arbitrales, conciliación, transacción o desistimiento, las partes pueden solicitar la devolución de una parte proporcional del monto pagado a uno o más árbitros por concepto de honorarios profesionales, atendiendo al estado del proceso en el momento en que se presente el documento que contenga el acuerdo llevado a cabo o se disponga el archivo del proceso, de ser el caso, en razón a los parámetros descritos en el Anexo N.º 3 de la Directiva.

8.2.3 Cualquier discrepancia entre los árbitros y las partes sobre la devolución de los honorarios profesionales será resuelta por el OSCE conforme al procedimiento establecido en la Directiva.

8.2.4 Los criterios y los porcentajes que serán aplicables para la devolución de los honorarios profesionales de los árbitros se encuentran detallados en el cuadro consignado en el Anexo N.º 3, que forma parte de la Directiva.

De la presentación de la solicitud

8.2.5 La presentación de la solicitud se rige por lo dispuesto en los numerales 8.1.1, 8.1.2 y 8.1.3 de la Directiva.

De la calificación y evaluación de la solicitud

8.2.6 El trámite de la calificación y evaluación de la solicitud se rige por lo dispuesto en los numerales 8.1.4, 8.1.5, 8.1.6 y 8.1.7 de la Directiva, corriéndose traslado de la solicitud y sus recaudos al Árbitro Único o árbitros integrantes del Tribunal Arbitral para que en un plazo de cinco (5) días hábiles cumplan con manifestar lo que estimen conveniente a su derecho.

8.2.7 La resolución que declara fundada o fundada en parte la solicitud de devolución de honorarios profesionales debe señalar como mínimo en su parte resolutive lo siguiente: el monto líquido que debe ser objeto de devolución; el nombre del árbitro(s) obligado(s) a efectuar dicha devolución; el nombre, denominación o razón social de la parte a favor de quien se debe efectuar la devolución; y, el momento desde el cual resulta exigible la devolución. Con esta resolución concluye el procedimiento.

IX. DISPOSICIÓN TRANSITORIA

9.1 Los procedimientos en trámite, iniciados antes de la entrada en vigencia de la presente Directiva, continuarán rigiéndose por la normativa anterior vigente al momento en que fuera presentada la solicitud.

X. DISPOSICIONES FINALES

10.1 La presente Directiva entrará en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de la Resolución que la aprueba en el Diario Oficial "El Peruano".

10.2 A partir de la vigencia de la presente Directiva deróguese la Directiva N.º 007-2009-OSCE-CD que regula la Tabla de Gastos Arbitrales del SNA-OSCE y los supuestos de devolución de honorarios profesionales arbitrales para procesos ad hoc, aprobada mediante Resolución N.º 213-209-OSCE-PRE del 14 de julio de 2009 y modificada mediante Resolución N.º 160-2012-OSCE-PRE del 21 de junio de 2012, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 9.1 de la Directiva.

XI. ANEXOS

- Anexo N.º 1: Tabla de Gastos Arbitrales para Pretensiones de Cuantía Determinada.
- Anexo N.º 2: Tabla de Gastos Arbitrales para Pretensiones de Cuantía Indeterminada.
- Anexo N.º 3: Cuadro para la Devolución de Honorarios Profesionales de Árbitros.

Jesús María, junio de 2016

Véase los anexos aquí: <bit.ly/2XNYu75>

D-033**DIRECTIVA N.º 020-2016-OSCE/CD****JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS**

(Aprobada por la Resolución N.º 087-2016-OSCE/PRE [EP, 26-02-2016])

I. FINALIDAD

La presente Directiva tiene por finalidad desarrollar las normas complementarias que deben seguir las Juntas de Resolución de Disputas en la prevención y solución de controversias en los contratos de obra, conforme a la normativa de contrataciones del Estado.

II. OBJETO

Establecer las reglas del procedimiento que deben seguir las Juntas de Resolución de Disputas, así como los requisitos que deben cumplir los Centros que las administran, para garantizar una solución técnica y expeditiva de las controversias que se pudieran presentar en la ejecución de obras.

III. ALCANCE

La presente Directiva es de aplicación obligatoria para: i) el miembro o miembros que integren una Junta de Resolución de Disputas; ii) los centros que organizan y administran las Juntas de Resolución de Disputas; iii) las partes que se han sometido a la Junta de Resolución de Disputas; iv) el Supervisor de la obra.

IV. BASE LEGAL

- Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N.º 30225.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.
- Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

En la presente Directiva se utilizarán las siguientes referencias:

- **Centro:** Institución privada designada para organizar y administrar una Junta de Resolución de Disputas.
- **Contrato Tripartito:** Contrato que suscriban las partes del contrato de obra con los miembros de la JRD.

- **JRD:** Junta de Resolución de Disputas.
- **Ley:** Ley de Contrataciones del Estado.
- **Reglamento:** Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- **OSCE:** Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

VI. DISPOSICIONES GENERALES

6.1 Las partes pueden pactar en el contrato de obra o hasta antes del inicio de la ejecución de obra una cláusula de solución de disputas a cargo de una JRD en aquellos contratos cuyos montos sean iguales o superiores a veinte millones de soles, debiendo designar al Centro a cargo de su administración. Las partes pueden incorporar en el contrato de obra respectivo la cláusula modelo que figura como Anexo 2. La JRD debe designarse antes del inicio de la ejecución de la obra conforme al procedimiento indicado en el numeral 7.3.

6.2 Los plazos establecidos en la presente Directiva o fijados de conformidad con la misma se computan en días hábiles, salvo que expresamente se establezca que el cómputo se realiza en días calendario. Se consideran inhábiles los días sábados, domingos y feriados así como los días no laborables declarados oficialmente.

Los plazos se computan desde el día siguiente de la notificación respectiva. Si el último día del plazo fuera inhábil en el lugar de recepción de la notificación, éste se extiende hasta el primer día hábil siguiente.

VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

7.1 Requisitos del Centro. Las partes podrán designar a cualquier Centro que cumpla con los siguientes requisitos:

1. Tener 4 años de experiencia actuando como institución arbitral.
2. Contar con un código de ética propio aplicable para miembros de la JRD, el cual debe contener como mínimo los mismos supuestos de infracción establecidos en el artículo 216 del Reglamento para los árbitros.
3. Llevar un registro de adjudicadores nacionales y/o internacionales. Dicho listado debe ser difundido, conjuntamente con las especialidades y experiencia de los citados expertos para conocimiento del público al menos a través de su página web.
4. Estar constituida como persona jurídica, con o sin fines de lucro.
5. Poseer un tarifario de honorarios de los miembros de la JRD y de los gastos administrativos del Centro, los que deben ser difundidos para conocimiento público al menos través de su página web.
6. Contar con un plantel de profesionales que brinde soporte y asistencia a la JRD.
7. Poseer como infraestructura mínima una (1) sala de audiencias, una (1) oficina para el plantel de profesionales, un (1) ambiente para la atención al público y usuarios, un (1) ambiente para el archivo de documentos y expedientes, así como contar con una página web y correo electrónico institucional en funcionamiento.

7.2 Funciones del Centro. El Centro cumple las funciones establecidas en el artículo 206 del Reglamento, siendo responsable de custodiar el expediente que contenga las actuaciones de la JRD por un plazo de diez (10) años desde la culminación de las funciones de la JRD. El Centro puede encargar al OSCE, o a otra institución que ésta autorice, la custodia del expediente luego de transcurrido el plazo mínimo de un (1) año desde la fe-

cha de culminación de las funciones de la JRD, debiendo el expediente ser micrograbado conforme a lo dispuesto en el artículo 199 del Reglamento.

El Centro debe remitir a OSCE la información que le requiera, en los plazos y condiciones que se establezcan. Sin perjuicio de ello, debe remitir trimestralmente la información detallada en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 198 del Reglamento, así como un reporte de casos iniciados y concluidos por las JRD, con indicación de la materia controvertida, nombre de las partes, representantes legales, asesores o abogados, miembros de la JRD y profesionales del Centro a cargo del caso, así como el motivo de conclusión de la JRD.

La información señalada en el párrafo precedente se remite en copia simple o de cualquier otra forma que OSCE estime pertinente, y será difundida para conocimiento público a través del portal web del OSCE.

7.3 Designación de miembros. Cuando la JRD esté integrada por un (1) solo miembro, éste debe ser un ingeniero o arquitecto con conocimiento de la normativa nacional aplicable al contrato, así como en contrataciones del Estado. En caso esté integrada por tres (3) miembros, el Presidente debe contar con las mismas calificaciones que se exigen para el miembro único de la Junta de Resolución de Disputas, los demás miembros deben ser expertos en la ejecución de obras.

Al aceptar su nombramiento, los miembros de la JRD se comprometen a desempeñar sus funciones conforme a lo dispuesto en las normas aplicables a la JRD y al contrato tripartito.

Si la JRD se compone de un único miembro, éste es designado por las partes de la lista de adjudicadores del Centro dentro del plazo de dos (2) días siguientes a la suscripción del acuerdo por el que someten las controversias a la JRD. En caso no se lleve a cabo dicha designación, el Centro lo nombrará en un plazo máximo de dos (2) días siguientes de recibida la solicitud formulada por cualquiera de las partes.

Si la JRD se compone de tres (3) miembros, cada parte designa a un miembro en el plazo de dos (2) días siguientes a la suscripción del acuerdo por el que se someten las controversias a la JRD. Los miembros designados tendrán un plazo de dos (2) días para aceptar o no la designación. El tercer miembro -quien preside la JRD- es designado por los adjudicadores nombrados por las partes en un plazo máximo de dos (2) días de producida la aceptación del último de ellos, de la lista de adjudicadores del Centro. En caso no se lleve a cabo esta designación, el Centro lo nombrará en un plazo máximo de dos (2) días siguientes de recibida la solicitud formulada por cualquiera de las partes.

Cuando alguno de los miembros designados no acepte o no se pronuncie en los plazos establecidos, la parte, los miembros que lo propusieron o el Centro nombra al reemplazante, según sea el caso, siguiendo el mismo procedimiento señalado en los párrafos precedentes.

Cuando en un plazo de veinte (20) días calendario, contados desde la suscripción del acuerdo por el cual se someten las controversias a la JRD, las partes o los miembros designados no logren obtener la aceptación de los adjudicadores que les corresponde designar, el Centro designa al o a los miembros que no hayan sido nombrados.

7.4 Inicio de actividades. Habiéndose designado a los miembros de la JRD, las partes deben suscribir con éstos un contrato tripartito, el cual debe ser puesto en conocimiento del Centro. Para tal efecto, pueden utilizar el modelo de contrato que integra la presente Directiva como Anexo 1.



En cualquier momento las partes, actuando conjuntamente y previa notificación con siete (07) días de anticipación, podrán resolver el contrato tripartito respecto de uno o más miembros de la JRD sin expresión de causa y sin incurrir en mayor responsabilidad que el pago de los honorarios pendientes por los servicios prestados hasta la fecha de resolución.

En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, la designación de los nuevos miembros será efectuada conforme a lo dispuesto en el numeral 7.3.

La JRD inicia sus actividades una vez suscrita el Acta de Inicio de Funciones, la cual es firmada por todos los miembros, las partes y un representante del Centro luego de la aceptación del último miembro de la JRD o del miembro único.

El Acta de Inicio de Funciones debe contener un calendario de reuniones y visitas periódicas a la obra, el cual puede ser modificado conforme se especifica en el numeral 7.9.

7.5 Deber de información de los miembros de la JRD. Todos los miembros de la JRD deben cumplir con la obligación de informar al momento de aceptar el encargo sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (5) años anteriores a su designación, que pudiera afectar su independencia o imparcialidad o que le impida ejercer sus funciones con transparencia y diligencia. Este deber de información comprende además la obligación de dar a conocer a las partes la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a su aceptación durante el desarrollo de la JRD que pudiera afectar su independencia o imparcialidad.

En caso el Centro tome conocimiento de cualquier hecho o circunstancia que ponga en duda la independencia o imparcialidad de uno de los miembros de la JRD, deberá informarlo a las partes.

Las partes pueden cuestionar la independencia o imparcialidad de un miembro de la JRD, en un plazo de cinco (5) días contados a partir del conocimiento de los hechos que motivan su cuestionamiento. Para tal efecto, la parte debe presentar al Centro una solicitud de recusación, la que incluirá una exposición escrita de los hechos o circunstancias en cuestión. El Centro declara fundada o infundada la solicitud después de haberle otorgado la oportunidad de expresarse al o a los miembros cuestionados, a los demás miembros de la JRD y a la otra parte. Dicha decisión es inimpugnable.

Ante la presentación al Centro de una solicitud de recusación en contra de un miembro, éste tiene la posibilidad de renunciar al cargo.

7.6 Facultades de la JRD. La JRD debe desarrollar sus actividades considerando las necesidades de la obra y con la flexibilidad necesaria para adaptarse a las diversas situaciones que pueden presentarse, debiendo adoptar normas y criterios que faciliten el funcionamiento interno de la JRD.

La JRD está facultada para adoptar todas las medidas que resulten necesarias para cumplir con sus funciones, conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cuestiones conexas y accesorias a ella que se promuevan. Así, se encuentra facultada para requerir a las partes que aporten cualquier documento que juzguen necesario para emitir sus Decisiones; convocar reuniones, visitar la obra, realizar todas las audiencias que considere necesarias; requerir medios probatorios, decidir sobre las cuestiones relativas al procedimiento que surjan durante las visitas, reuniones y audiencias; citar e interrogar a las partes, sus representantes, testigos, expertos y peritos que considere pertinente. Las visitas, audiencias y reuniones pueden ser grabadas, ya sea en audio o video.

A petición de ambas partes, la JRD puede ejercer adicionalmente una función consultiva con la finalidad de prevenir el surgimiento de futuras controversias. Dicha función consiste en emitir una opinión no vinculante sobre algún aspecto que pueda ser motivo de una futura controversia o que las partes deseen dilucidar. Esta atribución consultiva puede generarse durante cualquier reunión, audiencia o visita a la obra, dejando constancia por escrito de la solicitud de las partes.

La JRD no queda vinculada por las opiniones que haya expresado mientras ejerció función consultiva.

Si alguna de las partes se rehúsa o se abstiene de participar en el procedimiento de la JRD o en cualquier etapa de éste, la JRD continuará con el mismo no obstante la renuencia de dicha parte.

7.7 Información reservada. Toda la información que obtenga un miembro de la JRD en el ámbito de sus actividades es reservada y no puede ser revelada, salvo autorización escrita por ambas partes, o que fuera requerido por un órgano jurisdiccional o por el OSCE.

La JRD puede tomar medidas para proteger los secretos comerciales y la información confidencial.

7.8 Deber de información de las partes. Tan pronto como la JRD se encuentre conformada, las partes se obligan a cooperar y a mantenerla informada del contrato de obra y su ejecución, así como de cualquier desacuerdo que pudiera sobrevenir.

Las partes y los miembros de la JRD deben acordar la naturaleza, forma y frecuencia de los informes de seguimiento que deben enviarse a la JRD.

Asimismo, la JRD puede solicitar a cualquiera de las partes información relativa a la obra para cumplir con sus funciones. Ante la ausencia de pacto esta información debe ser proporcionada con la frecuencia establecida por la JRD y enviada por los representantes de cada parte.

7.9 Visitas a la obra y reuniones. Al inicio de sus actividades, y en coordinación con las partes, la JRD fija un calendario de visitas periódicas a la obra y de reuniones adicionales, de ser el caso. Dicho calendario es de obligatorio cumplimiento. Las partes deben participar en todas las reuniones y visitas a la obra. En caso la JRD requiera una reunión o visita y alguna de las partes considere que ello no es eficiente, puede solicitar a la JRD que lo reconsidere.

La JRD puede realizar la reunión o visita a la obra a pesar de la inasistencia de una de las partes. En caso de inasistencia de un miembro de la JRD, los demás miembros pueden decidir la procedencia de realizar la reunión o la visita.

Las reuniones y visitas a la obra deben ser lo suficientemente frecuentes con el propósito que la JRD se mantenga informada de la ejecución de la obra y de cualquier desacuerdo o controversia desde el momento inicial. El Centro coordina dichas reuniones y visitas, debiendo recibir la colaboración de las partes. Si la JRD lo solicita, éstas deben facilitar un espacio de trabajo apropiado, alojamiento, medios de comunicación, equipos de oficina e informático, así como todo lo que sea necesario para viabilizar las reuniones o visitas de manera eficiente, procurando minimizar los gastos y el tiempo requerido.

Las visitas se realizan en el lugar o lugares de ejecución de la obra, mientras que las reuniones pueden celebrarse en cualquier lugar pactado por las partes y la JRD. En caso de desacuerdo sobre el lugar de la reunión, ésta se llevará a cabo en el lugar fijado por la JRD.

Durante las reuniones o las visitas a la obra, la JRD debe analizar con las partes la ejecución del contrato de obra así como identificar los puntos de cualquier probable o posible desacuerdo con el ánimo de prevenir la controversia. Después de cada reunión o visita a la obra, la JRD elabora un informe, incluyendo la lista de personas asistentes, el cual debe ser notificado a las partes dentro de los siete (7) días siguientes a la reunión o visita a la obra, según corresponda.

Cualquiera de las partes puede solicitar una o más reuniones o visitas a la obra, adicionales a las programadas.

7.10 Visitas periódicas a la obra. En cada visita periódica a la obra habrá una reunión y una inspección. En dichas visitas se contará con la participación de un representante de la Entidad, el contratista, el supervisor de la obra y un representante del Centro. La agenda de dichas visitas debe contener por lo menos los siguientes puntos:

1. Apertura de la reunión por el presidente de la JRD o por el miembro único, según sea el caso.
2. Presentación por parte del contratista del trabajo realizado desde la última reunión, el estado actual de la obra y su avance con relación al cronograma contractual, posibles dificultades que anticipa y las soluciones que propone.
3. Exposición del supervisor sobre su punto de vista con relación a los aspectos comentados por el contratista y cualquier otra situación.
4. Comentarios de la Entidad respecto a lo señalado por el contratista y el supervisor, pudiendo presentar además las posibles dificultades que anticipa y las soluciones que propone.
5. Explicación por parte del contratista y/o de la Entidad de las áreas de la obra que propone que sean inspeccionadas y comentarios del Supervisor, la Entidad y los miembros de la JRD.
6. Inspección a la obra, con especial énfasis en las áreas con mayor actividad o relevancia.
7. Conclusiones.
8. Fijación o confirmación de la fecha de la próxima visita.

La Entidad, el Contratista y el Supervisor no deben buscar de manera independiente a la JRD o a alguno de sus miembros para formularle consultas, pedir opinión o consejo sobre alguna materia. Del mismo modo, los miembros de la JRD no deben dar sugerencias u opiniones sólo a una de las partes o al supervisor.

El Centro prepara las actas de cada visita periódica, poniéndolas en conocimiento de las partes y de la JRD dentro de los tres (3) días siguientes de efectuada la visita, para sus comentarios y/o aprobación. Las actas son firmadas como máximo en la siguiente visita a la obra. Dichas actas no reemplazan el informe que debe elaborar la JRD.

7.11 Comunicaciones. Toda comunicación entre las partes y la JRD se realiza a través del Centro, debiendo efectuarse en físico, sin perjuicio de que puedan adelantarse por vía electrónica. Las partes deben proporcionar copias suficientes para cada miembro de la JRD y la otra parte. Las comunicaciones deberán formularse en castellano, salvo que las partes y la JRD dispongan algo distinto.

La notificación se considera efectuada el día en que haya sido entregada en físico al destinatario o a su representante en el domicilio que haya señalado. En caso la parte no haya

señalado domicilio, la notificación se considera efectuada el día en que haya sido entregada en físico en el domicilio señalado en el contrato de obra o, en su defecto, en el domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales. Los cambios de domicilio surten efectos desde el día siguiente de recibida la respectiva comunicación por el Centro. El Centro debe llevar el control del archivo respectivo.

7.12 Presentación de la controversia. Para someter una controversia a la JRD, la parte interesada debe presentar al Centro una petición escrita que incluya:

1. Una descripción clara y concisa de la naturaleza y de las circunstancias de la controversia.
2. Una lista de peticiones que serán sometidas a decisión de la JRD.
3. Una presentación de la posición de la parte.
4. Cualquier sustento que fundamente la posición, tales como documentos, planos, cronogramas o programas de actividades, correspondencia, etc.
5. La respuesta que dio la parte contraria, de ser el caso.

La fecha de recepción de la petición escrita por parte del Centro será considerada como la fecha de inicio de la controversia a la JRD. Las partes pueden presentar una petición conjunta y llegar a un acuerdo sobre la controversia en cualquier momento.

Las partes deben cumplir con los plazos y procedimientos dispuestos en la Ley y el Reglamento con relación a las ampliaciones de plazo, variaciones a los trabajos, adicionales, deductivos, modificaciones al contrato de obra, aclaraciones al expediente técnico y cualquier otro tipo de incertidumbre, duda o controversia que surja, sin perjuicio de decidir someter alguna controversia sobre dichos aspectos a la JRD.

7.13 Contestación de la petición. Cumplidos los requisitos establecidos en el numeral precedente, el Centro notifica la petición a la otra parte en el plazo máximo de tres (03) días de recibida.

La parte que contesta debe hacerlo dentro del plazo de quince (15) días siguientes de notificada por el Centro. La contestación debe incluir una presentación clara y concisa de la posición respecto de la controversia, así como cualquier sustento que fundamente su posición, tales como documentos, planos, cronogramas o programas de actividades y correspondencia que resulte pertinente, de ser el caso.

En cualquier momento la JRD puede solicitar a cualquiera de las partes que presenten otros escritos o documentos adicionales que contribuyan a la emisión de la decisión.

7.14 Audiencia. Luego de la contestación, la JRD determina si es necesario llevar a cabo una audiencia para que cada parte exponga su posición y sustento, en atención a la complejidad de la materia controvertida u otros aspectos. Si una de las partes solicita que haya una audiencia, la misma debe llevarse a cabo.

La audiencia se lleva a cabo en el menor plazo posible. No obstante, entre la recepción de la contestación y la fecha para la audiencia debe mediar un plazo no mayor a diez (10) días. La audiencia podrá llevarse a cabo en una o más sesiones, las cuales deberán realizarse en un plazo no mayor a diez (10) días contados desde la fecha en que se efectuó la sesión anterior.

Cuando la audiencia deba realizarse en una fecha distinta a la de una visita periódica, la fecha y lugar será definido de común acuerdo entre las partes y la JRD. En caso que no se logre alcanzar dicho acuerdo, la audiencia tendrá lugar en la fecha y lugar que indique la JRD.



La audiencia se celebrará en presencia de todos los miembros de la JRD y un representante del Centro, salvo que la JRD decida, conforme a las circunstancias y previa consulta a las partes, que es posible llevar a cabo una audiencia en ausencia de uno de los miembros.

La JRD tiene la dirección de las audiencias y se asegura que cada parte tenga la oportunidad para exponer su caso. Las partes comparecerán personalmente o a través de sus representantes designados para tal fin. Salvo que la JRD decida lo contrario, la audiencia se desarrolla de la manera siguiente:

1. Presentación del caso por la parte solicitante.
2. Presentación de la parte que responde.
3. Indicación de la JRD a las partes de las cuestiones que requieren mayores aclaraciones para su dilucidación.
4. Aclaración por las partes de las cuestiones identificadas por la JRD.
5. Contestación de cada parte a las aclaraciones presentadas por la otra parte.

La JRD puede solicitar a las partes que presenten sus argumentos y el sustento documental respectivo por escrito antes o después de la audiencia. Asimismo, las partes pueden presentar dichos escritos por iniciativa propia.

7.15 Adopción de la decisión. Salvo el caso en que la JRD esté conformada por un solo miembro, la decisión es adoptada con el voto favorable de dos (2) miembros. A falta de mayoría, el voto del presidente de la JRD será dirimente.

Los adjudicadores tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda.

El miembro de la JRD que no esté de acuerdo con la decisión debe exponer las razones que motivan su desacuerdo en un informe escrito por separado que no forma parte de la decisión, pero que se comunica a las partes conjuntamente con esta última. El hecho de que un miembro de la JRD no motive su desacuerdo no constituye un obstáculo para la emisión de la decisión ni para su eficacia.

7.16 Emisión, contenido de la decisión y plazo de notificación. Culminada la audiencia, la JRD delibera en privado en cualquier lugar que considere apropiado. Las deliberaciones son confidenciales y no deben constar en la decisión que se emita. La JRD formula su decisión por escrito, debiendo indicar la fecha de su emisión, así como exponer los fundamentos y conclusiones que las motivan. La decisión debe incluir:

1. Un resumen de la controversia, de las posiciones respectivas de las partes y de los pedidos que se solicitan.
2. Un resumen de las disposiciones pertinentes del contrato de obra y de la legislación aplicable.
3. Una cronología de los hechos relevantes.
4. Un resumen del procedimiento seguido por la JRD.
5. Una lista de los escritos y de los documentos entregados por las partes durante el procedimiento.
6. La decisión en sí misma y su motivación.

La JRD redacta la decisión de tal manera que sea ejecutable en la práctica por las partes y conforme a las normas de contrataciones del Estado y el Contrato de Obra; previendo cualquier posible complicación o duda que pueda generar su aplicación.

La JRD notifica su decisión al Centro dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de realizada la última o única sesión de la audiencia respectiva. El Centro debe notificar dicha decisión a las partes en un plazo máximo de tres (3) días contados desde la recepción de la misma.

Las Decisiones emitidas y notificadas a las partes fuera de los plazos establecidos en el párrafo anterior son ineficaces, salvo que ambas partes decidan, antes de la recepción de la notificación de la decisión respectiva y mediante acuerdo expreso, concederle a la JRD un plazo adicional para emitir su decisión. Este plazo adicional no puede superar el indicado en el párrafo anterior. El acuerdo expreso debe suscribirse antes de la recepción total de la obra.

Las controversias materia de las decisiones que son ineficaces pueden ser sometidas a arbitraje dentro de los treinta (30) días de vencido el plazo para su notificación.

7.17 Implicancias económicas de la decisión. La decisión de la JRD versa sobre el derecho que le asiste a las partes con relación a la o a las controversias formuladas, dejando a las partes la determinación de las implicancias económicas de acuerdo a lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado.

En caso de existir discrepancias respecto a las implicancias económicas de la decisión, cualquiera de las partes puede presentar una controversia a la JRD. En tal caso se emplea el procedimiento aplicable a cualquier petición de presentación de controversia a la JRD.

Sin embargo, cuando se trate de decisiones que se vayan a emitir luego de la recepción total de la obra, la decisión de la JRD debe versar tanto sobre el derecho que le asiste a las partes con relación a la o las controversias como sobre las implicancias económicas de la decisión. En tal sentido, en dichos casos las partes deben aportar el sustento que sea necesario para que la JRD pueda decidir sobre ambos aspectos de las controversias en cuestión.

7.18 Corrección y aclaraciones de la decisión. La JRD puede corregir de oficio cualquier error tipográfico o informático, de cálculo, de transcripción o de naturaleza similar que contenga la decisión, en un plazo de cinco (5) días desde su notificación a las partes.

Cualquiera de las partes puede solicitar a la JRD la corrección de los errores descritos en el párrafo anterior o bien la aclaración de una decisión, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de recepción de la Decisión.

Cuando la JRD reciba una de las solicitudes detalladas en el párrafo precedente, concederá a la otra parte un plazo de cinco (5) días, contados a partir de la fecha de recepción de dicha solicitud, para que formule sus comentarios. Toda corrección o aclaración de la JRD debe emitirse en el plazo de cinco (5) días siguientes a la fecha de expiración del plazo otorgado a la otra parte para la recepción de sus comentarios, y notificarse por el Centro en el plazo máximo de tres (3) días.

7.19 Desacuerdo frente a la decisión de la JRD. Si ninguna de las partes comunica por escrito a la otra y a la JRD su desacuerdo total o parcial con la decisión en el plazo indicado en el quinto párrafo del artículo 212 del Reglamento o sí, habiéndolo comunicado, no se inicia el respectivo arbitraje dentro del plazo indicado en el cuarto párrafo del artículo 45.2 de la Ley, la misma adquiere el carácter de definitiva.

En caso que la controversia sea sometida a arbitraje, el árbitro único o el Tribunal Arbitral tendrán facultades para revisar, cuestionar y decidir sobre la controversia, sin estar vinculado o restringido por la decisión emitida por la JRD.

7.20 Circunstancias que habilitan al arbitraje. Los árbitros no podrán dar inicio a un proceso arbitral en tanto las partes no hayan agotado el procedimiento previo ante la JRD. Sin embargo, las partes quedan habilitadas para el inicio del arbitraje si la JRD no emite y notifica a las partes su decisión en el plazo previsto en la presente Directiva o dentro de la ampliación de plazo que hubieran concedido las partes, así como en los demás supuestos establecidos en el segundo párrafo del artículo 213 del Reglamento.

Los plazos de caducidad previstos en la Ley para someter la controversia a arbitraje se computan desde que se comuniquen a las partes la imposibilidad de conformar la JRD, así como en los demás supuestos establecidos en el tercer párrafo del artículo 213 del Reglamento.

7.21 Honorarios de la JRD. Las partes asumen en partes iguales los honorarios y gastos de los miembros de la JRD. Los miembros de la JRD reciben en partes iguales los mismos honorarios por su labor.

A falta de acuerdo entre las partes y los miembros de la JRD respecto del monto de los honorarios y gastos, éstos serán fijados conforme a lo establecido en el respectivo Reglamento del Centro.

En caso de falta de pago a los miembros de la JRD por una de las partes, se procede conforme a lo señalado en el segundo párrafo del artículo 209 del Reglamento.

7.22 Gastos administrativos del Centro. El Centro fija los gastos administrativos por los servicios que preste conforme a las tarifas que establezca en sus respectivos reglamentos.

7.23 Sustitución de miembros de la JRD. Procede la sustitución de un miembro de la JRD por las siguientes causales:

1. Incapacidad física o mental permanente.
2. Incapacidad física o mental temporal, que impida o dificulte el desarrollo de las actividades de la JRD.
3. Fallecimiento.
4. Recusación declarada fundada.
5. Resolución del contrato respecto al miembro único o uno de los miembros de la JRD.
6. Renuncia.

La parte que designó al miembro sustituido, los adjudicadores que lo propusieron o el Centro, según sea el caso, designan a un nuevo adjudicador en un plazo máximo de dos (2) días contados desde el momento en que el miembro sustituido cesa en sus funciones. En caso no se logre obtener la aceptación del nuevo adjudicador en un plazo de quince (15) días calendario, contados desde el momento que el miembro sustituido cesa en sus funciones, el Centro efectuará la designación respectiva.

Sin embargo, en el caso de recusación declarada fundada, el Centro designa al miembro sustituto directamente.

Mientras no haya sido sustituido un miembro de la JRD, los otros dos (2) miembros deben abstenerse de realizar audiencias y de emitir decisiones, salvo acuerdo en contrario por

escrito de las partes. En caso deba ser sustituido el miembro único, dos (2) o los tres (3) miembros, la JRD no podrá llevar a cabo actividad alguna.

VIII. DISPOSICIÓN FINAL

La presente Directiva entrará en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de la Resolución que la aprueba en el Diario Oficial "El Peruano".

IX. ANEXOS

- Anexo N.º 1 - Contrato tripartito estandarizado para JRD.
- Anexo N.º 2 - Cláusula Modelo.

Jesús María, febrero de 2016

Véase los anexos aquí: <bit.ly/2VOdfFw>

D-034**DIRECTIVA N.º 017-2016-OSCE/CD ⁽¹⁾****REGISTRO NACIONAL DE ÁRBITROS Y REGISTRO NACIONAL DE SECRETARIOS
ARBITRALES ADMINISTRADOS POR EL OSCE**

(Aprobada por la Resolución N.º 024-2016-OSCE/PRE [EP, 11-01-2016])

NOTA DE ACTUALIZACIÓN

(1) Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 1 de la Resolución N.º 071-2016-OSCE-PRE (EP, 19-02-2016).

I. FINALIDAD

Difundir los procedimientos relacionados con el Registro Nacional de Árbitros y el Registro Nacional de Secretarios Arbitrales administrado por el OSCE.

II. OBJETO

Regular los procedimientos de inscripción, rectificación de inscripción, así como los supuestos de suspensión, exclusión y actualización de información en el Registro Nacional de Árbitros y el Registro Nacional de Secretarios Arbitrales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45, numerales 45.6 y 45.7 de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

III. ALCANCE

La presente Directiva es de aplicación obligatoria para: i) los administrados que formulen solicitudes referidas al Registro Nacional de Árbitros y Registro Nacional de Secretarios Arbitrales administrados por el OSCE; ii) las personas que forman parte de dichos Registros; iii) los órganos del OSCE que participen en los procedimientos y solicitudes vinculadas al Registro Nacional de Árbitros y Registro Nacional de Secretarios Arbitrales administrados por el OSCE.

IV. BASE LEGAL

- Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N.º 30225.
- Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada por Ley N.º 27444.
- Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, aprobada mediante Ley N.º 27658.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.

- Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, aprobada mediante Decreto Legislativo N.º 1071.
- Texto Único de Procedimientos Administrativos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

En la presente Directiva se utilizarán las siguientes referencias:

- **Código de Ética:** Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado.
- **DAA:** Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE.
- **Ley:** Ley de Contrataciones del Estado.
- **LPAG:** Ley del Procedimiento Administrativo General.
- **OSCE:** Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- **Reglamento:** Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- **RNA:** Registro Nacional de Árbitros.
- **RNSA:** Registro Nacional de Secretarios Arbitrales.
- **ROF:** Reglamento de Organización y Funciones del OSCE.
- **TUPA:** Texto Único de Procedimientos Administrativos del OSCE

VI. RESPONSABILIDADES

Los siguientes órganos cuentan con responsabilidades específicas respecto de la presente Directiva:

- El personal de mesa de partes del OSCE, según corresponda, es responsable de la recepción y trámite documentario de las solicitudes de inscripción, rectificación, suspensión y exclusión del RNA y del RNSA, así como de verificar el cumplimiento de los requisitos y recaudos establecidos en el TUPA vigente.
- Las Oficinas Desconcentradas del OSCE son responsables de remitir oportunamente las solicitudes de dichos procedimientos con su respectiva documentación.
- La DAA es responsable de la aplicación, supervisión y cumplimiento de las disposiciones establecidas en la presente Directiva.

VII. DISPOSICIONES GENERALES

7.1. Consideraciones Preliminares:

- a) Los requisitos para los procedimientos de inscripción y rectificación de inscripción en el RNA y el RNSA se encuentran establecidos en el TUPA del OSCE.
- b) Los plazos para resolver la solicitud de rectificación y los supuestos de suspensión y exclusión que correspondan, deben computarse a partir del día hábil siguiente de presentada la correspondiente solicitud; siempre que la mesa de partes del OSCE o el órgano de línea competente no hayan formulado observaciones que se encuentren pendientes de subsanación, en cuyo caso se suspende el cómputo del plazo antes

citado y se reiniciará el día hábil siguiente de la subsanación oportuna de las observaciones efectuadas.

- c) El procedimiento de inscripción en el RNA y/o RNSA requiere previamente de la generación de un usuario y clave, de acuerdo con lo establecido en el TUPA y el manual de usuario contenido en el portal de la página web de la DAA. El trámite para solicitar la generación de un usuario y clave debe realizarse de manera presencial.
- d) El procedimiento de inscripción en el RNA y/o RNSA se realiza mediante el acceso a la página web de la DAA. Dicho procedimiento se inicia una vez que el solicitante cuente con el usuario y clave de acceso. Este procedimiento es de aprobación automática, estando sujeto a los principios de presunción de veracidad y fiscalización posterior.
- e) El procedimiento de rectificación de inscripción es de verificación previa. La rectificación de información no eximirá al solicitante de cualquier responsabilidad derivada de la presentación de información falsa o inexacta que haya sido materia de rectificación.
- f) La actualización de información, esto es el ingreso de información adicional a la inicialmente consignada, realizada con posterioridad a la inscripción en el RNA y/o RNSA, se presume que ha sido ingresada por el usuario del sistema del RNA y/o RNSA, teniendo por ende condición de declaración jurada, razón por la cual la misma se encuentra sujeta a los principios de presunción de veracidad y fiscalización posterior.

7.2. Obligaciones derivadas de la inscripción y rectificación de inscripción en el Registro Nacional de Árbitros y Registro Nacional de Secretarios Arbitrales:

Como consecuencia de su inscripción o rectificación de inscripción en el RNA y/o RNSA, el solicitante asume las siguientes obligaciones:

- a) Mantener actualizada la información correspondiente a su registro, la misma que deberá ser veraz. Asimismo, el solicitante debe contar con la documentación sustentatoria correspondiente.
- b) Remitir oportunamente y en el plazo otorgado la documentación que sustenta su inscripción y actualización en el RNA y/o RNSA ante el requerimiento efectuado por el órgano de línea competente.

La verificación del cumplimiento de esas obligaciones estará a cargo del órgano de línea competente.

7.3. Estado de los procedimientos en el RNA y/o RNSA:

- a) Conforme: cuando la mesa de partes del OSCE verificó que el solicitante cumplió con todos los requisitos TUPA o que cumplió con subsanar cualquier omisión de éstos.
- b) Observado: cuando la mesa de partes del OSCE o el órgano de línea competente según corresponda, verificó que el solicitante no cumplió con todos o algunos de los requisitos establecidos en el TUPA y efectuó un requerimiento de subsanación, otorgándole al solicitante un plazo para subsanar dicha observación.
- c) No presentada la solicitud de usuario y clave: cuando la mesa de partes del OSCE verifique respecto de la solicitud de usuario y clave de acceso al sistema del RNA y/o RNSA que los datos consignados en el formulario de solicitud no corresponden a los datos personales del solicitante, rechazará la misma de plano, teniendo por no presentada dicha solicitud.

- d) No presentado en los procedimientos de inscripción y rectificación: cuando la mesa de partes del OSCE verifique que ha transcurrido el plazo otorgado sin que el solicitante haya cumplido con subsanar la observación formulada, tendrá por no presentada la solicitud, sin mayor trámite.
- e) Archivado: cuando transcurrido el plazo de treinta (30) días al que se refiere el artículo 191 de la LPAG, el solicitante no haya cumplido con subsanar la observación formulada por el órgano de línea competente y la DAA haya declarado el abandono del mismo, disponiendo el archivo definitivo del procedimiento.

7.4. Fiscalización posterior y nulidad:

La información consignada en el RNA y RNSA tiene carácter de declaración jurada y está sujeta a fiscalización posterior, debiendo ser acreditada en la oportunidad, plazo y forma establecidos en el artículo 32 de la LPGA.

De conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Reglamento, en caso se verifique alguno de los supuestos ahí previstos, la DAA, previo informe del órgano de línea competente, declara la nulidad de la inscripción en el RNA y RNSA, lo que supone el retiro del profesional en el RNA y RNSA.

En caso que la nulidad de la inscripción se haya producido por la determinación de la existencia de información falsa además de la declaración de nulidad, se dispondrá el inicio de las acciones legales correspondientes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la LPAG.

VIII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

8.1. Procedimiento de Inscripción en el RNA y al RNSA

8.1.1. Condiciones Generales

- Archivado: cuando transcurrido el plazo de treinta (30) días al que se refiere el artículo 191 de la LPAG, el solicitante no haya cumplido con subsanar la observación formulada por el órgano de línea competente y la DAA haya declarado el abandono del mismo, disponiendo el archivo definitivo del procedimiento.
- La inscripción en el RNA y/ o RNSA no requiere ser renovada, sin embargo, las personas inscritas asumen el compromiso de actualizar permanentemente la información declarada.
- Inmediatamente después de culminada la inscripción, el sistema generará la respectiva Constancia de Inscripción en el RNA y/o RNSA, la misma que podrá ser impresa en cada oportunidad que el usuario lo requiera.
- El incumplimiento de la obligación legal del profesional de inscribirse en el RNA, genera que el laudo pueda ser anulado, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.9 de la Ley.

8.1.2. De la solicitud de usuario y clave para el acceso al sistema del RNA y/o RNSA

- El solicitante deberá registrar su solicitud de usuario y clave a través del formulario web que deberá descargar del portal de la DAA.
- El solicitante imprime y suscribe la solicitud, debiéndola presentar en la mesa de partes del OSCE, la cual verifica que los nombres y apellidos, número de RUC y firma del solicitante, consignados en el formulario, correspondan a sus datos personales.



8.1.3. De la entrega del usuario y clave

- La mesa de partes del OSCE verificará que los nombres y apellidos, número de documento de identidad, número de RUC y firma correspondan a los datos personales del solicitante. La verificación de dichos datos se realizará con la revisión de los datos consignados en la ficha RENIEC del solicitante y en la SUNAT, sin perjuicio de poder utilizar otros mecanismos de validación de información que el OSCE implemente en el futuro.
- Verificados los datos correspondientes por la mesa de partes del OSCE, al día hábil siguiente el solicitante recibirá en el correo electrónico registrado, el usuario y clave de acceso al RNA y RNSA, según sea el caso. La misma clave y usuario permiten el acceso del solicitante a ambos registros.
- El solicitante debe utilizar de manera personal e intransferible el usuario y clave otorgados por el OSCE.

8.1.4 De la inscripción del profesional en el RNA como Árbitro único y/o Presidente del Tribunal Arbitral

Obtenidos el usuario y clave de acceso al sistema, para que el solicitante pueda inscribirse como Árbitro Único y/o Presidente del Tribunal Arbitral, deberá consignar en el registro, bajo declaración jurada, que cumple con lo siguiente:

- i. Haber obtenido el título profesional de Abogado.
- ii. Contar con especialización en Arbitraje, Contrataciones con el Estado y Derecho Administrativo.

Las especialidades se acreditarán mediante formación académica o experiencia funcional o experiencia en docencia universitaria, según los criterios expresados en el siguiente cuadro:

Ver cuadro aquí: <bit.ly/2EJnZOp>

Los laudos en arbitraje en contrataciones con el Estado pueden servir para acreditar a la vez especialización en arbitraje y en contrataciones con el Estado.

8.1.5 De la inscripción del profesional en el RNA como árbitro designable por una de las partes:

Para que el solicitante pueda inscribirse como árbitro designable por una de las partes, deberá manifestar bajo declaración jurada que cumple con lo siguiente:

- Haber obtenido un título profesional.
- Contar con conocimiento en Contrataciones con el Estado, conforme a lo establecido en el cuadro precedente.

8.1.6 De la inscripción en el RNSA como Secretario Arbitral

Para que el solicitante pueda inscribirse como Secretario Arbitral, deberá manifestar bajo declaración jurada que cumple como mínimo con lo siguiente:

- Haber obtenido el grado académico de bachiller en la carrera profesional de Derecho.

8.2. Procedimiento de Rectificación de Inscripción en el RNA y en el RNSA

Toda información registrada puede ser objeto de una solicitud de rectificación, la misma que será evaluada por el órgano de línea competente.

8.2.1. De la presentación de la solicitud

- El árbitro o secretario registrado debe presentar su solicitud de rectificación en la mesa de partes del OSCE, la misma que debe cumplir con los requisitos establecidos en el TUPA.

8.2.2. Del plazo para resolver las solicitudes de rectificación

- El plazo para emitir pronunciamiento sobre las solicitudes de rectificación es de cinco (5) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente de presentada la solicitud.

8.3. Suspensión de la inscripción y exclusión del RNA

8.3.1. De oficio o por comunicación de un tercero, el órgano de línea competente podrá disponer la suspensión de la inscripción o la exclusión en dicho registro, conforme a las siguientes causales:

8.3.2. Se suspende la inscripción en el RNA en los siguientes casos:

- a) Sanción de suspensión temporal para el ejercicio de la función arbitral, por infracción al Código de Ética, impuesta por el Consejo de Ética.
- b) Sanción administrativa de suspensión temporal para el ejercicio de la función profesional, impuesta por su Colegio Profesional, en tanto esté vigente dicha sanción.
- c) Sanción penal de condena impuesta por el Poder Judicial que lleve aparejada la inhabilitación para ejercer la profesión, en tanto esté vigente dicha sanción.
- d) Sanción penal de condena por delito doloso impuesta por el Poder Judicial, en tanto esté vigente dicha sanción.
- e) Cuando se encuentren impedidos de ejercer la función arbitral, durante un periodo determinado de tiempo.
- f) Ha pedido expreso del profesional.
- g) Cuando se verifique que no se han acreditado las especialidades conforme a lo establecido en la presente Directiva.

8.3.3. Se **excluye la inscripción** en el RNA en los siguientes casos:

- a) Fallecimiento del profesional.
- b) Sanción de inhabilitación permanente para el ejercicio de la función arbitral, por infracción al Código de Ética, impuesta por el Consejo de Ética.
- c) Sanción administrativa de inhabilitación permanente para el ejercicio de la función profesional, impuesta por su Colegio Profesional.
- d) A solicitud del profesional.
- e) Cuando se declare la nulidad del registro.

8.3.4. Los casos de suspensión previstos en los literales e), f) y g) del numeral 8.3.2 de la presente Directiva, así como los casos de exclusión referidos en los literales a), d) y e) del numeral 8.3.3 de la presente Directiva serán declarados por el órgano de línea competente, mediante Resolución en un plazo no mayor a treinta (30) días hábiles, contados desde el inicio de las indagaciones o desde recibida la comunicación. Dicha Resolución será registrada en el RNA en el plazo de cinco (5) días hábiles contados desde la fecha en que la misma ha quedado consentida.

Los demás casos de suspensión y exclusión previstos en los numerales 8.3.2 y 8.3.3 de la presente Directiva, operan en forma automática. En estos casos el órgano de línea competente registra las sanciones en el RNA en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contados desde la fecha en que la misma ha quedado consentida.

Toda exclusión y suspensión del RNA será comunicada por el órgano de línea competente al profesional al domicilio consignado en el formulario de inscripción mediante oficio.

La exclusión o suspensión del profesional inscrito en el RNA que se desempeña como árbitro en un proceso en curso no conlleva al cese de su función como tal.

8.4 Suspensión de la inscripción y exclusión del RNSA

8.4.1. De oficio o por comunicación de un tercero, el órgano de línea competente podrá disponer la suspensión de la inscripción o la exclusión del RNSA cuando corresponda.

8.4.2. Se **suspende la inscripción** en el RNSA en los siguientes casos:

- a) A pedido expreso del solicitante.
- b) Sanción administrativa de suspensión temporal para el ejercicio de la función profesional, impuesta por su Colegio Profesional, en tanto esté vigente dicha sanción.
- c) Sanción penal de condena por delito doloso impuesta por el Poder Judicial, en tanto esté vigente dicha sanción.

8.4.3. Se **excluye la inscripción** en el RNSA en los siguientes casos:

- a) Por fallecimiento.
- b) Sanción administrativa de inhabilitación permanente para el ejercicio de la función profesional, impuesta por su Colegio Profesional.
- c) A pedido expreso del solicitante.
- d) Cuando se declare la nulidad del registro.

8.4.4. El caso de suspensión previsto en el literal a) del numeral 8.4.2 de la presente Directiva, así como los casos de exclusión referidos en los literales a), c) y d) del numeral 8.4.3 de la presente Directiva serán declarados por el órgano de línea competente en un plazo no mayor a treinta (30) días hábiles de iniciado el procedimiento. Dicha Resolución será registrada en el RNSA en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contados desde la fecha en que la misma ha quedado consentida.

Los demás casos de suspensión y exclusión previstos en los numerales 8.4.2 y 8.4.3 de la presente Directiva, operarán en forma automática. En estos casos el órgano de línea competente registrará las sanciones en el RNSA en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contados desde la fecha en que la misma ha quedado consentida.

Toda exclusión y suspensión del RNSA será comunicada por el RNSA al Secretario al domicilio consignado en el formulario de inscripción mediante oficio.

8.5. De la Interposición del recurso de reconsideración contra las resoluciones emitidas por el órgano de línea competente

Procede interponer recurso de reconsideración de conformidad con lo establecido en el artículo 208 de la LPAG, contra las resoluciones de suspensión y exclusión emitidas en el plazo de quince (15) días hábiles de haber sido notificadas. De no interponer recurso de reconsideración en dicho plazo las mismas quedarán consentidas.

El recurso de reconsideración será resuelto por el órgano de línea competente en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles.

8.6. De la Interposición del recurso de apelación contra las resoluciones emitidas por el órgano de línea competente

Procede interponer recurso de apelación, contra las resoluciones de suspensión y exclusión emitidas por el órgano de línea competente y las que resuelven un recurso de reconsideración en el plazo de quince (15) días hábiles de haber sido notificadas. De no interponer recurso de apelación en dicho plazo, las mismas quedarán consentidas.

El recurso de apelación será resuelto por la DAA en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles. El presente recurso agota la vía administrativa.

IX. DISPOSICIÓN FINAL

9.1. La presente Directiva entrará en vigencia en la fecha de publicación en el Diario Oficial El Peruano de la norma que apruebe el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.

Jesús María, enero de 2016

X. CERTIFICACIÓN

D-035

DIRECTIVA N.º 002-2018-OSCE/CD

CERTIFICACIÓN DE LOS PROFESIONALES Y TÉCNICOS QUE LABOREN EN LOS ÓRGANOS ENCARGADOS DE LAS CONTRATACIONES DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS

(Aprobada por la Resolución N.º 001-2019-OSCE/PRE [EP, 08-01-2019])

I. FINALIDAD

Establecer las disposiciones que regulan la certificación de los profesionales y técnicos que laboren en los órganos encargados de las contrataciones, que contribuya a garantizar una gestión eficiente y competente de las contrataciones por parte de las Entidades.

II. OBJETO

- Establecer los criterios y procedimientos para la implementación del proceso de certificación de profesionales y técnicos que laboren en los órganos encargados de las contrataciones de las entidades públicas que, en razón de sus funciones, intervienen directamente en alguna de las fases de la contratación pública.
- Cautelar el desarrollo del proceso de certificación que asegure transparencia e igualdad de condiciones a los postulantes.
- Promover la optimización de los servicios que prestan las entidades públicas, a través de la contratación de aquellos profesionales y técnicos que cumplan los estándares de evaluación establecidos en la certificación.

III. AMBITO DE APLICACION

La presente directiva es de aplicación obligatoria para los profesionales y técnicos que laboren o deseen laborar en los órganos encargados de las contrataciones y que en razón de sus funciones o acción intervengan directamente en alguna de las fases de la contratación pública, cualquiera sea el vínculo laboral o contractual que mantienen con la respectiva Entidad. Asimismo para los órganos competentes de las entidades públicas, quienes deben velar por el cumplimiento de la misma.

IV. BASE LEGAL

- Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N.º 006-2017-JUS, y modificatorias.

- Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y sus modificatorias.
- Decreto Supremo ND 350-2015-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y sus modificatorias.
- Decreto Supremo N.º 076-2016-EF, Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

V. REFERENCIAS

En la presente directiva se utilizarán las siguientes referencias:

- Ley: Ley de Contrataciones del Estado.
- Reglamento: Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- OEC: Órgano Encargado de las Contrataciones.
- OSCE: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- SICAN: Sistema informático de Certificación de Acuerdo a Niveles.

VI. DEFINICIONES

- **Certificación:** proceso a través del cual se corrobora, mediante una evaluación, las competencias de los profesionales o técnicos que deseen laborar en el OEC, de acuerdo a niveles de formación y experiencia laboral debidamente acreditadas. El procedimiento de certificación acredita al profesional o técnico en alguno de los siguientes niveles: Básico, Intermedio, Avanzado.
- **Soporte informático:** plataforma informática accesible a través del portal web del OSCE, que permite registrar, procesar y almacenar información del procedimiento de evaluación para la certificación.
- **Aplicador:** servidor o funcionario del OSCE que verifica la identidad del postulante, brinda las pautas para la rendición del examen y controla el desarrollo del examen.
- **Postulante:** profesional o técnico que solicite rendir la evaluación para acceder a la certificación en contrataciones del Estado.

VI. DISPOSICIONES GENERALES

7.1 Los profesionales y técnicos del OEC que, en razón de sus funciones, intervienen directamente en alguna de las fases de la contratación deben contar con la certificación otorgada por el OSCE de acuerdo con la presente Directiva.

7.2 La certificación emitida por el OSCE se realiza a través de un documento virtual, la cual tiene validez para las Entidades Públicas, imprimiéndose desde el SICAN.

7.3 La certificación tiene una vigencia de dos (02) años; vencido dicho plazo, el profesional o técnico pierde automáticamente su condición de certificado, sin perjuicio de poder solicitarla nuevamente.

7.4 Es responsabilidad del Jefe de Administración de cada Entidad Pública, o de quien haga sus veces, verificar el cumplimiento de la obligación establecida en el numeral 7.1.

7.5 Toda declaración, información y documentación presentada en el marco del proceso de certificación tiene carácter de declaración jurada y es evaluada bajo el principio de presunción de veracidad. Dicha información puede ser sometida a un procedimiento de fiscalización posterior, según lo establecido en el artículo 33 del TUO la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. En caso de comprobarse falsedad o inexactitud en la declaración, información o documentación presentada por el administrado, se



procede a declarar la nulidad de oficio de su certificación, sin perjuicio de las acciones legales que correspondan.

7.6 El OSCE brinda las orientaciones necesarias, a través del portal Institucional, para el desarrollo del procedimiento de certificación como; temas que se abordan en el examen, el proceso de pago, el registro, las sedes y turnos de rendición del examen, condiciones y normas para rendir el examen programado, tiempo de duración de examen, tolerancia para el inicio de examen, la documentación que debe presentarse sobre formación académica y experiencia general y específica, entre otros.

7.7 Los procesos de contratación en los que intervenga personal no certificado mantienen su validez.

7.8 El OSCE administra la base de datos de "Profesionales y técnicos certificados por OSCE", la cual puede ser consultada a través del portal institucional; sin perjuicio de que pueda consultarse la validez de certificados no vigentes.

VIII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

8.1 Para certificarse, el profesional o técnico debe cumplir con lo siguiente:

Condiciones		Nivel 1 Básico	Nivel 2 Intermedio	Nivel 3 Avanzado
Aprobar el Examen de Certificación		Con un mínimo de 30 puntos	Con un mínimo de 43 puntos	Con un mínimo de 58 puntos
Acreditar	Formación académica (*)	Egresado de educación superior técnica o universitaria	Bachiller o título profesional técnico	Bachiller o título profesional técnico
	Experiencia general mínima	3 años de experiencia laboral general	5 años de experiencia laboral general	7 años de experiencia laboral general
	Experiencia específica mínima	1 año de experiencia laboral en logística pública y/o privada	2 años de experiencia laboral relacionada con la contratación pública	4 años de experiencia laboral relacionada con la contratación pública

(*) No será necesaria presentar los grados académicos y títulos universitarios registrados en la SUNEDU; el OSCE lo verifica en el portal institucional de dicha entidad, salvo que no conste en dicha Registro.

8.2. La certificación en un nivel determinado no conlleva limitación alguna para intervenir directamente en alguna de las fases de la contratación, sin perjuicio de la obligación de encontrarse certificado.

Sobre el registro y postulación en el SICAN

8.3 El postulante debe realizar el pago determinado por el OSCE para iniciar su proceso de certificación. El OSCE difunde a través de su portal institucional el costo respectivo, así como las entidades bancarias y los medios de pago.

8.4 Los correos electrónicos consignados por el postulante durante el registro en el SICAN son los medios autorizados mediante los cuales el OSCE notifica toda información correspondiente al proceso de certificación, por lo tanto el postulante es responsable de

verificar que las cuentas de correo electrónico estén habilitadas y configuradas para que las notificaciones electrónicas enviadas por el OSCE no sean consideradas correo electrónico no deseado.

8.5 El postulante debe tomar las previsiones necesarias y revisar los documentos de orientación que se encuentran en el portal institucional.

8.6 La asignación de la sede para rendir el examen se realiza de acuerdo con la información del departamento, provincia y distrito que el postulante registre. La fecha y hora del examen están sujetas a la disponibilidad de cada sede de evaluación, las cuales se completan según el orden de registro. Esta información se notifica a su correo electrónico.

Sobre el examen de certificación

8.7 El examen de certificación es individual, presencial y se realiza a través del SICAN, bajo la supervisión del OSCE conforme con lo establecido en la presente directiva, documentos de orientación y temario publicados en el portal institucional del OSCE.

8.8 La organización del examen de certificación está a cargo de la Subdirección de Desarrollo de Capacidades en Contrataciones del Estado con el apoyo de las Oficinas Desconcentradas del OSCE.

8.9 El examen es aplicado en la sede, fecha y hora asignadas por el OSCE; debiendo presentarse el postulante antes de la hora programada, portando únicamente su Documento Nacional de Identidad (DNI) o Carnet de Extranjería. Una vez iniciado el examen no se permitirá el ingreso para rendirlo sin derecho a devolución de lo pagado; salvo causa de fuerza mayor debidamente sustentada.

8.10 El postulante que no se presente en la sede, fecha y hora establecidas perderá su derecho a rendir el examen, sin derecho a devolución de lo pagado; salvo causa de fuerza mayor debidamente sustentada.

8.11 Para efectos de rendir el examen de certificación, cada postulante debe cumplir las siguientes reglas:

- Respetar las disposiciones e instrucciones de los responsables del examen y aplicadores.
- Se encuentra prohibido el ingreso al examen portando aparatos electrónicos como celular, reproductor de sonido, cámara fotográfica, grabadora, videgrabadora, sistema de audio, laptop, tablet, etc., así como cuadernos, hojas de papel, carteras, maletines, mochilas, bolsas, alimentos, lentes oscuros, sombreros, ropa que oculte el rostro, reloj, etc.
- Se encuentra prohibido que el postulante, en cualquier forma, atente contra el orden, el patrimonio o activos del OSCE, falte a la verdad en la información proporcionada o participe en suplantación o plagio.

8.12 El postulante que incumpla alguna de las reglas establecidas en el numeral precedente será retirado del examen, culminando su procedimiento de certificación, sin perjuicio de las acciones legales que pudieran corresponder.

8.13 Culminado el examen, o concluido el tiempo asignado para el desarrollo de éste, lo que ocurra primero, el postulante debe retirarse del aula y de la sede.

8.14 La puntuación obtenida por el postulante luego de haber culminado el examen no es cuestionable.

Sobre la evaluación de documentos

8.15 El resultado del examen tiene una vigencia de seis (06) meses contados desde el día siguiente de su aprobación, plazo dentro del cual debe acreditarse la formación académica y la experiencia laboral general y específica mediante la presentación de documentos digitalizados a través del SICAN.

8.16 La Subdirección de Desarrollo de Capacidades en Contrataciones del Estado evalúa los documentos presentados para verificar el cumplimiento de los requisitos de acuerdo a cada nivel, conforme con lo establecido en el numeral 8.1.

8.17 La experiencia laboral general y específica exigida se puede acreditar con cualquiera de los siguientes documentos:

- a) Resolución de nombramiento o designación en el cargo o puesto de la Entidad y resolución de cese, en caso no continúe en el ejercicio del cargo o puesto; en caso de no contar con resolución de cese y de existir continuidad laboral, se presenta la última boleta de pago o documento emitido por el área de recursos humanos o el que haga sus veces, que dé cuenta de la continuidad en el servicio.
- b) Constancia o certificado de trabajo emitido por el área de recursos humanos o la que haga sus veces o funcionario competente.
- c) Conformidad del servicio o constancia de prestación emitida por el órgano encargado de las contrataciones o funcionario autorizado de la Entidad.
- d) Contrato de locación u orden de servicio, acompañado de su respectiva conformidad.
- e) Contrato CAS o última adenda, acompañada con última boleta de pago.
- f) Cualquier otra documentación que, de manera fehaciente demuestre la experiencia.

Dichos documentos deben consignar: i) nombres y apellidos completos del postulante; ii) el cargo, puesto y funciones desempeñadas (de ser necesario); iii) fecha de inicio y fin, o plazo; iv) número de RUC, razón social y otros datos (dirección, teléfonos, correo electrónico, página web, etc.) de la entidad, empresa u organización; v) nombres y apellidos, cargo y firma del que suscribe el documento; y, vi) fecha de emisión del documento.

En caso se presenten documentos en idiomas diferentes a los idiomas oficiales del Perú, se debe presentar la traducción simple del documento, con la indicación y suscripción de quien oficie de traductor, debidamente identificado.

8.18 De no presentar la documentación que acredita la formación académica y/o experiencia laboral, o de no acreditarla, se da por concluido el proceso de certificación, pudiendo el postulante iniciarlo nuevamente, en caso lo requiera.

Sobre el resultado del proceso de certificación

8.19 La Sub Dirección de Desarrollo de Capacidades en Contrataciones del Estado emite el resultado del proceso de certificación en un plazo máximo de 30 días hábiles, contados a partir de la presentación de documentos.

IX. DISPOSICIONES TRANSITORIAS

9.1. Los profesionales o técnicos que se encuentren certificados a la fecha de entrada en vigencia de la presente Directiva deben adoptar las previsiones del caso, recomendándose tener en cuenta el siguiente cronograma:

Mes y año de fin de vigencia de su certificación	Mes y año de registro de postulación
abril de 2019	enero de 2019
mayo de 2019	febrero de 2019
junio de 2019	marzo de 2019
julio de 2019	abril de 2019
agosto de 2019	mayo de 2019
setiembre de 2019	Junio de 2019

X. DISPOSICIONES FINALES

10.1 La presente Directiva entra en vigencia al día siguiente de la publicación en el Diario Oficial El Peruano de la Resolución que formaliza su aprobación.

10.2 A partir de la vigencia de la presente directiva, queda sin efecto la Directiva N.º 013-2017-OSCE/CD.

Jesús María, 28 de diciembre de 2018

XI. ACUERDO MARCO

D-036

DIRECTIVA N.º 007-2017-OSCE/CD

Disposiciones aplicables a los catálogos electrónicos de acuerdos marco

(Aprobada por la Resolución N.º 007-2017-OSCE/CD [EP, 02-04-2017])⁽ⁱ⁾

COMUNICADO DEL OSCE

- (i) Comunicado N.º 007-2017-OSCE (04-2017): Contrataciones a través de los catálogos electrónicos de Acuerdos Marco. Texto Completo: <bit.ly/2F00J4S>.

OPINIONES DEL OSCE

§ 2266. El acto administrativo mediante el cual la Entidad responsable ejercía su facultad de suspender o excluir a determinado proveedor o ficha-producto del Catálogo Electrónico podía ser objeto de contradicción en vía administrativa. CONSULTA: 2.2. “Si el acto de ejecución de las condiciones por incumplimiento de los términos establecidos, llámese exclusión o suspensión de la ficha - producto o del proveedor, según corresponda, en el documento denominado Acuerdo de Convenio Marco, por parte de la Entidad Responsable (ahora PERU COMPRAS, antes OSCE), ¿Puede ser objeto de contradicción?”. CONCLUSIÓN: 3. En los procesos de contratación sujetos a la modalidad de Convenio Marco regidos bajo los alcances del Decreto Legislativo N.º 1017 y el Decreto Supremo N.º 184-2010-EE, el acto administrativo mediante el cual la “Entidad responsable” ejercía su facultad de suspender o excluir a determinado proveedor o ficha-producto del Catálogo Electrónico podía ser objeto de contradicción en vía administrativa, conforme a lo previsto en la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. (Opinión N.º 126-2017/DTN, de 02-06-2017, ff. 2.2 y 3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2QinmEe>).

§ 2267. Perú Compras puede establecer reglas especiales en atención a la naturaleza de cada Catálogo, por lo que puede exigir el cumplimiento de determinadas condiciones durante la ejecución contractual. Ante la exigencia de la carta de originalidad la Entidad contratante es responsable de solicitar el cumplimiento de dicha exigencia. CONSULTAS: 2.2. “¿Es posible establecer como condición para la conformidad que la entidad solicite una carta expedida por la Marca, representante de la Marca, fabricante o dueño de la marca en donde se acredite que dicho proveedor se encuentra autorizado a comercializar sus productos?”. [...] 2.3. “¿La Entidad contratante puede solicitar la carta de originalidad y si dicho requerimiento puede exigirse al proveedor adjudicatario una vez solicitado por la Entidad contratante?”. CONCLUSIONES: 3.2. En el marco de las atribuciones que la normativa de contrataciones del Estado le confiere a PERÚ COMPRAS -y con el fin de garantizar la efectiva y oportuna satisfacción

I. FINALIDAD

Establecer lineamientos generales para la debida aplicación del método especial de contratación a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco, que contribuya a la eficiencia y transparencia de la contratación pública.

II. OBJETO

Establecer disposiciones complementarias para la aplicación del método especial de contratación a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

III. ALCANCE

La presente Directiva es de cumplimiento obligatorio para las Entidades que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, conforme al artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado, así como para los proveedores que deseen contratar con el Estado a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco, debiendo PERÚ COMPRAS observar los lineamientos generales contenidos en la presente Directiva para el cumplimiento de sus funciones, en el marco de sus competencias.

IV. BASE LEGAL

- Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF.
- Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

de los fines públicos, bajo las mejores condiciones de calidad y precio-, es posible que dicha Entidad establezca reglas especiales en atención a la naturaleza de cada Catálogo, en razón de las cuales se pueda exigir el cumplimiento de determinadas condiciones durante la ejecución contractual -por ejemplo, la presentación de una carta expedida por el fabricante o titular de la marca que autorice al proveedor a comercializar sus productos-, a efectos de que la Entidad contratante otorgue la conformidad correspondiente por la debida ejecución de la prestación a cargo del contratista. 3.3. Tomando en cuenta las consideraciones establecidas en el Acuerdo Marco respectivo, si PERÚ COMPRAS hubiera previsto determinadas condiciones a ser cumplidas durante la ejecución contractual -como por ejemplo, la presentación de una "carta de originalidad"-; la Entidad contratante sería responsable de solicitar el cumplimiento de dichas exigencias, debiendo el proveedor (contratista) acatar sus obligaciones conforme a las reglas derivadas de la formalización del referido Acuerdo Marco. (Opinión N.º 120-2018/DTN, de 16-08-2018, ff. 2.2, 2.3, 3.2 y 3.3. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2EdsnXV>).

§ 2268. **En las contrataciones realizadas a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco no resulta posible cualquier modificación en las condiciones inicialmente ofertadas, aun cuando estas pudiesen considerarse mejoras, ya que ello contravendría la naturaleza del Acuerdo Marco.** CONSULTA: 2. "(...) si es legalmente viable, efectuar la modificación de los contratos derivados de un Acuerdo Marco, en los casos en que el Contratista proponga bienes de superiores características". [...] 2.5. [Se] puede inferir que perfeccionado el contrato derivado de un Acuerdo Marco, tal contrato debe responder a lo establecido en el respectivo Catálogo Electrónico. Por tanto, no es posible realizar modificaciones a las condiciones y/o características indicadas en el contrato, toda vez que corresponde al contratista cumplirlas de conformidad con lo indicado en el Catálogo correspondiente. [...] cabe mencionar que dentro de las Reglas del método especial de contratación a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco se prevé que el proveedor debe atender la orden de compra publicada

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

En la presente Directiva se utilizarán las siguientes referencias:

- Directiva: La presente Directiva.
- Ley: Ley de Contrataciones del Estado.
- OEC: Órgano encargado de las contrataciones de la Entidad.
- OSCE: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- PERÚ COMPRAS: Central de Compras Públicas - Perú Compras.
- Reglamento: Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N.º 350-2015/EF.
- SEACE: Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado.

VI. DEFINICIONES

- **Costo total del bien o servicio:** Es el valor o monto resultante que contemple todos los conceptos y aspectos referidos a las características y condiciones del bien o servicio, tales como: (i) precio; (ii) el rendimiento y vida útil; (iii) las condiciones comerciales, como los plazos de garantía, los plazos de entrega, entre otros; (iv) el costo por flete; y, (v) otros aplicables de acuerdo a las condiciones del mercado en los que se

por la Entidad que registre el Estado aceptada con entrega pendiente, de conformidad con las especificaciones técnicas, precios y condiciones comerciales establecidas en la orden de compra generada en el Catálogo Electrónico. Asimismo, en dichas reglas se dispone que el proveedor no podrá entregar a la Entidad otro bien que no sea el detallado en la orden de compra, quedando expresamente prohibido el ofrecimiento de cualquier modificación en las condiciones inicialmente ofertadas, aun cuando estas pudiesen considerarse mejoras. Conforme a lo anterior, en las contrataciones realizadas a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco no resulta posible cualquier modificación en las condiciones inicialmente ofertadas, aun cuando estas pudiesen considerarse mejoras, ya que ello contravendría la naturaleza del Acuerdo Marco. (Opinión N.º 177-2017/DTN, de 24-08-2017, ff. 2 y 2.5. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2rxHraI>).

§ 2269. **Es necesario solicitar autorización de manera independiente por cada compra que realice la Entidad de acuerdo a la necesidad de las áreas usuarias.** CONSULTA: *Si la autorización de la contratación respectiva se encuentra referida a la autorización del objeto contractual o a la autorización del costo de la contratación ¿Va a ser necesario solicitar autorización de manera independiente por cada compra que realice de acuerdo a la necesidad de las áreas usuarias, o ya es suficiente con la autorización de la contratación que se produjo en su oportunidad cuando se realizó la inclusión en el PAC?* (Sic). **3. CONCLUSIÓN. 3.1.** Las Entidades deben contar con un expediente de contratación que evidencie el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para proceder con la contratación, en el cual se sustente la decisión de emplear la modalidad de Acuerdo Marco, de acuerdo a lo establecido en el numeral 8.7 de la Directiva N.º 027-2016-OSCE/CD [cfr. numeral 8.7 de la Directiva N.º 007-2017-OSCE/CD (D-036)] “Disposiciones aplicables a los catálogos electrónicos de Acuerdos Marco”. **3.2.** En aplicación del numeral 8.7 de la Directiva N.º 027-2016-OSCE/CD, el OEC sustentará la autorización de la contratación respectiva de manera independiente a la inclusión en el Plan Anual

comercien los bienes o servicios contenidos en los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco.

VII. DISPOSICIONES GENERALES

7.1 PERÚ COMPRAS para la implementación o extensión de la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco podrá hacer uso de los siguientes procedimientos:

- a) Creación de nuevos Catálogos Electrónicos.
- b) Nueva Convocatoria para la incorporación de proveedores en un Catálogo existente. Este procedimiento supone la modificación de las reglas de negocio del Catálogo.
- c) Convocatoria para la renovación de un Catálogo e incorporación de nuevos proveedores. En este procedimiento se mantienen las mismas reglas de negocio del Catálogo, permitiendo la posibilidad de incluir nuevos proveedores que cumplan con los mismos parámetros bajo los cuales se seleccionaron a los proveedores.
- d) Otros necesarios para la implementación o extensión de la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco.

VIII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

Sobre los procedimientos a cargo de Perú Compras

8.1 Los procedimientos señalados en el numeral 7.1 de la Directiva se rigen por las reglas especiales establecidas en los documentos del procedimiento que para el efecto desarrollará PERÚ COMPRAS, las cuales incluirán el plazo de vigencia de los Catálogos

de Contrataciones. (Opinión N.º 085-2017/DTN, de 17-03-2017, ff. 3 al 3.2. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2sDMQgS>).

§ 2270. **Contrataciones según el procedimiento de Grandes Compras a través del Catálogo Electrónico de Acuerdos Marco.** CONSULTA: *De acuerdo a nuestra proyección de gasto para la contratación de pasajes aéreos a través del Catálogo Electrónico del Acuerdo Marco durante el año 2017, estaríamos superando los S/. 400, 000 soles anuales; motivo por el cual, agradeceré que nos indique a brevedad posible, si dada la situación expuesta y el numeral 10.1 de la Directiva N.º 027-2016-OSCE/CD [cfr. numeral 10.1 de la Directiva N.º 007-2017-OSCE/CD (D-036)], nos correspondería convocar el procedimiento de selección respectivo, o si debo entender que cada contratación de pasaje aéreo es “un servicio” y por lo tanto, al no superar el límite presupuestal establecido en la citada normativa, podría contratar todos los pasajes aéreos a través del Catálogo Electrónico del Acuerdo Marco, administrado por la Central de Compras Públicas - Perú Compras” (sic).* 3. CONCLUSIÓN. A la fecha, en caso una Entidad requiera contratar bienes o servicios que si bien están incluidos en el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco, representan una contratación por un monto correspondiente a una Licitación Pública o Concurso Público (s/. 400,000.00), deberá convocarse el procedimiento de selección respectivo, en tanto PERU COMPRAS publique el comunicado que informa sobre la implementación del módulo de Grandes Compras en el Catálogo Electrónico de Acuerdos Marco. (Opinión N.º 052-2017/DTN, de 21-02-2017, f. 3. Dirección Técnica Normativa. Texto completo: <bit.ly/2CzVRwa>).

NOTA: Véase la Resolución Jefatural N.º 080-2018-PERU COMPRAS (EP, 11-08-2018), que aprueba la Directiva N.º 007-2018-PERÚ COMPRAS, denominada “Directiva para la incorporación de nuevos proveedores en los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco vigentes”. Texto completo: <bit.ly/2EpDBYs>.

Electrónicos, entre otros aspectos. La convocatoria a dichos procedimientos se publica en los portales web del SEACE y Perú Compras, así como en otros medios que garanticen una amplia difusión, según corresponda.

8.2 El proveedor que participa en los procedimientos antes mencionados debe contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores, así como no encontrarse impedido, inhabilitado ni suspendido para contratar con el Estado. Asimismo, las reglas especiales del procedimiento deben requerir al proveedor el cumplimiento de exigencias previstas en normas especiales, tales como las normas tributarias y laborales, entre otras que resulten aplicables.

Atendiendo a la naturaleza de cada Catálogo Electrónico de Acuerdos Marco, según corresponda, se puede exigir al proveedor la acreditación de experiencia, capacidad financiera, el compromiso de constituir una garantía de fiel cumplimiento durante la vigencia del Catálogo Electrónico, el compromiso de mantener determinado stock mínimo, entre otras condiciones que se detallen en los documentos del procedimiento.

Los proveedores seleccionados para ofertar en los Catálogos Electrónicos están obligados a formalizar los respectivos Acuerdos Marco, lo que supone la aceptación de todos los términos y condiciones establecidos en el procedimiento.

Los Acuerdos Marco deben incluir una cláusula de integridad, con la finalidad de evitar prácticas de corrupción y con la intención de fortalecer los principios éticos y de transparencia en las contrataciones del Estado. El incumplimiento de la cláusula de integridad constituye causal de exclusión del total de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco.

§ 2271. Inclusión de marcas en el requerimiento formulado (art. 8). Conclusión. El área usuaria al momento de definir el requerimiento para una contratación a través del Acuerdo Marco, no deberá hacer referencia a marcas, nombres comerciales, patentes o cualquier otra descripción que oriente la contratación de un determinado proveedor, salvo que de forma previa la Entidad haya aprobado un proceso de estandarización. (Opinión N.º 106-2016/DTN, de 14-07-2016, conclusión. Dirección Técnico Normativa. Texto completo: <bit.ly/2DsAT3K>).

8.3 PERÚ COMPRAS debe monitorear y evaluar periódicamente el funcionamiento de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco. PERÚ COMPRAS podrá suspender o dar por finalizado unilateralmente de manera parcial o total los Acuerdos Marco suscritos con los proveedores, a fin de garantizar el cumplimiento de los principios que rigen las contrataciones públicas y salvaguardar el interés público.

PERÚ COMPRAS podrá optar por no renovar las ofertas de los proveedores en aquellas fichas producto donde no se hubiera realizado ninguna transacción durante la vigencia del Catálogo Electrónico respectivo.

PERÚ COMPRAS puede retirar ofertas del Catálogo Electrónico cuando advierta, que el precio ofertado es significativamente mayor o menor al precio de mercado.

8.4 Las Entidades pueden exceptuarse de la obligación de contratar los bienes y/o servicios de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco, en caso verifiquen en el mercado la existencia de condiciones más ventajosas, las cuales deben ser objetivas y demostrables, para lo cual deberán obtener previamente la autorización de PERÚ COMPRAS, bajo sanción de nulidad.

Sobre la ejecución de las contrataciones que se realizan a través de los Catálogos Electrónicos

8.5 En las contrataciones cuyo monto sea igual o superior a cien mil soles (S/ 100,000.00), las Entidades utilizarán obligatoriamente el procedimiento de Grandes Compras a través del Catálogo Electrónico de Acuerdos Marco.

Tratándose del Catálogo de computadoras de escritorio, Computadores portátiles y Escáneres, aplica la prohibición de fraccionamiento prevista en la Ley y el Reglamento.

PERÚ COMPRAS establece las reglas aplicables al procedimiento de Grandes Compras, incluyendo los criterios para seleccionar la mejor oferta y resolver en caso de empate, debiendo cautelar la confidencialidad de las ofertas formuladas por los proveedores y seleccionando de manera automática al ganador.

8.6 El área usuaria es responsable de formular el requerimiento de los bienes y/o servicios requeridos. En el caso de la adquisición a través de los Catálogos Electrónicos de computadoras, proyectores, escáneres, así como de impresoras, consumibles y accesorios, la oficina de informática o la que haga sus veces es responsable de formular dicho requerimiento.

8.7 Para efectuar una compra a través de los Catálogos Electrónicos se debe contar con un expediente de contratación que, por lo menos, contenga:

- a) El requerimiento del bien o servicio.
- b) La certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal.
- c) El informe sustentatorio de la elección del bien o servicio, y del proveedor.
- d) La autorización de la contratación respectiva.

El OEC sustentará la elección del producto y del proveedor sobre la base del costo total del bien o servicio, teniendo en cuenta la definición detallada en el numeral VI de la Directiva. Para dicho efecto, el OEC debe emitir un informe sustentando los criterios para la elección del bien o servicio, y del proveedor con quien se perfeccionará el contrato, incluyendo un cuadro comparativo.

Dicho informe debe ser registrado en el SEACE conjuntamente con la orden de compra o servicio respectiva, según la Directiva que regula el registro de información en el SEACE.

En el procedimiento de Grandes Compras el OEC deberá cumplir con el presente numeral, salvo lo referido al sustento de la elección del proveedor y a la obligación de registrar el informe en el SEACE.

8.8 Las Entidades deben mantener reserva de la información con respecto a las ofertas y/o información que se genere en los Catálogos Electrónicos, sin perjuicio de la obligación de registrar en el SEACE las órdenes de compra o de servicio y el informe sustentatorio respectivo.

El perfeccionamiento de las contrataciones a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco se efectúa según las reglas establecidas para cada Catálogo Electrónico. Las órdenes de compra o de servicio que perfeccionen tales contrataciones, se constituyen como documentos válidos y suficientes para acreditar las obligaciones y derechos de las partes. Las órdenes de compra o de servicio registradas en el SEACE, serán de acceso público a través de dicho Sistema.

8.9 Los proveedores están obligados a atender las órdenes de compra o de servicio, salvo lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 83 del Reglamento. El incumplimiento de esta obligación constituye una causal de exclusión del Catálogo Electrónico de Acuerdos Marco, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan.

8.10 Los proveedores, sus dependientes y en general quienes directa o indirectamente entreguen los bienes y/o servicios, deben observar el más alto estándar ético, por lo que no deben ofrecer dádivas, obsequios, agasajos, donaciones (en dinero o especie) y/o cualquier otro beneficio, al personal que mantenga relación laboral, o que esté vinculado contractualmente o bajo alguna otra modalidad con la Entidad o sus funcionarios o servidores.

El incumplimiento de la obligación señalada en el párrafo precedente constituye causal de exclusión del total de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco suscritos con el proveedor. Sin perjuicio de lo anterior, y en tanto dure su exclusión, los proveedores excluidos no podrán formar parte de ningún Catálogo Electrónico de Acuerdos Marco.

8.11 El Titular de la Entidad, o el que haga sus veces, será responsable de disponer el inicio de las acciones pertinentes, de acuerdo con las normas y procedimientos disciplinarios aplicables, en los siguientes casos:

- Si durante la operación del Catálogo Electrónico se generas en incumplimientos de cualquier índole, tales como la negativa injustificada de recepción de prestaciones, retraso en el otorgamiento de la conformidad, falta de pago o pago extemporáneo, falta al comportamiento ético, u otros relacionados a las reglas establecidas en cada Catálogo Electrónico de Acuerdos Marco.
- Cuando se apliquen mecanismos de contratación distintos a la contratación a través del Catálogo Electrónico de Acuerdos Marco, para bienes y/o servicios incluidos en éste.

PERÚ COMPRAS, cuando tome conocimiento de los hechos antes referidos, comunicará al Órgano de Control Institucional de la Entidad o de la Contraloría General de la Republica, los hechos indicados en el presente numeral, para las acciones que correspondan en el ámbito de su competencia.

8.12 El OSCE debe realizar acciones de supervisión de oficio, de manera selectiva o aleatoria, de los procedimientos para la selección de proveedores que serán incorporados en los Catálogos Electrónicos de los Acuerdos Marco, así como respecto de las contrataciones

que efectúen las Entidades a través de estos. En caso el OSCE identifique irregularidades o riesgos al realizar sus acciones de supervisión, deberá notificar al Titular de la Entidad, al Órgano de Control Institucional con copia a la Contraloría General de la República, así como cualquier otra Entidad competente, según corresponda.

IX. DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA

9.1 Las contrataciones que se realizan a través de los Catálogos Electrónicos a los que se refiere la Décimo Cuarta Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento, se rigen por lo dispuesto en la presente Directiva, así como por las disposiciones previstas en sus reglas especiales y lo establecido en la Directiva N.º 007-2010-OSCE/CD, Directiva N.º 002-2012-OSCE/CD o Directiva N.º 017-2012-OSCE/CD [N. del E.: hoy derogados], según corresponda.

X. DISPOSICIONES TRANSITORIAS

10.1 Cuando un bien o servicio requerido se encuentra incluido en el Catálogo Electrónico de Acuerdos Marco, las Entidades están obligadas a contratarlos a través de dicho método de contratación, salvo que el monto correspondiente a la ficha producto requerida corresponda a una Licitación Pública o Concurso Público, en cuyo caso deberá convocarse el procedimiento de selección respectivo.

Cuando un bien o servicio se encuentre incluido en el Listado de Bienes y Servicios Comunes de la Subasta Inversa y en los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, las Entidades deben evaluar y determinar la alternativa de contratación que resulte más eficiente para el cumplimiento de sus objetivos, salvo que el monto involucrado corresponda a una Licitación Pública o Concurso Público, en cuyo caso se deberá utilizar el procedimiento de selección de Subasta Inversa Electrónica.

En el caso de los bienes de ayuda humanitaria y emisión de boletos electrónicos para transporte aéreo nacional de pasajeros, si el bien o servicio se encuentra en el Catálogo Electrónico, las Entidades están obligadas a contratarlos a través de dicho método de contratación, con independencia del monto.

El tope previsto en esta disposición transitoria será aplicable en cada Catálogo Electrónico hasta que PERÚ COMPRAS progresivamente publique un Comunicado informando que ha implementado el módulo de Grandes Compras en el Catálogo Electrónico respectivo de Acuerdos Marco.

10.2 PERÚ COMPRAS deberá realizar nuevas convocatorias para la incorporación de proveedores en los Catálogos Electrónicos existentes suscritos por el OSCE, según corresponda.

XI. DISPOSICIONES FINALES

11.1 La presente Directiva entrará en vigencia al día siguiente de la publicación de la Resolución que la aprueba en el Diario Oficial "El Peruano".

11.2 Deróguese la Directiva N.º 027-2016-OSCE/CD.

Jesús María, marzo de 2017



QUINTA PARTE

DELITOS COMETIDOS EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO

Sumario: I. ASPECTOS GENERALES. A. El bien jurídico protegido. B. Los delitos cometidos por funcionarios públicos como delitos de “infracción de deber”. C. La condición de funcionario público en los delitos contra la administración pública. D. Particulares que pueden incurrir en los delitos contra la administración pública (*extraneus*). E. *Ne bis in idem* (Sanción penal y/o administrativa). II. DELITOS. A. El delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales en las contrataciones del Estado. B. El delito de concusión en las contrataciones del Estado. C. El delito de colusión en las contrataciones del Estado. D. El delito de cohecho pasivo propio en las contrataciones del Estado. E. El delito de negociación incompatible en las contrataciones del Estado. F. El delito de tráfico de influencias en las contrataciones del Estado. G. El delito de falsificación de documentos en las contrataciones del Estado.

I. ASPECTOS GENERALES

A. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§ 2272. **Bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública. 16.** [No] solo cabe considerar que el buen funcionamiento de la Administración Pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la intervención del Derecho penal, sino que el propio combate contra toda forma de corrupción goza también de protección constitucional, lo que este Tribunal ha deducido de los artículos 39º y 41º de la Constitución (006-2006-CC, resolución de aclaración del 23 de abril de 2007) así como del orden democrático previsto en el artículo 43º de la Constitución (Exp. N.º 009-2007-AI, 0010-2007-AI, acumulados, fundamento N.º 58). Ello resulta coherente con el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción, la cual establece que “la Democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio” (subrayado nuestro). (Exp. N.º 00017-2011-PI/TC [caso *Inconstitucionalidad de la Ley N.º 29703 - que modifica el CP respecto de los delitos contra la administración pública*], del 03-05-2012 [Web: 29-05-2012], f. j. 16. Texto completo: <bit.ly/2EsPkG8>).

B. LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS COMO DELITOS DE “INFRACCIÓN DE DEBER”

ACUERDO PLENARIO DE LA CORTE SUPREMA

§ 2273. **Los delitos cometidos por los funcionarios públicos como delitos de infracción de deber. Conceptualización. 9.** El punto de partida dogmático está dado por la categoría de estos delitos: de infracción de deber. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros -denominados delitos de dominio-. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos-. El autor del delito -de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra. **10.** Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio -claro está- de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto. (Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116, del 06-12-2011, ff. jj. 9 y 10 [hay que precisar que solo los ff. jj. 16-19 son considerados doctrina legal]. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria [EP, 30-05-2012]. Texto completo: <bit.ly/2SFXX4s>).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

§ 2274. **Los delitos cometidos por funcionarios públicos son configurados como de “infracción de deber”. Cuarto.** [...] [Los] delitos cometidos por funcionarios públicos son configurados como de “infracción de deber”, que suponen que el sujeto especial calificado adquiere deberes (aseguramiento y fomento del bien jurídico) por su vinculación con el bien jurídico específico, esencialmente por deberes institucionales o “relaciones extrapenales que definen el marco de deberes a los que se encuentra vinculado y obligado el sujeto especial y cuyo quebrantamiento -con la concurrencia de los demás componentes del tipo especial- explica la existencia del delito de infracción de deber” [...]. (R. N. N.º 5434-2008-Junín, del 26-08-2009, f. j. 4. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2bC2hAC>).

§ 2275. **Los delitos cometidos por funcionarios públicos suponen que el sujeto especial calificado adquiere deberes (aseguramiento y fomento del bien jurídico) por su vinculación con el bien jurídico específico. Cuarto.** [...] [Los] delitos cometidos por funcionarios públicos son configurados como de “infracción de deber”, que suponen que el sujeto especial calificado adquiere deberes (aseguramiento y fomento del bien jurídico) por su vinculación con el bien jurídico específico, los que pueden manifestarse institucionalmente (delitos de los funcionarios y servidores contra la Administración Pública), por vinculaciones paterno-filiales, de confianza o jurídicas, etc. “Relaciones extrapenales que definen el marco de deberes a los que se encuentra vinculado y obligado el sujeto especial y cuyo quebrantamiento -con la concurrencia de los demás componentes del tipo especial- explica la existencia del delito de infracción de deber” [...]. (R. N. N.º 2065-2008-Lima, del 05-10-2009, f. j. 4. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2bNZ6SV>).

§ 2276. **El funcionario público como autor de un delito de infracción de deber.** *Extraneus responden como cómplices primarios.* *Quinto.* [La] delimitación de la autoría y participación no obedece al criterio del dominio del hecho, por cuanto, se corresponde con los denominados “delitos de dominio o de organización”, en tanto los delitos contra la Administración Pública -como en el caso de autos [delito de colusión]- se fundamentan en los “delitos de infracción de deber”, en deberes positivos, por lo que no interesa si tenía el dominio o no de una situación, sino, el haber cumplido u omitido el deber positivo dado por ser funcionario público, y específicamente en el contrato que tiene el Estado con los particulares para la adquisición de bienes y/o servicios, deber positivo que es el referente para la imputación objetiva a la conducta y resultado; que, esta competencia institucional les corresponde a los encausados que fueron condenados como autores (en tanto los *extraneus* responden como cómplices primarios), puesto que, de acuerdo a la Directiva [...] -de la Convocatoria, concurso, selección, ejecución, monitoreo y evaluación del proyecto piloto “de apoyo a las iniciativas sociales de generación de ingresos de las mujeres en situación de pobreza”- el jefe de la Unidad Operativa correspondiente, especialistas de desarrollo y equidad y de comunicación y concertación y especialista administrativo serán los encargados de ejecutar las actividades del proyecto aprobado, cumpliendo con las Directivas internas que norman los sistemas administrativos [...] a fin de ejercer un control adecuado de las transacciones financieras y administrativas; así como asegurar el cumplimiento de obligaciones contractuales con terceros, que aseguren la correcta utilización de los recursos y el cabal cumplimiento de las metas institucionales; en ese sentido, son pasibles de imputación del delito de colusión pues todo eran los encargados de dirigir el proyecto. (R. N. N.º 5315-2008-Puno, del 03-05-2010, f. j. 5. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/1OmKCiA>).

§ 2277. **La colusión no es un delito de organización o de dominio, sino un delito de infracción de deber. Se atribuye a los procesados que en su condición de miembros de un comité especial otorgaron una buena pro en colusión con particulares.** *Cuarto.* [Para] que se configure el delito de colusión ilegal [...] deben darse dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado; el primero -la concertación- que implica ponerse de acuerdo a los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa; el segundo de ellos -esto es, la defraudación-, que debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación -que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico- con el eventual resultado [en el presente caso, se atribuye a los procesados que en su condición de miembros del comité especial otorgaron una buena pro en colusión con particulares]. Asimismo, tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo penal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de concertados colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado, y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos; desde esta perspectiva, la colusión, en esencia, no es un delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa [En R. N. N.º 1296-2007 (§ 2309)]. (R. N. N.º 215-2011-Huánuco, del 06-03-2012, f. j. 4. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2acv8Ft>).

C.

LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

§ 2278. **Alcances sobre el concepto de funcionario público.** [Sumilla] La calidad de funcionario público del procesado, se encuentra comprendida en el artículo 425º inciso 3) del Código Penal,

que señala que se considera funcionario o servidor público a todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. Asimismo, de la imputación que se investiga, fluye con claridad que el procesado tenía el manejo de caudales provenientes del tesoro público, con lo que se cumple el elemento de vinculación funcional exigida para el delito de peculado. (R. N. N.º 169-2002-Lima, del 14-05-2002. Sala Penal. Texto completo: <bit.ly/2RTUgqF>).

§ 2279. **Cualidad de “funcionario público” por aplicación de normas internacionales. *Primer***o. [...] Para efectos penales, el artículo 425 del Código Penal incorpora una relación o listado de *numerus apertus* para entender los alcances penales de funcionario o servidor público, bajo el entendido de que el concepto del funcionario público tiene un contorno propio que reconoce la autonomía funcional del Derecho penal respecto al resto de órdenes jurídicos especializados, como el administrativo, laboral o constitucional. Esta norma ha sido objeto de varios cambios legislativos. En lo pertinente, es del caso enumerarlas: **A.** La Ley N.º 26713, de 27 de diciembre de 1996, determinó, en el inciso 3, del citado artículo 425 del Código Penal: “Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades y organismos”. **B.** La Ley N.º 30124, de 13 de diciembre de 2013, estableció, en el inciso 3, de la referida norma: “Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, *incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado*, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos” [subrayado nuestro]. **Segundo.** Que, como elemento normativo, el artículo 425 del Código Penal proporciona un listado, que progresivamente se ha precisado -no sin marchas y contramarchas-, para los efectos de imputar responsabilidad penal, cuyo contenido esencial estriba, necesariamente, en que el sujeto activo tiene un título, una cualidad jurídica u otra de naturaleza objetiva -es un concepto funcional-, cifrado en la participación efectiva en la función pública, es decir, su contribución a la función estatal -el ejercicio de la función pública, en virtud de una designación pública- Ello es así porque el examen de las diferentes infracciones penales contra la Administración Pública permite afirmar, como bien jurídico protegido categorial, los servicios que los poderes públicos han de rendir a la comunidad [ORTS BERENGUER, Enrique. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tercera Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 736]. Lo que aquí importa es proteger, de modo eficaz, la función pública, así como también los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modos de operar (STSE sesenta y ocho oblicua cero tres, de veintisiete de enero). La autonomía propia de ese concepto, en sede penal, y su carácter funcional, determinó que el artículo 425 del Código Penal contemple una forma abierta. El último numeral, en todas las normas legales, establece: “Los demás indicados por la Constitución Política y la ley” (incisos seis o siete, según el caso). **Tercero.** Que a este respecto es imprescindible tener en cuenta la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita por el Perú el 29 de marzo de 1996, aprobada por Resolución Legislativa N.º 26757, de 13 de marzo de 1997, y ratificada por el Decreto Supremo N.º 19-97-RE, de 24 de marzo de 1997. El artículo I de la Convención entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos; y, por funcionario o servidor público, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluso los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. **Cuarto.** Que como el artículo 425 del Código Penal solo incorpora un listado abierto de todos aquellos que, para efectos penales, pueden ser considerados funcionarios o servidores públicos -es, pues, un elemento normativo-, obviamente es pertinente encontrar referencias para su delimitación en el orden normativo solo en el cual tienen sentido, como su sustrato, aumentando su dificultad a medida que el orden normativo de referencia es más abigarrado [CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español. Parte general*. Tercera edición. Madrid: Dykinson, 2002, p. 559]. El elemento normativo en análisis contiene una remisión normativa a otro precepto

cuando, en su inciso 6 o 7, menciona a la Constitución y a la Ley. Es verdad que el origen del cambio legislativo concretado en la Ley N.º 30124 partió del entendimiento de que la norma anterior no comprendía expresamente a las empresas públicas y de economía mixta en el inciso 3 del artículo 425 del Código Penal, como parecía exigirlo la Convención Interamericana contra la Corrupción. No obstante, esa base histórica basada en la voluntad del legislador no es de recibo, en la medida en que desde las bases mismas del Derecho Público y Penal es admisible otra concepción que permite una comprensión más acabada de la norma penal, en armonía con las obligaciones internacionales del Estado. *Quinto.* Que, en efecto, desde una perspectiva sistemática y teleológica, el concepto de funcionario público, como se anotó, comprende a toda aquella persona que ejerce una función estatal en los marcos de los servicios públicos que el Estado desarrolla en la comunidad -esa noción, mucho más amplia que la del Derecho Administrativo, debe seguir a la de Administración Pública con relación a la tutela penal-. Por ello, cuando la norma vigente en el momento de los hechos imputados hizo referencia a entidades u organismos del Estado más allá de que la Ley N.º 27713 en referencia, modificó la norma anterior -norma originaria- que expresamente hacía referencia a las “empresas del Estado o sociedades de economía mixta imponía una interpretación que permitiera entender a toda institución, entidad u organismo público, en el que el Estado desarrolla sus actividades y servicios públicos, en los marcos de la ley, desde la que, sin duda alguna, era inevitable comprender a la actividad empresarial del Estado. Es cierto, igualmente, reconocer esa línea reformista errática del legislador nacional, sus idas y venidas, respecto a la actividad empresarial del Estado, pero más allá de su intento de concretar supuestos en línea casuística, siempre admitió que había entidades, instituciones y organismos públicos que realizaban servicios públicos, y personal que actuaba en ellos, así como también acogió una descripción abierta de funcionario o servidor público al incorporar en el listado a otros cargos que indicara la Constitución y la ley. *Sexto.* Que, según el artículo 55 de la Constitución, “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. La Convención Interamericana contra la Corrupción ya estaba en vigencia cuando se produjeron los hechos objeto de inculpación formal. Si se estima que el numeral 3 del artículo 425 del Código Penal no era aplicable al *sub lite*, si se subsumía, inevitablemente, en el numeral 6, que remitía los alcances del término “funcionario público” a otros preceptos, en este caso, directamente al artículo I de la citada Convención -ya integrada al ordenamiento nacional-. Aunque, como ha quedado expuesto, por la propia naturaleza del bien jurídico tutelado y el entendimiento de la noción de funcionario público como quien desarrolla un rol efectivo en la función pública, era del caso interpretar que el inciso 3 comprendía a las empresas públicas y de economía mixta. Por lo demás, la mención a la aludida Convención, en tanto norma que integra el derecho nacional, es compatible con el principio de reserva de ley, pues el concepto de funcionario público es un elemento normativo en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública. No se trata de una aplicación inmediata de una cláusula incriminatoria prevista en el ordenamiento internacional, sino de la invocación de un elemento técnico normativo conforme con las fuentes internacionales de obligatoria observancia [CARIO CORREA, Dino Carlos. *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Jurista Editores, 2002, p. 168]. *Sétimo.* Que, en consecuencia, cabe entender que el encausado ARL, gerente general de EMMSA, es funcionario público para los efectos penales, y las funciones de regulación y servicios que desarrollaba esa empresa pública integran la noción de servicios públicos. Al ser así, es sujeto activo del delito de colusión; y, por ende, los cómplices -como es el caso, según la imputación, del encausado MCI-, lo son de ese delito. La excepción de improcedencia de acción, por estos fundamentos, debe desestimarse: no se ha producido ningún vicio de legalidad constitucional y/o de legalidad ordinaria material, y así se declara [...]. (Casación N.º 634-2015-Lima, del 28-06-2016, ff. jj. 1-7. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2SOJiqE>).

§ 2280. La competencia funcional del autor del delito colusión desleal. El precepto constitucional que señala que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, está referido solo a las consecuencias de índole laboral y hasta administrativo, pero no así con objetivos de responsabilidad penal. Tercero. [El objeto de la tutela penal en el delito de colusión es variado, así tenemos que con él no solamente se trata

de preservar el patrimonio del Estado puesto en movimiento en las diferentes operaciones comerciales a las que alude el artículo 384 del Código Penal, sino también, garantizar la intangibilidad de los roles especiales que adquiere el funcionario o servidor público en calidad de representante del Estado en las tratativas con el tercero interesado de contratar con la administración pública, y además, asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional de éste, evitando así los actos defraudatorios. No está por demás señalar, que el delito en cuestión por su propia naturaleza permite la lógica negociación y trato cercano entre el particular y el funcionario o servidor público que representa el Estado en las operaciones comerciales, no obstante ello, lo cuestionable es el acuerdo confabulatorio, ilegal y doloso entre ambas partes para obtener un provecho en perjuicio del Estado. **Cuarto.** [C]abe precisar, que los hechos submatéria ocurrieron cuando el delito de colusión ilegal se encontraba tipificado en el artículo 384, en su versión original del Código Penal de 1991. Durante esta estaba se discutía si el delito de colusión era de mera actividad o de resultado. La Ley N.º 29703, de fecha 10 de junio del 2011, modificó el acotado numeral, para establecer que el delito de colusión era necesariamente de resultado, por lo que requería de una defraudación (o perjuicio) de carácter económico para su configuración. No obstante, mediante la Ley N.º 29758 volvió a modificar dicho artículo del Código Penal para conciliar ambas posiciones. Así en su primer párrafo se ha creado una modalidad atenuada del delito de colusión que se erige en un delito de mera actividad (colusión simple), por lo que para cometer el delito no es necesario que se cause un perjuicio sino que se intente hacerlo. La modalidad agravada, contempla ahora en el segundo párrafo, mantiene la modificación efectuada por la Ley N.º 29703, por lo que, se exige para su configuración que se defraude patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado. [...] **Sexto.** [...] Este tipo de cuestionamiento acerca de la responsabilidad funcional surge y es traída a colación por acusados por delito contra la administración pública, en atención a los alcances del artículo 40 de la Constitución Política del Estado, que señala en su segundo párrafo, que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. No obstante ello, no cabe interpretación literal y hasta antojadiza de este numera constitucional, sino una de orden teleológico. Es así, que cuando el Constituyente consignó dicha apreciación, siempre estuvo referido a las consecuencias de índole laboral y hasta administrativo, pero no así con objetivos de responsabilidad penal y esto es así, porque el Código Penal de 1991 [1] -versión original y aplicable al caso- decanta esta situación al indicar de manera taxativa, clara e incuestionable, cuándo los funcionarios y servidores públicos respondían o asumían responsabilidades penales en uso de sus atribuciones y funciones. **Séptimo.** [E]fectivamente, el Código penal en su artículo 425, señalaba que para efectos penales, se considera funcionario o servidor público: a) Los que están comprendidos en la carrera administrativa. b) Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. c) Los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sometidos por el Estado (cabe indicar, que esta fue modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 26713, publicada en el diario oficial 'El Peruano', el 27 de diciembre de 1996, con fecha posterior los hechos). d) Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. e) Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. f) Los demás indicados por la Constitución Política y la ley. La empresa [de seguros] agraviada [...] era una empresa de economía mixta de derecho privado, pero sus acciones era de exclusiva propiedad del Ministerio de Economía y Finanzas, representado por el FONAFE, hasta por un aproximado del 98.32% de acciones; dicho en otros términos, el mayor porcentaje correspondía al Estado peruano. Por otro lado, conforme la Ley de Contrataciones y la Ley de Gestión Presupuestaria, la empresa de economía mixta se considera empresa pública, por lo tanto, se colige que los actos ilícitos desarrollados por los acusados se enmarcan dentro de su responsabilidad penal de índole funcional y además, cualquier acto ilícito que afecte a la mencionada empresa agraviada, siempre irá afectar su patrimonio, lo que individualmente significaría un perjuicio al Estado. (R. N. N.º 2141-2014-Lima, de 18-03-2015, ff. jj. 3, 4, 6, 7 y 9. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2Fzmc1s>).

§ 2281. Integrantes de los núcleos ejecutores que celebraron convenio con el Foncodes, así como sus inspectores y supervisores, tienen la calidad de funcionarios públicos. Cuarto. [...] [Los] integrantes de los núcleos ejecutores que celebraron convenio con el Fondo de Cooperación para el

Desarrollo Social, así como los inspectores y supervisores de esta última institución, tienen la calidad de funcionarios públicos por el mérito de lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 425 del Código Penal, que dispone considerar esta condición al agente que independientemente de su régimen laboral, mantiene vínculo contractual o laboral de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado; por cuyo motivo, debe entenderse a aquellas personas que prestan sus servicios técnicos y profesionales al interior o fuera de las instituciones estatales (en sentido amplio) y cuyas contribuciones con el aparato estatal llegan a constituir función pública [...]. (R. N. N.º 4630-2008-Ica, del 21-10-2009, f. j. 4. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2bAbt0t>).

JURISPRUDENCIA DE LAS CORTES SUPERIORES

§ 2282. La condición de funcionarios públicos de los bomberos acusados en su calidad de miembros en actividad y/o retiro del Cuerpo de Bomberos es indiscutible. III. [...] 2) Cabe indicar anteladamente que la condición de funcionarios públicos de los acusados en su calidad de miembros en actividad y/o retiro del CGBVP es indiscutible para el caso concreto, pues si bien conforme a las normas legales que rigen dicha institución los bomberos no perciben remuneración alguna, la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita y ratificada por el Perú en su artículo uno define como funcionario público, oficial gubernamental o servidor público a “cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”, indicando que se entiende como función pública “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos” [...]. (Exp. N.º 032-2006, del 07-01-2010, f. j. III.2. Tercera Sala Penal Especial. Corte Superior de Justicia de Lima. Texto completo: <bit.ly/2Uemv4U>).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§ 2283. Es sujeto activo quien de facto ejerce un cargo público. 10. [...] Si bien es cierto que formalmente [el imputado] ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal [...]. (Exp. N.º 2758-2004-HC/TC, del 23-11-2004 [Web: 23-02-2005], f. j. 10. Texto completo: <bit.ly/2UU2Kjk>).

D.

PARTICULARES QUE PUEDEN INCURRIR EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (EXTRANEUS)

ACUERDO PLENARIO DE LA CORTE SUPREMA

§ 2284. Responsabilidad del partícipe extraneus. Tesis de la unidad del título de imputación. 11. Este tipo de delitos [de infracción de deber] restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del “extraneus” que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del “extraneus”. Esta posición, sostiene lo siguiente: A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes. B. El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración

delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible. (Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116, del 06-12-2011, f. j. 11 [hay que precisar que solo los ff. jj. 16-19 son considerados doctrina legal]. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria [EP, 30-05-2012]. Texto completo: <bit.ly/2SFXX4s>).

§ 2285. La dúplica del plazo de prescripción no es extensible a los *extraneus* ya que no ostentan ningún deber especial. Diferenciación entre el *inranei* y *extraneus*. 16. [...] [Es] evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que éstos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. Ello implica deberes de protección, ausencia de defraudación de la confianza pública depositada en él y compromiso real con el ente estatal por la situación de mayor riesgo para el bien jurídico que tienen por el poder que ostentan. En consecuencia, los que no detentan esas condiciones, no infringen el deber jurídico especial que vincula al funcionario o servidor público y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Es ese contexto, el marco concretado para el autor de un delito de infracción de deber, en términos de prescripción, no puede sostener una mayor extensión de los mismos para el *extraneus*. 17. Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el *inranei* y *extraneus* derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Esta distinción entre intervenciones principales y accesorias tiene el efecto de la escisión del término de la prescripción, pues con ello se va conseguir una justicia justa y un equilibrio punitivo en función a la real magnitud de la participación del agente. Esta posición, asimismo, guarda absoluta coherencia con la regulación prescrita en el artículo 88º CP que estatuye “*La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible*”. 18. En suma, los *extraneus* se registrarán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor -dentro de los comprendidos en el Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del CP-, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que sólo corresponde al autor. 19. Se estima que lo precedentemente desarrollado es la forma correcta de abordar la cuestión. No se puede desconocer que los partícipes que no ostentan los deberes especiales, sólo responden por el delito de infracción de deber en calidad de inductores o cómplices -sin que ello implique la ruptura del título de imputación, como ya se explicó-, en tanto, no pueden realizar materialmente la conducta por un defecto esencial a nivel de imputación como autor. En tal virtud, el *extraneus* no infringe ningún deber jurídico especial que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela penal. El principio de proporcionalidad demanda que esa diferencia se justifique en un trato distinto de los plazos de prescripción de la acción penal. (Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116, del 06-12-2011, que establece como doctrina legal los criterios expuestos en los ff. jj. 16-19. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria [EP, 30-05-2012]. Texto completo: <bit.ly/2SFXX4s>).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

§ 2286. El funcionario público como autor de un delito de infracción de deber. *Extraneus* responden como cómplices primarios. Véase, *supra* (I.B), la jurisprudencia sobre los delitos cometidos por funcionarios públicos como delitos de “infracción de deber” [§ 2276]. (R. N. N.º 5315-2008-Puno, del 03-05-2010, f. j. 5. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/1OmKCiA>).

§ 2287. El *extraneus* es aquel particular que no tiene la condición especial de funcionario público pero interviene en las tratativas. En el presente caso sólo participó en los trámites administrativos para la compra de bienes. Véase, *infra* (II.C), la jurisprudencia sobre el delito de colusión [§ 2318]. (R. N. N.º 702-2009-Lima, del 12-05-2010, f. j. 6. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2bLa5xn>).

§ 2288. Elementos típicos esenciales del delito de colusión desleal. Es necesario que los cómplices *extraneus* intervengan directamente en el acuerdo colusorio (adquisición de vehicu-

lo **automotriz**). Véase, *infra* (II.C), la jurisprudencia sobre el delito de colusión [§ 2308]. (R. N. N.º 1481-2011-Arequipa, del 19-04-2012, ff. jj. 5-7. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2RURuRS>).

§ 2289. **La estructura típica del delito de negociación incompatible no permite la intervención del tercero (*extraneus*). La participación de un tercero en un delito de infracción depende de que la misma sea incluida en la redacción típica: es el caso de los denominados delitos de participación necesaria (cohecho, colusión).** Véase, *infra* (II.E), la jurisprudencia sobre el delito de negociación incompatible [§ 2366]. (Casación N.º 841-2015-Ayacucho, de 24-05-2016, ff. jj. 28, 30 y 31. Sala Penal Permanente [EP, 28-06-2016, Jurisprudencia, Año XXV, N.º 1015, pp. 7843-7489]. Texto completo: <bit.ly/28PYcG9>).

E.

NE BIS IN IDEM

(SANCIÓN PENAL Y/O ADMINISTRATIVA)

EJECUTORIA SUPREMA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

§ 2290. **Funcionarios públicos pueden ser sancionados penal y administrativamente por el mismo hecho. *Ne bis in idem*. Cuarto.** Que el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar sólo el funcionamiento correcto de la Administración Pública, las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen sólo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídicas penales; que las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el Derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que, en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa. **Quinto.** Que el principio *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de proporcionalidad y de legalidad, el primero se encuentra vinculado a la llamada “prohibición de exceso”, esto es, sancionar más de una vez por el mismo contenido [de] injusto implica imponer una sanción no prevista en la ley, puesto que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica debido [a] que sólo se puede sancionar conductas que se encuentran tipificados previamente. **Sexto.** Que el principio de *ne bis in idem* contempla el contenido material y procesal y debe contener como presupuesto un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento; que, además, se admite la acumulación de sanciones provenientes de diferentes órdenes cuando ellas obedecen a diferente fundamento, es decir, si son bienes jurídicos distintos, si el interés jurídicamente protegido por la infracción administrativa sea distinto al de la infracción penal, que, en este supuesto, la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa en que incurrió el funcionario por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones, la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la Administración para procesar y sancionar administrativamente al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria porque ambos ordenamientos jurídicos cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes -posibilidad que admite el artículo 243 de la Ley N.º 27444-; el procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso penal conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal, como así lo

reconoce también el Tribunal Constitucional en sus sentencias de fechas 16 de abril de 2003, 24 y 25 de noviembre y 28 de diciembre de 2004, emitidas en los expedientes números 2050-2002-AA/TC [§ 101], 2868-2004-AA/TC [§ 2137], 2322-2004-AA/TC, 3194-2004-HC/TC, respectivamente. (R. N. N.º 2090-2005-Lambayeque, del 07-06-2006, ff. jj. 4-6. Sala Penal Permanente. [EP, 25-03-2008, Jurisprudencia, Año XVII, N.º 873, pp. 6398-6399]. Texto completo: <bit.ly/2HqExu7> [p. 6398]).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

§ 2291. **En los delitos cometidos por funcionarios contra la Administración Pública y en los procesos administrativos disciplinarios no concurre la triple identidad exigida por el *non bis in idem*. Noveno.** Que, en este contexto, es de precisar tres aspectos concretos sobre la institución del “non bis in idem” alegada por la imputada: A. Implica de forma abstracta la obligación de no juzgar o condenar dos veces por la misma infracción. B. Su aplicación está sujeta como condición “sine qua non” a la presencia de la triple identidad: sujeto, hecho y fundamento. C. No debe existir una relación de sujeción especial entre el sujeto y la administración, pues si concurre esta circunstancia especial puede aplicarse una sanción penal y administrativa. Cabe acotar que ésta relación especial se presenta cuando el infractor libremente se somete a una relación intensa de sujeción con el Estado y se genera un conjunto de derechos y obligaciones entre aquél y la entidad. **Décimo.** Que, en tal sentido, la Administración podrá ejercer su potestad sancionadora, con independencia de la sanción penal por los mismos hechos, cuando se presenta una situación de quebrantamiento de la confianza depositada en el servidor por el ente, en tanto y en cuanto, se va a partir de la existencia de condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial que resultan imprescindibles para la eficiente atención de los asuntos a cargo de la administración. **Décimo primero.** Que, es de precisar, que el fundamento de la doble sanción estriba, en que al infractor como ciudadano le corresponde una sanción de carácter penal como consecuencia de una conducta punible desarrollada, pero por otro lado como persona sometida a la relación especial con el ente administrativo en la que se ha quebrado la relación de confianza que en él se había depositado se acepta la imposición de la sanción administrativa, por lo que son perfectamente compatibles ambas sanciones -no se excluyen-. Por lo demás es de puntualizar que cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona por unos mismos hechos, no se puede afirmar “prima facie” válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, en tanto, la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en ellos se evalúa la conducta del implicado frente a normas de contenido y alcance propio, pues en el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública, mientras que en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios. [...] **Décimo tercero.** Que, en consecuencia, es evidente que la sanción disciplinaria y penal, son perfectamente compatibles en cuanto a su aplicación, pues en esencia son diametralmente disímiles en su finalidad y no se contraponen, siempre y cuando se presente las situaciones descritas en los considerandos precedentes. En el caso concreto, resultan perfectamente aplicables ambas sanciones, pues la encausada tenía con la Dirección Regional de Educación una relación especial por su calidad de servidora del ente administrativo y quebrantó la confianza depositada en ella, por lo que fue sancionada, y a la vez su conducta desarrollada es constitutiva de delito, agravándose al Estado. (R. N. N.º 2659-2011-Arequipa, del 22-11-2012, ff. jj. 10-13. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/1rUvMB7>).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§ 2292. **Tratamiento paralelo de la sanción administrativa y la sanción penal. *Ne bis in idem* procesal. 10.** [...] [E]ste Tribunal ha señalado que el contenido esencial constitucionalmente protegido del *ne bis in idem* debe identificarse en función de sus dos dimensiones (formal y material). En tal sentido, sostuvimos que en su formulación material, el enunciado según el cual “nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho”, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador,

contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. 11. En su vertiente procesal, tal principio significa que “nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos”, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos o dos procesos penales con el mismo objeto, por ejemplo). Desde esta vertiente, dicho principio presupone la interdicción de un doble proceso penal por la misma conducta. Lo que pretende es proteger a cualquier imputado del riesgo de una nueva persecución penal, con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento, simultánea o sucesivamente, por la misma realidad histórica atribuida. Lo inadmisibles es, pues, tanto la repetición del proceso como una doble condena o el riesgo de afrontarla: lo cual se yergue como límite material frente a los mayores poderes de persecución que tiene el Estado, que al ejercer su *ius puniendi* debe tener una sola oportunidad de persecución. 12. Hechas estas precisiones, es del caso preguntarse si, en el caso concreto, el Tribunal Constitucional debe pronunciarse, dentro del proceso constitucional de hábeas corpus, sobre la “vulneración” del principio constitucional *ne bis in idem*. En ese sentido, resulta obvio que este Colegiado tiene razones suficientes para emitir pronunciamiento -independientemente del sentido de su fallo-, toda vez que a propósito de las supuestas violaciones alegadas por el demandante, se pone en juego su libertad individual. 13. Consecuentemente, en el caso de autos debe señalarse, atendiendo a la doble dimensión del contenido constitucionalmente protegido por el *ne bis in idem* recogida en el fundamento 10 supra de esta sentencia, que no estamos frente a dos procedimientos distintos sino que existe una sanción en sede administrativa con decisión definitiva y firme, y un proceso penal cuya última resolución expedida se pretende enervar en sede constitucional; en consecuencia, no existe violación del *ne bis in idem* formal o procesal. 14. Por otro lado, si bien: i) los actos del recurrente constituían una conducta ilícita tipificada penalmente, que debía ser objeto de prueba y cuestionamiento en sede jurisdiccional penal, y, ii) se debió remitir lo actuado al Ministerio Público; esperar la decisión del juez y expedir posteriormente pronunciamiento atendiendo lo resuelto por el *a quo* -lo que no se hizo-, la sanción administrativa de todas maneras debía ser impuesta, toda vez que en sede penal ha quedado demostrada la responsabilidad del recurrente. Por ello, no se puede alegar la violación del *ne bis in idem* sustancial o material, porque en el presente caso existe identidad de sujeto y hecho; además el tercer elemento que se aduce como argumento para consagrar la triple identidad y habilitar la prohibición del *ne bis in idem* no se configura dada la naturaleza de las sanciones impuestas. (Exp. N.º 10192-2006-PHC/TC, del 07-07-2006 [Web: 29-08-2007], ff. jj. 10-14. Texto completo: <bit.ly/2u8g2jR>).

II. DELITOS

A. EL DELITO DE OMISIÓN, REHUSAMIENTO O DEMORA DE ACTOS FUNCIONALES EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

§ 2293. El delito de omisión funcional es, por su propia naturaleza, subsidiario. No solo se trata de un mero interés indebido en una actuación administrativa, sino de un efectivo concierto en una contratación pública en perjuicio de un organismo público. *Décimo sexto.* [...] [El] delito

de omisión funcional es, por su propia naturaleza, subsidiario, el mismo que se excluye ante la comisión efectiva los delitos de colusión, peculado y uso de documento privado; de igual manera, se excluye el delito de negociación incompatible, pues no solo se trata de un mero interés indebido en una actuación administrativa, sino de un efectivo concierto en una contratación pública en perjuicio de un organismo público. [...] (R. N. N.º 379-2015-Lima, del 24-08-2015, f. j. 16. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/1rpedrB>).

§ 2294. **Alcances del delito de omisión de actos funcionales. Omisión de revisión de contrato.** *Quinto.* [Es] claro que estamos ante un delito de infracción de deber [...]. *Sexto.* Que en este delito el bien jurídico protegido es el normal desarrollo de las funciones públicas [...]. *Sétimo.* Que la conducta típica se constituye con el omitir algún acto propio del cargo del sujeto activo de forma ilegal [...]. *Octavo.* Que el segundo elemento está dado por el acto que le compete hacer al funcionario público en razón de su cargo, este acto está delimitado en el respectivo reglamento o Ley [...]. *Décimo.* Que los actos a que está obligado el funcionario público se ven caso por caso [en este caso, el procesado no revisó la fecha para otorgar la buena pro y tampoco el plazo de entrega de los bienes contratados] [...]. *Décimo segundo.* [La] diferencia entre la conducta penal y la administrativa en este tipo penal la constituye la existencia del dolo de realizar un acto ilegal [...]. (Casación N.º 169-2012-Ancash, del 12-09-2013, ff. jj. 5-8, 10 y 12. Sala Penal Permanente. Texto completo <bit.ly/1S7fVnq>).

§ 2295. **El delito de omisión de actos funcionales no afecta directamente el patrimonio público. Omisión de actos propios de su cargo. Vigésimo Tercero.** [El] delito de *omisión de actos funcionales* no afecta directamente el patrimonio público *-caudales o efectos-*, en tanto en cuanto, se lesiona esencialmente los intereses del Estado en relación a la oportunidad de cumplir eficazmente la función pública observando lo ordenado por la Ley en el desenvolvimiento de los actos [el acusado omitió actos propios de su cargo al no tomar ninguna medida de control o correctiva a pesar de que conocía las irregulares en el proceso], a fin de que la administración pública no se vea afectada por la inercia dolosa del funcionario público que ejerce un cargo determinado *-distinto a los delitos de peculado, concusión impropia, malversación u otros contenidos en el capítulo de delitos contra la Administración Pública donde se afectan los intereses patrimoniales-*, razón por la que no opera la duplica del plazo. (R. N. N.º 1318-2012-Lima, del 29-08-2012, f. j. 23. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2DwcARh>).

§ 2296. **Incumplimiento de deberes funcionales debe causar perjuicio. Funcionario que no acata lo dispuesto por el Tribunal de Contrataciones en el sentido de disponer un nuevo proceso de contratación. Cuarto.** [...] [El] delito de abuso de autoridad en su modalidad de omisión y rehusamiento o demora en los actos funcionales regulado en el artículo 377 del Código Penal, que establece: “el funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto a cargo [...]”, es de agregar que este último ilícito se configura cuando el funcionario público incurre en actos comprendidos dentro de los verbos rectores mencionados, pero que son propios de su actividad funcional, debiendo su conducta causar un perjuicio a alguien [funcionario acusado de no disponer un nuevo proceso de adjudicación de menor cuantía, debido a que el Tribunal declaró nulo el proceso anterior]. (R. N. N.º 231-2011-Tacna, del 25-04-2012, f. j. 13. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/1Px1R6S>).

B.

EL DELITO DE CONCUSIÓN EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

§ 2297. **El delito de concusión requiere que el abuso del cargo incida sobre la voluntad del sujeto, ejerciendo violencia sobre la víctima para doblegar su voluntad, de tal modo que acceda a sus ilegítimas pretensiones. Se imputa a alcalde vender un terreno edil sin efectuar una subasta pública. Sexto.** [Para configurar el] delito de concusión [...] se requiere: i) que el sujeto activo tenga la

calidad de funcionario público, pero esta calidad no es formal sino funcional, esto es, en el ejercicio de actos inherentes a su competencia; ii) que el funcionario haga abuso de su cargo, es decir, efectúe un mal uso de la calidad que le ha sido otorgada, o ejercer el cargo de forma contraria a la encomendada; y, iii) que este abuso del cargo incida sobre la voluntad del sujeto, viciando la misma, convirtiéndose en un constreñimiento o en una inducción, es decir, conlleva el uso de violencia, la que es ejercida sobre la víctima para doblegar su voluntad, de tal modo que acceda a sus ilegítimas pretensiones, según el tipo penal sub júdice, en dar -entregar, transferir algo a alguien- o prometer -efectuar un ofrecimiento a futuro- en forma indebida -prestación sin sustento alguno- un bien o un beneficio patrimonial para sí o para otro, es decir, que la prestación ilícitamente obtenida puede tener como destinatario tanto al sujeto activo o para una tercera persona; [...] hecha esta identificación conceptual del delito submateria no es posible subsumir la conducta de los encausados [alcalde y otros funcionarios ediles] en el delito de concusión, pues a decir de la tesis imputativa del representante del Ministerio Público, el hecho de vender un terreno a una comunidad adventista sin cumplir con la Ley Orgánica de Municipalidades, esto es, sin efectuar una subasta pública resulta atípica, en tanto si bien a la época de los hechos eran funcionarios de la Municipalidad [...] no se evidencia en forma objetiva que abusaran de su cargo para obligar o inducir a alguna persona a dar o prometer en forma indebida para sí o para un tercero un bien o un beneficio patrimonial [...]. (R. N. N.º 1601-2006-Huaura, del 28-01-2009, f. j. 6. Primera Sala Penal Transitoria. Texto completo: <goo.gl/NEBr7S>).

§ 2298. **Funcionario que abusa de su cargo para obligar a una proveedora a que le entregue indebidamente una suma de dinero comete el delito de concusión y no el de peculado. Monto dinerario le corresponde a un particular y no al Estado. Quinto.** [El] dinero que recibió el imputado [...] -950 nuevos soles- correspondía por los honorarios que contractualmente había cobrado [esta], por lo que tal acto de disposición implicaba un desprendimiento del dinero que teóricamente le correspondía a ella y no a los fondos públicos, razón por la cual es de estimar que no se configuran los presupuestos de la descripción típica del artículo 387 del Código Penal, porque dicho dispositivo legal exige, entre otros supuestos, que los fondos o caudales materia de apropiación pertenezca al Estado [...]. [Lo que sí se acredita es el delito de concusión, pues el funcionario acusado abusó de su cargo para obligar a una proveedora a entregarle indebidamente una suma de dinero. El encausado le giró un cheque por 1300 nuevos soles, con la condición de que la proveedora le entregue 950 nuevos soles] (R. N. N.º 1906-2009-Huancavelica, del 31-05-2010, f. j. 5. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2bqsk8B>).

C.

EL DELITO DE COLUSIÓN EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

EJECUTORIA SUPREMA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

§ 2299. **Consumación de la colusión simple y agravada. El delito de colusión agravada debe ser probado necesariamente mediante una pericia contable. Décimo Quinto.** [La] diferencia que existe entre colusión simple y agravada, estriba en que: *“si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada”* [...]. Así, la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar. Mientras que para configurarse la colusión agravada es necesario que mediante concertación con los Interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal. **Décimo sexto.** Además, es de precisar que la colusión simple exige para su concurrencia

dos elementos típicos: a) la concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado, y b) el peligro potencial para el patrimonio estatal, generado por tal concertación ilegal. Así, la modalidad simple de colusión, constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta -"para defraudar". Por ello, es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o idónea de la conducta para producir un determinado efecto. En los delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta (Vid. Recurso de Nulidad N.º 341-2015 [§ 2331] de fecha 04 de noviembre de 2015). *Décimo Séptimo.* Así también, en la colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado -desvalor de resultado-. Ahora bien, una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica. La importancia de la pericia contable para determinar la efectiva afectación del patrimonio estatal ha sido resaltada en la jurisprudencia de la Corte Suprema; así, se estableció en [el R. N.] N.º 1105-2011/SPP [§ 2316] -fundamento jurídico N.º 7- que señala: "la necesidad de una prueba directa como el Informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial en el delito de colusión". (Casación N.º 661-2016-Piura, de 11-07-2017, constituye precedente vinculante los ff. jj. 15-17. Sala Penal Permanente [EP, 15-08-2017, Jurisprudencia, Año XXVI, N.º 1051, p. 7837]. Texto completo: <bit.ly/2p3VFyx>).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

§ 2300. **Elementos normativos del delito de colusión. Quinto.** [El] colusión desleal previsto en el artículo 384 del Código Penal, se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo: i) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; ii) perjudicar a un tercero, en este caso al Estado; y, iii) mediante diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que, en efecto, el delito antes citado importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo concerté con los interesados defraudando al Estado; que, al respecto, debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes el Estado y los particulares esté referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado. (R. N. N.º 3575-2011-Pasco, de 25-10-2012, f. j. 5. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/1XkoALb>).

§ 2301. **Delito de colusión: configuración. Colusión en la contratación para la compra de combustibles. Tercero.** [El] delito de colusión desleal [...] se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo: i) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; ii) perjudicar a un tercero, en este caso al Estado; y, iii) realizar ello mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que, en efecto, el delito antes citado importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública [para la compra de combustible] por razón de su cargo concierta con los interesados defraudando al Estado; que, al respecto, debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes -el Estado y los particulares- esté referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado. (R. N. N.º 1292-2011-Ayacucho, del 18-01-2012, f. j. 3. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2cdblSR>).

§ 2302. **Configuración del delito de colusión. Perjuicio patrimonial al Estado. Colusión en un contrato de concesión de infraestructura de vías urbanas. Séptimo.** El delito de colusión preceptuado en el artículo 384 del Código Penal, importa que el funcionario público se concierte con los particulares en la celebración o ejecución de un contrato [en la concesión de obras de vías públicas urbanas interprovinciales e interdistritales] derivado de un proceso de selección con la finalidad de defraudar los intereses del Estado. *Defraudar al Estado o entidades, es el quebrantamiento del rol especial asumido y la violación del principio de confianza depositado o, con el consiguiente engaño al interés público al comportarse el funcionario o servidor asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas o intereses patrimo-*

niales del Estado [...]; la defraudación mediante concertación -que es lo que aquí se castiga- supone un aspecto de reproche juridizado por el engaño, así como presencia del segundo elemento de naturaleza material dado por el perjuicio ocasionado a los intereses estatales. [...] **Noveno.** Asimismo, si bien el tipo penal imputado exige para su configuración la existencia de un perjuicio patrimonial en agravio de los intereses estatales; no obstante, se tiene que en el presente caso el informe pericial [...] concluye que “El registro de ventas detallado y los estados financieros, presentado al Juzgado por los liquidadores de la empresa Convia Callao S.A. en liquidación, muestra que el íntegro del recaudo por concepto de peaje y otros tuvo origen particular, es decir, privados, no visualizándose aporte al Estado Peruano”; por ende, se tiene que no se configura este segundo presupuesto exigido por el delito imputado, más aún si se tiene que el encausado FGT actuó en atención a sus funciones. En consecuencia, al no existir evidencia que acredite una posible concertación entre éste y los encausados MAG y RLG, representantes de la empresa Convia Callao, y al no haberse acreditado el supuesto perjuicio patrimonial que se habría ocasionado al Estado, se tiene que no se cumplen con los presupuestos exigidos por el delito de colusión; en consecuencia, se advierte que no existen indicios suficientes que permitan vincular a los citados encausados con el ilícito. (R. N. N.º 1109-2014-Callao [Caso *Convia*], del 09-06-2015, ff. jj. 7 y 9. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/29fc6mX>).

§ 2303. **Configuración del delito de colusión desleal en un contrato de compra de bienes. Cuarto.** [El] delito de colusión desleal o concusión impropia previsto en el artículo 384 del Código Penal, se configura cuando: a) el funcionario o servidor público por razón de su cargo o de comisión especial intervenga en los actos de contratación, subastas o en cualquier otra operación semejante, b) concertación del agente público con los interesados, y c) que su conducta en relación a los momentos de la ejecución-consumación, deviene con la consiguiente defraudación patrimonial a los intereses del Estado [en el presente caso, durante el proceso de licitación de compra de materiales para un parque]. Que el delito de peculado se configura cuando el servidor o funcionario público transgrede sus deberes positivos enmarcados en virtud de su cargo, al apropiarse o utilizar -de cualquier forma para sí o para otro caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo-. Que el delito de malversación de fondos en nuestro ordenamiento penal requiere que el funcionario o servidor público le dé al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella o de las que están destinadas, afectando el servicio o la función encomendada; que, en tal sentido, este injusto penal exige, en primer lugar, un cambio de destino del patrimonio -siempre dentro del ámbito público-; en segundo lugar, que el cambio sea definitivo; y, en tercer lugar, como resultado típico, que esta conducta dañe el servicio o la función encomendada. (R. N. N.º 3291-2011-Huánuco, de 21-03-2012, f. j. 4. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/1UOsKEW>).

§ 2304. **El bien jurídico protegido no está conformado simplemente por el patrimonio del Estado, sino fundamentalmente por el deber positivo atribuido a los funcionarios públicos de velar por los intereses patrimoniales del Estado en las contrataciones públicas. Colusión ilegal por inexistencia de contratos con licitación o concurso de precios. Sexto.** [La] colusión desleal previsto en el artículo 384 del Código Penal es un tipo penal especial propio de resultado, que busca proteger el patrimonio del Estado, cuyo contenido de reprochabilidad es el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica directamente al Estado [en la adquisición de alimentos, viajes y hospedajes sin licitación o concurso de precio], constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonial potencial o real para la administración [...]. (R. N. N.º 75-2003-Madre de Dios, de 15-02-2005, f. j. 6. Segunda Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2bEbmcs>).

§ 2305. **Con el delito de colusión no solo se protege el patrimonio del Estado sino también garantizar la intangibilidad de los roles especiales del funcionario o servidor público. Colusión en la compra de bienes en agravio de una UGEL. Tercero.** [El] objeto de la tutela penal en el delito de colusión es variado, así tenemos que con él no solamente se trata de preservar el patrimonio del Estado puesto en movimiento en las diferentes operaciones comerciales a las que alude el artículo 384 del Código Penal, sino también, garantizar la intangibilidad de los roles especiales que adquiere el funcionario

o servidor público en calidad de representante del Estado en las tratativas con el tercero interesado de contratar con la administración pública, y además, asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional de éste, evitando así los actos defraudatorios [en el presente caso, se realiza un irregular proceso de selección para la adquisición de bienes y servicios en agravio de una UGEL]. No obstante ello, cabe precisar que el delito en cuestión por su propia naturaleza permite la lógica negociación y trato cercano entre el particular y el funcionario o servidor público que representa el Estado en las operaciones comerciales, siendo lo cuestionable por el tipo penal, el acuerdo confabulatorio, ilegal y doloso entre ambas partes para obtener un provecho económico en perjuicio del Estado. (R. N. N.º 1305-2014-Ancash, de 10-11-2015, f. j. 3. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2eWuIXi>).

§ 2306. Estructura normativa del delito de colusión. Procesados no tuvieron en su ámbito institucional-funcional la decisión de selección y aprobación de la compra del bien adjudicado. *Tercero.* [...] [Es] necesario delimitar la estructura-normativa [del] delito [de colusión]; [...] este tipo penal no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de “*neminem laede*” o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional [...]; asimismo, esta exigencia formal - de “funcionario o servidor público” - debe de haber intervenido en la operación defraudatoria en razón de su cargo o de su comisión especial [...] toda vez que su sustento está en el “deber atribuido a un funcionario público de resguardar los intereses estatales en la contratación o adquisición de bienes o servicios para el Estado, por lo que para el presente caso habrá que determinarse si estos funcionarios tuvieron en su ámbito institucional “funcional” la decisión sobre la suscripción o la determinación de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros. *Cuarto.* [Compulsados] los agravios alegados por los recurrentes, dentro del contexto probatorio y lo actuado a nivel del juicio oral, no ha quedado acreditado que los procesados se hayan concertado con los interesados [...] para efectuar la compra del motor de lancha [objeto de la adjudicación], toda vez que ellos no tuvieron en su ámbito institucional -funcional- la decisión de selección y aprobación de la compra de dicho bien [...], por lo tanto, no habiéndose reunido los elementos constitutivos de este tipo penal, [la absolución] se encuentra conforme a ley. (R. N. N.º 4469-2008-Loreto, del 11-03-2010, ff. jj. 3 y 4. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2caP3eT>).

§ 2307. Colusión en el contrato de prestación de servicio. Análisis normativo de la estructura típica del delito de colusión. *Tercero.* [...] [Este] Tribunal Supremo considera pertinente, desarrollar algunos fundamentos esenciales para interpretar los elementos consumativos de este tipo penal: **i) Fundamento de imputación jurídico-penal:** no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de “*neminem laedere*” o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, *generado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público*, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional [...]. **ii) La expectativa normativa protegida:** el correcto funcionamiento de la esfera de la Administración Pública, específicamente en la lealtad de la actuación del funcionario público, por la confianza que se le ha encomendado en la correcta disposición del patrimonio público en beneficio del Estado y en el ámbito de la contratación pública -en un negocio jurídico de contenido económico o, más ampliamente, en los procesos de gestión de recursos públicos-. **iii) La conexión directa del status funcional con el ámbito de sus deberes especiales:** esta exigencia formal de “funcionario o servidor público, debe de haber intervenido en la operación -las que pueden concretarse en: i) acuerdos específicos en las etapas de una negociación, ii) adecuaciones o precisiones económicas en contratos o convenios, iii) acuerdos una vez que los contratos llegan a su fin -cálculos para determinar lo que corresponde pagar, vender o para liquidar las cuentas del negocio-, y

iv) provisiones o abastecimientos de diversos bienes- defraudatoria en razón de su cargo o de su comisión especial, -que puede provenir de la ley, un decreto, ordenanza, resolución, reglamento o acto administrativo- presentándose una incompatibilidad total o parcial entre las atribuciones legales del cargo o comisión que se le han asignado y los convenios que lleva a cabo”. iv) *Naturaleza jurídica*: de “lesión”, pues no basta el simple acuerdo colusorio, -razón fundamental por la cual no puede considerarse como un delito de mera actividad-, sino que además, exige como uno de los elementos constitutivos, que el funcionario que intervino por razón de su cargo o comisión especial, “defraude al Estado”. v) *Defraudar al Estado*: El legislador penal al momento de establecer los elementos típicos del delito de colusión ilegal, si bien dejó delimitado las diversas modalidades confabulatorias en la que interviene un funcionario o servidor público por razón de su cargo, sin embargo, tal técnica legislativa utilizada ofrece poca claridad a la hora de interpretar el elemento típico de “defraudar al Estado”; razón que ha conllevado, que tanto en la Jurisprudencia y en la dogmática penal peruana, exista una divergencia respecto a la interpretación de este elemento normativo del tipo de naturaleza objetiva, por lo que, este Tribunal Supremo considera que, para el presente caso, cualquier sustento normativo que se intente utilizar para darle un contenido interpretativo a este elemento típico, ha de estar siempre ligada tanto al *Principio de Legalidad*, a la *naturaleza del tipo penal* y al *contexto social donde la “acción penal se concretice o se defraude el deber positivo”*, bajo esta argumentación, sólo así se mantendrá una seguridad jurídica atenta al principio de legalidad. Que, el delito de colusión ilegal no es un tipo penal que se encuentre orientado por sí solo a garantizar la protección del patrimonio del Estado o cautelar los intereses de la Administración Pública. Sentada esta premisa, “defraudar al Estado” representa la producción de un potencial perjuicio económico -atento al principio de lesividad: artículo IV del Título Preliminar del Código Penal-; sin embargo, para poder afirmar la defraudación de este tipo penal, no sólo basta la constatación entre la concertación y el potencial perjuicio, sino que además, criterios de imputación objetiva nos aconsejarían mantener un relación objetiva entre todos sus elementos; en este sentido la consumación de este tipo penal, se configura con la concretización del riesgo generado por la infracción del deber positivo o especial del funcionario público coludido, resultando irrelevante que el sujeto activo del delito obtenga un beneficio o ventaja para sí mismo. (R. N. N.º 03-2008-”A”-10-Lima, del 06-10-2010, f. j. 3. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/29ngbCq>).

§ 2308. **Elementos típicos esenciales del delito de colusión desleal. Es necesario que los cómplices extraneus intervengan directamente en el acuerdo colusorio (adquisición de vehículo automotriz).** *Quinto.* [...] [Lo] que se reprime [en el delito de colusión] son “los comportamientos defraudatorios que se revelan y surgen a través de la concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados” [...] por lo que en el caso sub judice corresponde analizar si convergen los dos elementos típicos esenciales del delito de colusión desleal, estos son: i) la concertación y ii) el potencial perjuicio económico. [Cabe señalar que en el subsistema anticorrupción, los procesados por el delito de Colusión desleal en su modalidad de “concierto” (modificado por el art. 2º de la Ley N.º 26713) se encuentran solicitando “adecuaciones de pena” en sus respectivos procesos, ya que el tipo penal vigente a la fecha -colusión simple- sanciona esa misma conducta con menor gravedad.] [...] *Sexto.* Que, en el caso de autos, no se advierte la existencia de pruebas indiciarias concomitantes a la etapa de negociación que permitan inferir que nos encontramos ante una concertación fraudulenta en tanto que entre los procesados [...] y los *extraneus* -propietarios del vehículo- no existió trato alguno para adquirir la camioneta [...]; con lo que se acredita que en el caso *sub examine* no existió un comportamiento defraudatorio que haya surgido entre los funcionarios públicos y los terceros interesados, esto es, que los *extraneus* no tuvieron trato alguno con los procesados [...]. *Sétimo.* Que, siendo esto así, reduce la atipicidad de la conducta de los procesados MMRC y JPFS en la imputación recaída en su contra como partícipes necesarios, toda vez que no basta su condición de meros propietarios del vehículo vendido a la Municipalidad agravada para reputárseles el título de complicidad en el delito de colusión, sino que es necesario comprobar su efectiva intervención en el acuerdo colusorio, es decir que hayan realizado un despliegue activo de sus conductas mediante tratos, componendas, o arreglos con los funcionarios públicos competentes para llevar adelante la negociación, de tal manera que actuando de ese modo pudieran haber superado el riesgo permitido para concretarse luego en el resultado; sin embargo, esta

situación no sucedió, puesto que ellos como propietarios delegaron a terceras personas el encargo de la venta del vehículo, siendo estas últimas quienes, al final de cuentas tuvieron los tratos con los funcionarios públicos, resultándoles a los procesados MMRC y JPFS dichos tratos completamente ajenos, saliendo a relucir la neutralidad de su conducta lo que indica que la conducta de los particulares “*se ha practicado dentro de los márgenes de la adecuación social reconocida por el Derecho, o dentro del riesgo permitido, de tal manera que la posibilidad de una imputación por intervención delictiva queda excluida de plano* [...]”. (R. N. N.º 1481-2011-Arequipa, del 19-04-2012, ff. jj. 5-7. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2RURuRS>).

§ 2309. Elementos típicos esenciales del delito de colusión desleal. No necesariamente debe identificarse defraudación con el eventual resultado. Colusión en la compra de bienes y servicios para institutos armados. Quinto. [El] bien jurídico protegido en [este] delito, concretamente, es el patrimonio administrado por la administración pública, y en tal sentido constituye un delito de infracción de deber, además para su configuración deben darse dos elementos necesarios: *la concertación con los interesados y la defraudación al Estado*; el primero -la concertación- que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa; el segundo de ellos -esto es, la defraudación-, debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación -que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico- con el eventual resultado. Así mismo tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos [en el presente caso, los imputados decidieron indebidamente la compra de bienes y servicios para los institutos armados con el fin de favorecer licitaciones y adjudicaciones]; desde esta perspectiva, la colusión, en esencia, no es un delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa. (R. N. N.º 1296-2007-Lima, del 12-12-2007, f. j. 5. Segunda Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2Gou3zb>).

§ 2310. Elementos normativos configuradores del tipo penal de colusión. El tipo penal presupone la existencia de contratos contra los intereses del Estado. Se imputa a los procesados gastos inoficiosos en contrato de remodelación. 2.2.1. [El] tipo penal presupone además de la existencia de contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas u operaciones similares, la existencia de la concertación dolosa que realiza el funcionario con los interesados en las distintas contrataciones estatales [en el presente caso, se imputa a los procesados el gasto inoficioso por el estudio de una hidroeléctrica y no notificar la publicidad de la convocatoria para el contrato de ejecución de obra de remodelación], atentando de esta manera contra los intereses del Estado, por lo que concurre además la defraudación, que conlleva al detrimento del patrimonio estatal. (R. N. N.º 1960-2013-Amazonas, de 02-06-2014, f. j. y 2.2.1. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/29krZJ4>).

§ 2311. Elementos normativos configuradores del tipo penal de colusión. El “acuerdo clandestino” tiene la categoría de elemento normativo del tipo. Se atribuye la colusión en un proceso de adjudicación directa selectiva. 6.2.2. [El] delito de colusión desleal [...] se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo: **i)** el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; **ii)** perjudicar a un tercero, en este caso al Estado; y, **iii)** mediante diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que, en efecto, el delito antes citado importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo concierte con los interesados defraudando al Estado [en el presente caso, se atribuye a los encausados haber concertado para beneficiarse indebidamente dentro de un proceso de adjudicación directa selectiva]; que, al respecto, debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes -el Estado y los particulares- esté referido a que las condiciones de contratación se establecen

deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado. (R. N. N.º 2421-2011-Cajamarca, de 24-01-2013, f. j. 6.2.2. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/29zx64k>).

§ 2312. **Concertación, perjuicio patrimonial y contexto típico. Adquisición de una central telefónica para una municipalidad. Octavo.** [E]l delito de colusión [...] sanciona al funcionario o servidor público que interviniendo directa o indirectamente por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo, estableciéndose en el dispositivo legal precitado como agravante la defraudación de índole patrimonial -dispositivo legal que sería de aplicación, pues para el supuesto de defraudación no patrimonial, que se debe considerar en el caso *sub examine* [en el que se atribuye la colusión de los miembros del comité especial con una empresa de telefonía para simular un proceso de selección a fin de otorgar la buena pro en la adquisición de una central telefónica], esta norma legal establece parámetros punitivos menos gravosos-; asimismo, en el delito de negociación incompatible se sanciona al funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, de lo que se advierte que ninguno de los supuestos típicos previstos en dichos tipos penales encuentran concordancia con lo actuado en el presente proceso, pues como se precisó en el considerando anterior no se ha podido acreditar acuerdo colusorio alguno, ni interés desmedido e indebido que los encausados hayan tenido en la contratación efectuada con la empresa [...], por ende, debe disponerse la absolucón de los precitados, por dichos tipos penales. (R. N. N.º 1730-2011-Junín, de 09-05-2012, f. j. 8. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2p9ivo8>).

§ 2313. **Los elementos del tipo penal de colusión desleal (concertación y perjuicio patrimonial). Venta de terreno de un mercado municipal. Quinto.** [...] d) [No] ha existido perjuicio económico, en contra de la Municipalidad [...], por las conclusiones expuestas en los numerales precedentes, situación que llega a determinar que en el presente caso no se evidencia actos colusorios realizados por los encausados, es decir, que hubieren acordado perjudicar al Estado y mucho menos se ha evidenciado perjuicio patrimonial alguno. **Sexto.** Por otro lado, [...] los encausados [...] han señalado en forma coherente y precisa que la tramitación o documentación referida a la venta del terreno del mercado modelo y anexo de Tumbes, se ha efectuado respetándose las leyes vigentes al momento de los hechos, negando actos colusorios para perjudicar a la referida agraviada, versiones que fueron corroboradas con el material probatorio analizado líneas arriba, declaraciones que no han sido desvirtuadas por el señor Fiscal en el presente proceso; siendo así, este Supremo Tribunal considera que no se ha llegado a desvirtuar la presunción de inocencia que constitucionalmente ampara a todo justiciable [...]. (R. N. N.º 1700-2011-Tumbes, de 23-05-2011, ff. jj. 5 y 6. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2ImK2eP>).

§ 2314. **Los elementos del tipo penal de colusión desleal (concertación, perjuicio patrimonial y contexto típico). Colusión de funcionarios con empresas constructoras. Tercero.** [E]l delito de colusión desleal previsto en el artículo 384 del Código Penal, se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo: i) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; ii) perjudicar a un tercero, en este caso al Estado; y, iii) mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que, en efecto, el delito antes citado importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo se concierte con los interesados defraudando al Estado; que, al respecto, debe tenerse en cuanto que el acuerdo colusorio entre las partes -el Estado y los particulares- esté referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado; que, en el presente caso, el concierto subrepticio y clandestino entre los acusados [funcionarios del] CTAR [...] con las empresas Z y C, constituye una conclusión probatoria inferida del examen de los indicios radicados en las siguientes graves irregularidades identificadas en el Informe Especial [...] elaborado por la Contraloría General de la República [...]. (R. N. N.º 1076-2013-Ucayali, de 02-04-2014, f. j. 3. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2FFwUzu>).

§ 2315. **Competencia funcional del autor y los elementos del tipo penal de colusión desleal.** No está acreditada la participación de los encausados en la presunta concertación colusoria con los interesados en la adjudicación ilegal de la buena pro. 5.3. Sin embargo, respecto de los encausados [...], ex Directores de Desarrollo Urbano y ex Jefe de División de Obras, respectivamente; así como los ex jefes de División de Obras [...], esta última además residente de obra, los ex Jefes de Adquisiciones [...]; los controladores de maquinarias [...]; los residentes de obra [...], no se ha acreditado en autos la relación funcional específica exigida por el tipo, esto es que los citados encausados hayan tenido la facultad o capacidad de representación e idoneidad para vincular jurídicamente a la Municipalidad [...], sea a través de contratos u otros actos jurídicos; siendo que el solo hecho de haber dado la conformidad a los informes emitidos, no constatar el servicio o trabajos prestados, o no constatar la veracidad de determinados documentos, no configura la hipótesis típica del delito de colusión ilegal. 5.4. Si bien en el caso de los encausados [...], sí existió tal vinculación funcional, dado, que en sus calidades de entonces -Jefes de la Unidad de Abastecimientos-, estuvieron a cargo de llevar a cabo los procesos de selección y otorgamiento de la buena pro a [una] empresa [en diversos procesos] [...], tampoco se ha acreditado en la secuela de la instrucción como del juicio oral, que dichos encausados hayan participado en la elaboración o presentación de cotizaciones falsas con la finalidad de complementar la terna postora y favorecer a la citada empresa, por cuanto se ha establecido que las cotizaciones eran función del área de Adquisiciones, conforme lo reconocieron los procesados [...] en sus respectivas declaraciones instructivas y en el juicio oral. 5.5. Por lo demás, tampoco se ha evidenciado que los encausados últimamente nombrados, en razón de sus cargos hayan participado en actos de concertación defraudatoria con la empresa [...], tanto más si según el Informe Pericial [...] señalaron que no ha sido posible determinar si ha habido perjuicio o no en contra de la Municipalidad [...], toda vez que de la compulsa de los partes diarios de máquinas que han sido materia de observación, están contenidos en los comprobantes de pago y debidamente facturados y asignados a cada una de las obras por el importe de ciento veintiocho mil doscientos veintidós nuevos soles con noventa y cinco céntimos por la citada empresa. 5.6. En suma, la ausencia de relación funcional precedentemente expuesta y del resultado antijurídico que se requiere para la configuración normativa del delito de colusión ilegal, en cuanto a un perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado, desde un plano de estricta y eficiencia del normal funcionamiento de la administración, supuestos que incide en un juicio negativo de tipicidad penal, acorde con los elementos normativos contenidos en el artículo 384 del Código Penal, no se ha comprobado con suficiente solvencia probatoria, la participación de los citados encausados en una presunta concertación colusoria con los interesados, conforme a las exigencias normativas del tipo en mención. (R. N. N.º 1533-2011-Junín, de 13-06-2012, ff. jj. 5.3, 5.4, 5.5 y 5.6. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2FvBJPU>).

§ 2316. **Competencia funcional del autor y los elementos del tipo penal de colusión desleal. Funcionarios imputados carecen del cargo y capacidad de decisión directa de la contratación. Necesidad de una prueba directa como el Informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial.** Tercero. [E]l delito de colusión exige como presupuesto para su comisión la “concertación”, que consiste en ponerse de acuerdo sobrepticamente con los interesados en lo que la ley no permite para beneficiarse a sí mismo y a los intereses privados, lo que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la administración pública; que el sujeto activo al concertarse puede actuar con evidente codicia o con intencionalidad extraeconómica que busca perjudicar al Estado [en el presente caso, se señala que tras un proceso simulado se otorga la buena pro para una licitación]. [...] Séptimo. [A]simismo, para efectos de la configuración del delito de colusión, también se requiere que se acredite la concurrencia de otros dos elementos objetivos: a) el acuerdo colusorio con los interesados y, b) el perjuicio patrimonial del Estado. En el primer caso es posible que se acredite mediante prueba directa o indirecta; en el segundo caso, es necesario que se acredite esencialmente mediante prueba directa, que suele estar sustentado por medio de un informe pericial. [...] Décimo. [D]entro de ese marco de generalidad anotado resulta necesario precisar la condición funcional del sujeto activo del tipo penal de colusión desleal a fin de corroborar si los funcionarios encausados se ajustan a esas características, así tenemos, que este delito tiene como sujeto activo al funcionario o servidor público que utiliza su cargo o comisión especial en la realización de diversas formas contractuales; en ese sentido, no cualquier

funcionario o servidor público puede ser sujeto activo de este delito, no lo puede ser aquel que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige, en dicho contexto, se advierte que los encausados JH (Jefe de la Oficina de Control Patrimonial) y LD (Miembro del Comité de Altas y Bajas), no integraron el Comité Especial de Adjudicación que llevó a cabo el proceso que se acusa de fraudulento, lo cual se desprende de lo actuado en autos y de las versiones de estos en el acto oral [...], por lo tanto, al carecer del cargo y capacidad de decisión directa de la contratación, los referidos encausados no reúnen los presupuestos para ser considerados sujetos activos del delito de colusión; siendo así, en cuanto a estos acusados la absolución resulta conforme a ley. (R. N. N.º 1105-2011-Ica, de 22-08-2012, ff. jj. 3, 7 y 10. Sala Penal Permanente. Texto complejo: <bit.ly/2FQ5das>).

§ 2317. Competencia funcional. Gerente municipal que actúa dentro de su rol no responderá por la creación de un riesgo no permitido. Adquisición de un software. *Sexto.* [Si] bien [...] tanto el contrato de elaboración de software como la agenda número uno, fueron suscritos por el encausado [...], no se tuvo en cuenta que ello fue en el ejercicio de sus funciones, es decir, en su calidad de Gerente Municipal, circunstancia que no resulta suficiente para imputarle responsabilidad penal en los hechos denunciados, escapando de su función el velar por el cumplimiento de la elaboración del software, dado que dicha función y la elaboración de la conformidad de servicios para el pago al contratista [...] era evaluado por el Gerente de Administración Tributaria [...]. *Séptimo.* [O]tro aspecto que no se ha tenido en consideración es el hecho de que el encausado no formó parte del Comité Permanente de Adquisiciones para la adjudicación de menor cuantía, por tanto, no tuvo participación en el proceso de selección del contratista [...]. *Octavo.* [El] informe pericial elaborado por los peritos de REPEJ [...] tampoco demuestra categóricamente la responsabilidad del encausado [...], por cuanto solo concluye que el sistema de administración tributaria no está implementado en el área correspondiente de la Municipalidad, mas no hace una valoración y un cálculo de pérdida de dinero, lo que sí está descrito en la pericia contable [...], elaborada también por peritos de REPEJ, donde se concluye que se realizaron gastos de doce mil nuevos soles en la implementación del sistema informático de un software para la administración tributaria de la Municipalidad [...]; sin embargo, ello tampoco resulta suficiente para imputarle la responsabilidad penal al encausado [...]; además de ello, no se tuvo en cuenta que el encausado y el contratista responsable de la elaboración del software no se conocían, como así lo mencionó [...] en juicio oral. [...] *Décimo.* [En] atención a ello, tenemos que lo imputación objetiva, que desarrolla la teoría del tipo desde un punto de vista normativista, contemplando conceptos que funcionan como filtros, para determinar si una conducta es susceptible de ser considerada típica, destaca la figura del rol, como uno de esos filtros, en cuya virtud aquella persona que actúa dentro de su rol no responderá por la creación de un riesgo no permitido, y por lo tanto, tampoco por un delito, por lo que aplicando dicha teoría al caso de autos, se puede colegir que el encausado [...] solo se limitó a realizar su rol de gerente municipal, ejecutando las obras en mérito a lo acordado por Concejo Municipal; sin transgredir límite alguno; por lo que, dicha conducta no puede ser reprochable penalmente; asimismo, de acuerdo a la prohibición de regreso, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro aproveche dicho vínculo en una organización no permitida, este filtro excluye la imputación objetiva del comportamiento, pues la conducta de la persona inicial, que es aprovechada por una segunda a un hecho delictivo, es llevada de acuerdo a su rol. (R. N. N.º 1114-2011-Apurímac, de 09-05-2012, ff. jj. 4, 6, 7, 8, 9 y 10. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2DpjVjw>).

§ 2318. El extraneus es aquel particular que no tiene la condición especial de funcionario público pero interviene en las tratativas. En el presente caso solo participó en los trámites administrativos para la compra de bienes. *Sexto.* [El] Ministerio Público efectuó un inadecuado juicio de subsunción al calificar la conducta del mencionado encausado bajo el tipo penal de colusión desleal en calidad de cómplice; que, en este sentido, si bien se observa que participó en la elaboración de una serie de documentos de significativa importancia en el proceso de selección [adjudicación directa selectiva para la compra de bienes], también lo es que no formó parte del Comité ni ostentó alguna posición de autoridad, de suerte que si el tipo penal exige i) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para



lograr un fin ilícito, **ii**) el perjuicio a un tercero, en este caso al Estado, y finalmente, **iii**) que el delito debe cometerse mediante alguna forma contractual, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; tales elementos no se dan en la conducta [del procesado]; [...] la figura del *extraneus* se refiere a aquel particular que no tiene esa condición especial -de funcionario público con capacidad de contratar a nombre del Estado-, empero, interviene en las citadas tratativas, lo que tampoco se da respecto al mencionado acusado, el que, aun cuando participó en los trámites administrativos del concurso subleítico, no se le imputa haberlo hecho en las tratativas, por ende, su absolución se encuentra arreglada a ley y, como tal, no cabe rescindir la sentencia en cuanto a este extremo se refiere. (R. N. N.º 702-2009-Lima, del 12-05-2010, f. j. 6. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2bLa5xn>).

§ 2319. La participación delictiva en el delito de colusión desleal. El concierto en los marcos de una contratación pública se puede reproducir durante todo el procesamiento de adquisición: el ámbito de actuación es extenso y en cualquiera de sus fases puede producirse el concierto punible. Declaración de emergencia que permitió exonerar de concurso de precios a determinados bienes. Sexto. [El] informe elaborado por el encausado [ingeniero mecánico cómplice] dice que luego de verificar las características técnicas, éstas coinciden con las propuestas por el postor, y se comprobó el buen estado de funcionamiento. El cargador frontal era una máquina nueva, sin uso. Ahora bien, un primer informe [...] elaborado por [otro perito], estableció una falta de concordancia entre las especificaciones técnicas y las características técnicas del cargador frontal. Lo determinante, por su carácter pericial y de medio de prueba oficial, es el Informe Pericial [...] que establece que hay diferencias entre lo indicado en las bases, oferta y contrato y lo que consta del cargador frontal efectivamente adquirido y recepcionado. El motor es de fabricación china con patente Caterpillar USA y de mayo de 2005, y su valor es de cincuenta mil novecientos ochenta y ocho punto cuarenta y cinco soles, pero por el cargador frontal se pagó ochocientos treinta y siete mil ciento cincuenta soles [...]. **Séptimo.** [La] contendencia [del] informe pericial es definitiva; y, pese a tal diferencia, se prosiguió con los procedimientos para la adquisición del cargador frontal. No se trata de una negligencia, sino de un acto premeditado y de concierto entre vendedores y compradores. La intervención de un ingeniero mecánico para que 'valide' la adquisición y se prosiga con el procedimiento administrativo de adquisición fue determinante. No es posible aceptar que se engañó al ingeniero y encausado [cómplice], pues su experiencia en el ramo, para lo que se le contrató, no autoriza a estimar que se le dio documentos diminutos para la comparación y certificación. Él sabía su misión y objetivo, y por ello se prestó a validar lo que no podía hacer y dar apariencia de corrección o lo que, en puridad, fue una concertación lesiva a la Municipalidad. [...] **Noveno.** Que es precisar, primero que no está acreditado que el cargador frontal era de segundo uso, finalmente el propio experto llegó a decir que tal dato no podía ratificarlo [...]. Lo que en modo alguno elimina la concertación punible; segundo, que en las cuestiones de hecho se mencionó a la declaratoria de emergencia que permitió la exoneración de concurso público, pero tal precisión del curso fáctico no importa un cambio de los hechos acusados y, por ende, una sentencia que vulneró el principio de correlación: lo central es el concierto y las diferencias entre lo pedido y lo recibido (cargador frontal) y, luego, su costo excesivo -en este último supuesto- es de advertir lo que menciona la pericia ya citada y lo que, finalmente, se pagó y, señaladamente, la declaración del titular de la empresa representante del cargador frontal adquirido: su precio era noventa y cinco mil dólares americanos a ciento diez mil soles [...]; tercero, que si bien los funcionarios municipales dieron cuenta de las presiones sufridas por parte del encausado [...], los cuales podrían estar involucrados en los hechos -de ahí que corresponde su procesamiento penal, acorde con lo solicitado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal-, lo determinante es el rol que desarrolló al respecto, lo que revela su intervención punible; y, cuarto, que la intervención de [el cómplice] no fue post delictiva, pues el concierto en los marcos de una contratación pública se puede reproducir durante todo el procesamiento de adquisición, que implica el acto de la toma de la decisión para adquirir determinados bienes, el acto de adquisición y celebración del contrato [en el presente caso, se declara en emergencia el distrito por el Consejo Municipal generando que se permita exonerar de concurso de precios a determinados bienes], el acto de consolidación de la misma, el acto de entrega y de control de lo adquirido y, finalmente, el acto de validación o confirmación de lo adquirido y ulterior pago final del producto; el ámbito de actuación es extenso y en cualquiera de esas fases de la

contratación pública puede producirse el concierto punible. (R. N. N.º 1527-2016-Del Santa, de 05-12-2016, ff. jj. 6, 7 y 9. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2oUsHSe>).

§ 2320. Concurso aparente de normas penales (colusión y estafa) que se resuelve con la exclusión de la primera, en aplicación del principio de consunción. Concertación entre funcionarios de la entidad agraviada con los interesados y los ganadores de la buena pro en un proceso de adjudicación directa. Cuarto. [Los] hechos como han sido descritos y analizados, subyacen tanto en el delito de estafa como en el de colusión, por lo que se habría producido un concurso aparente de normas penales, una de ellas subsidiaria y general (estafa) y la otra específica (colusión), el mismo que debe resolverse con la exclusión de la primera, en aplicación del principio de consunción -por haberse realizado una incorrecta calificación jurídica-, pues su contenido prohibitivo se encuentra subsumido por la mayor riqueza descriptiva de la segunda, no configurándose el delito de estafa -previsto en el artículo 196 del Código Penal- al no concurrir el “engaño” como elemento constitutivo del tipo penal, toda vez que el acto de disposición patrimonial se habría derivado de la concertación entre los funcionarios de la entidad edil agraviada con los interesados y los ganadores de la buena pro en el proceso de adjudicación directa. (R. N. N.º 1934-2007-Arequipa, del 19-03-2009, f. j. 4. Sala Penal Permanente. Texto completo: <goo.gl/82xo3t>).

§ 2321. Concurso aparente de normas penales (uso indebido del patrimonio de la empresa y colusión) que se resuelve con la exclusión de la primera, en aplicación del principio de consunción. La conducta incriminada a los funcionarios se subsume dentro de los presupuestos del tipo penal de colusión, al haber defraudado al Estado con los acuerdos colusorios sostenidos con los representantes de las empresas favorecidas. Octavo. [...] [En] el caso de autos, no resulta aplicable dicho tipo penal [delito de fraude en la administración de personas jurídicas], puesto que la conducta incriminada a los procesados se subsume dentro de los presupuestos objetivos y subjetivos del tipo penal de colusión, al haber defraudado al Estado con los acuerdos colusorios sostenidos con los representantes de las empresas favorecidas. Ahora bien, en el presente caso, se trata de un concurso aparente de leyes, que constituye un problema de interpretación [que] surge cuando el sujeto activo realiza una acción que podría, aparentemente, ser calificada en más de un tipo penal, pero en realidad solo se puede aplicar uno. [...] [Cuando] uno o varios hechos son incluíbles en varios preceptos penales solo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un *bis in idem*. Ello sucede siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes [...]. En el caso [...], corresponde la aplicación del principio de especialidad (entre dos tipos penales, uno excluye al otro porque contempla de manera más específica al hecho, es decir, el tipo legal más específico prima sobre el tipo más general), por cuanto el tipo penal de colusión desleal, es el que reúne todos los requisitos especiales para la configuración del mismo, como es la calidad de funcionario público del agente, los acuerdos colusorios existentes en los contratos y la defraudación causada al Estado. Siendo ello así, no corresponde en el presente caso la aplicación del tipo penal fraude en la administración de personas jurídicas [uso indebido del patrimonio de la empresa]. (R. N. N.º 2473-2008-Lima Norte, del 26-08-2009, f. j. 8. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2aVRL0T>).

§ 2322. El delito de colusión es un delito de participación necesaria que requiere de la intervención de un particular que el agente público se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas, en este caso, en un contrato estatal. Quinto. [...] 5.1. [...] El delito de colusión es un delito de participación necesaria -concretamente de encuentro-, que requiere de la intervención de un particular o *extraneus*, esto es, exige que el agente público -*intraneus*- se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en un contrato [en el presente caso, de un contrato de obra, desde el otorgamiento de la buena pro hasta la ejecución del mismo] o acto -los interesados- que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la Administración Pública -ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica-. El carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside, pues, en la “privatización” de la actividad funcional que realiza el funcionario público que, como tal, debe tender a representar y cautelar los intereses de la Administración Pública y no, por el contrario, a beneficiar a

los particulares [...]. (R. N. N.º 1565-2012-Ica, de 19-11-2013, f. j. 5. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/1sBoTnZ>).

§ 2323. **El delito de colusión como un delito de mera actividad. Cuarto.** [E]l delito de colusión desleal debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la administración pública sufra un perjuicio [...], siendo el caso que la defraudación debe entenderse como transgresión del deber de lealtad [al celebrarse el contrato de compra de porcinos de manera irregular y de contratar los servicios de un veterinario a un elevado costo], deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; por lo que la defraudación no puede ser entendida como producción (o posibilidad) de un perjuicio, no constituyendo por tanto -el perjuicio- un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio (defraudatorio). (R. N. N.º 5315-2008-Puno, del 03-05-2010, f. j. 4. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/1OmkCiA>).

§ 2324. **El delito de colusión como delito de lesión. El funcionario debe intervenir en una “operación defraudatoria”. Es un delito de peligro concreto y no abstracto. En el presente caso, se imputa a los procesados favorecer la licitación pública a cambio de un estipendio. 3.4.** [...] [Los] elementos consumativos de este tipo penal [son]: i) *Fundamento de Imputación jurídico-penal*: no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de “*neminem laedere*” o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que, cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional [...]. No obstante ello, esta exigencia formal de “*funcionario o servidor público, debe de haber intervenido en la operación defraudatoria -las mismas que pueden concretizarse en: a) acuerdos específicos en las etapas de una negociación, b) adecuaciones o precisiones económicas en contratos o convenios, c) acuerdos una vez que los contratos lleguen a su fin -cálculos para determinar lo que corresponde pagar, vender o para finiquitar las cuentas del negocio-, y d) provisiones o abastecimientos de diversos bienes- en razón de su cargo o de su comisión especial*”, que puede provenir de la ley, un decreto, ordenanza, resolución, reglamento o acto administrativo [...], presentándose una incompatibilidad total o parcial entre las atribuciones legales del cargo o comisión que se le han asignado y los convenios que lleva a cabo; ii) *Naturaleza jurídica*: de “*lesión*”, pues no basta el simple acuerdo colusorio -base fundamental por la cual no puede ser considerado como delito de mera actividad- puesto que, exige como uno de los elementos constitutivos que el funcionario que intervino por razón de su cargo o comisión especial “*defraude al Estado*”; iii) *la expectativa normativa que protege -o bien jurídico protegido-*: el correcto funcionamiento de la esfera de la Administración Pública, específicamente en la regularidad de la actuación del funcionario público en la disposición del patrimonio público en beneficio del Estado y en el ámbito de la contratación pública -en un negocio jurídico de contenido económico o, más ampliamente, en los procesos de gestión de los recursos públicos-. Ahora bien, el delito de colusión no es un tipo penal orientado directamente a garantizar la protección penal del patrimonio del Estado, sino a garantizar y cautelar los intereses de la Administración Pública [en el presente caso, a los procesados se les acusa de favorecer una licitación pública a cambio de estipendio]; bajo esta premisa: “*defraudar al Estado*” no debe entenderse exclusivamente como una mera disminución del patrimonio del Estado, siendo suficiente, a estos efectos, la producción de un peligro potencial, o peligro de perjuicio, entendiéndolo -atento al principio de lesividad: artículo IV del Título Preliminar Código Penal- como peligro concreto, que se genera cuando un funcionario al coludirse con los particulares en un proceso de selección -adquisición de bienes o servicios- acuerda establecer facilidades o condiciones desfavorables al Estado, consumándose de esta forma, la realización del riesgo creado por la infracción del deber del funcionario público coludido [...]; siendo irrelevante que de este perjuicio efectivo o potencial el agente obtenga provecho o ventaja económica para sí mismo [...]. (R. N. N.º 2617-2012-Callao, de 22-01-2014, f. j. 3.4. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/29c7Fs6>).

§ 2325. En el delito de colusión, si bien no se necesita acreditar el lucro o el provecho obtenido por el sujeto activo, sí deberá acreditarse el dolo directo del agente. Procesos de selección exonerados por situación de emergencia. *Noveno*. [...] [En el delito de colusión], el sujeto activo al concertarse puede actuar con evidente codicia o con intencionalidad extraeconómica que busca perjudicar al Estado. Si bien no se necesita acreditar el lucro o el provecho obtenido por el sujeto activo, sí deberá acreditarse el dolo directo del agente, tanto del negociador público oficial como del interesado [en el presente caso, se declara en situación de emergencia para que el proceso de selección sea exonerado], para poder imputarle responsabilidad penal a título de cómplice a este segundo interviniente [...]. (R. N. N.º 2767-2008-Loreto, del 19-08-2009, f. j. 9. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2bjqwOS>).

§ 2326. En el delito de colusión, el funcionario asume roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado. Funcionarios que no cumplen con requerir el saldo de entrega por parte del proveedor ganador de la buena pro. *Tercero*. [...] [El] núcleo rector del delito de colusión desleal [...] es que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y viola el principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado [en el presente caso, funcionarios que participaron concertada y deliberadamente para incumplir sus funciones en el proceso de selección de proveedores, por no haber requerido el saldo de entrega por parte del proveedor ganador de la buena pro] [...]. (R. N. N.º 4661-2007-Ucayali, del 30-03-2009, f. j. 3. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2bAZpCi>).

§ 2327. La conducta incriminada (compra de un motor petrolero por parte de una municipalidad) consiste en un acuerdo colusorio defraudatorio (mediante documentos adulterados). El delito de colusión debe entenderse como un delito de mera actividad. *Cuarto*. [El] delito de colusión debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la administración pública sufra un perjuicio [...], siendo el caso que la defraudación debe entenderse como transgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; por lo que la defraudación no puede ser entendida como producción -o posibilidad- de un perjuicio, no constituyendo por tanto -el perjuicio- un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio -defraudatorio-. *Quinto*. [La] norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de Contratación Administrativa, *para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados*, esto es, que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. Así, la singularidad de este ilícito es que sólo el funcionario público es quien puede vulnerar los deberes inherentes al cargo, al constituir un garante de los intereses estatales que se ven involucrados en los contratos administrativos; sin embargo, también lo es que, los interesados, esto es, los proveedores, concursantes o licitantes, si bien no pueden ser pasibles de ser sancionados como autores por este ilícito, en tanto su conducta no lesionan los deberes funcionales; sin embargo, su intervención puede ser objeto de una sanción penal en calidad de cómplice primario, en tanto sin su participación resulta imposible defraudar al Estado [en el presente caso, la compra de un motor petrolero por parte de una municipalidad se realizó de manera irregular, con documentos adulterados]. (R. N. N.º 1969-2012-La Libertad, del 16-01-2014, ff. jj. 4 y 5. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2b2BJoN>).

§ 2328. Monto dinerario sobrevaluado no puede ser considerado como delito independiente de peculado pues este se subsume en el delito de colusión desleal. Funcionarios ediles que ocultan la procedencia y verdadero precio de la adquisición de los dos vehículos para la municipalidad. *Sexto*. [Cabe] precisar que el monto dinerario sobrevaluado en la adquisición de los dos vehículos para

la entidad agraviada, de los que también se apropiaron el encausado [alcalde] y el sentenciado [teniente alcalde], no puede ser considerada como delito independiente de peculado pues dada la naturaleza esta se subsume en el delito de colusión desleal previsto en el artículo 394 del Código Penal, debido a que constituye elemento constitutivo de la defraudación que se ocasionó al Estado producto del acuerdo a que llegaron con el *extraneus* DGC [con el objeto de ocultar la procedencia y verdadero precio de la adquisición de los dos vehículos para la municipalidad], por lo que corresponde declarar la nulidad y sin lugar a emitir pronunciamiento en el extremo de la condena por el delito de peculado [...]. (R. N. N.º 4741-2006-Cusco, del 30-01-2008, f. j. 6. Segunda Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2bswsXA>).

§ 2329. **Hechos (irregular contratación de proveedores) configurarían los elementos del tipo penal de colusión y no de peculado. Segundo.** [...] [En] el contrato no se fijó el valor total de la obra, asimismo, se advierte que no coinciden las fechas de celebración del contrato con la autorización por acuerdo del concejo, esto es, mucho tiempo después, así pues primero debió llevarse el acuerdo y luego firmarse el contrato [entre otras irregularidades, la obra tuvo un valor superior al que debió costar y la contratación fue realizada después de tiempo]; y se advierte también que presuntamente la esposa del acusado ha sido la proveedora de madera de eucalipto para tal obra, hecho prohibido según lo señala la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado [...]. [...] **Cuarto.** [Los] hechos antes descritos configurarían los elementos del tipo penal de colusión [y no de peculado]; en resguardo del principio de legalidad, [...] se deberá reconducir la calificación típica de los hechos antes citados [...]. (R. N. N.º 1165-2008-Amazonas, del 06-05-2009, ff. jj. 2 y 4. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2bkAgLC>).

§ 2330. **Los regidores que permiten contratos defraudatorios son cómplices del delito de colusión. Municipalidad que contrata a una empresa para que realice un servicio que ya se había realizado. Quinto.** Que, en cuanto a la absolución de los procesados [...], se infiere que el Tribunal Superior no valoró que por su condición de Regidores de la Municipalidad agraviada con facultades fiscalizadoras, no exigieron la información adecuada para la suscripción del referido contrato [con una empresa de consultoría para que realice el cobro y la gestión de una deuda a favor de la municipalidad; sin embargo, esta situación evidencia concertación pues, en rigor, dicha empresa contratada no realizó labor alguna debido a que esta tarea ya había sido efectivizada por los ejecutores coactivos de la municipalidad], ni tampoco verificaron las labores que debía realizar, la forma y contenido del mismo, inobservando el cumplimiento de las exigencias establecidas en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado. A pesar de ello aprobaron en vía de regularización, en sesión extraordinaria [...], la suscripción del contrato tantas veces mencionado, con lo que permitieron que la empresa [de consultoría] obtenga un beneficio económico por un presunto servicio que ya había sido realizado. La intervención que tuvieron en los hechos constituiría una participación necesaria dado que la expectativa normativa exigida a los Regidores se circunscribió al cumplimiento de su rol de custodiar y velar por el buen funcionamiento de la administración municipal. No se puede soslayar que sin su aprobación en sesión de concejo no podía haber sido posible la contratación de la citada empresa. Consecuentemente, en este extremo se incurrió en la causal de nulidad establecida en el inciso 1 del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales. (R. N. N.º 1389-2012-Cañete, del 16-01-2013, f. j. 5. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/1Uz007H>).

§ 2331. **El contexto de contrataciones con el Estado requerido por el tipo penal de colusión no comprende al procedimiento de ajuste de tarifas de telefonía por no desarrollarse en un marco de negociación. 5.2.** Analizados los autos, se observa que el caso *sub examine* se trata de un procedimiento de ajuste tarifario trimestral, que implica un procedimiento regulatorio de supervisión, control y verificación de solicitudes trimestrales de ajuste de tarifas que solicita [una empresa telefónica] a OSIPTEL, en mérito a la novena cláusula del contrato de Concesión entre el Estado y [la empresa telefónica] [...], empero, tal procedimiento en modo alguno puede ser considerado como un proceso de contratación y adquisición pública, toda vez que en las contrataciones y adquisiciones públicas concurren dos partes: el Estado, que demanda el bien o servicio, y el proveedor, que proporciona uno u otro. El Estado es el

titular del presupuesto con el que se pagará al proveedor, por eso si existiese defraudación será el patrimonio público el afectado. En los procesos de regulación de tarifas, sin embargo, no concurren posibles proveedores interesados en brindar al Estado un bien o servicio, sino que se está ante un procedimiento regulatorio de ajustes de tarifas, por eso tampoco es posible en tales procesos afectar el patrimonio estatal. (R. N. N.º 341-2015-Lima, del 04-11-2015, ff. jj. 5.2 y 5.3. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/29bu2dQ>).

§ 2332. Confabulación con los interesados rebasa y contradice los términos de entendimiento normales de toda concertación que acompaña a la celebración de contratos públicos. Sin embargo, en el presente caso, la alcaldesa procesada no tuvo injerencia en la adquisiciones de bienes y servicios de menor cuantía, por lo que no se evidencia concertación alguna entre esta y sus coacusados para defraudar al Estado. *Cuarto.* [...] [La] defraudación [es] el resultado del quebrantamiento de los roles especiales asumidos por los sujetos vinculados, con la consiguiente violación de la confianza depositada por la sociedad y el Estado al producirse engaño al interés público. [...] La defraudación al Estado tiene que ser producto del concierto confabulatorio con los interesados, que por su naturaleza misma rebasa y contradice los términos de entendimiento normales de toda concertación que acompaña a la celebración de negociaciones o contratos [...]. *Quinto.* [...] [Analizados] los actuados se concluye que si bien parte de los materiales para las construcciones de mejoramiento del sistema de Abastecimiento de agua potable [...] fueron adquiridos sin realizar el proceso de selección de menor cuantía, conforme lo establece la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; sin embargo, de las declaraciones de la [alcaldesa] procesada [...] se corrobora que esta no tuvo injerencia en la adquisiciones de bienes y servicios, ya que esto fue realizado de manera directa por el personal encargado, debido a la premura de la obra, refiere que desconocía del procedimiento que debían seguir para la compra de dichos materiales; por lo que no se evidencia concertación alguna entre esta y sus coacusados para defraudar al Estado; más aún si de autos se advierte que los procesados no se conocen entre sí. [...] (R. N. N.º 2543-2013-Ancash, del 12-12-2014, ff. jj. 4 y 5. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2bokYGB>).

§ 2333. Funcionario que no ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en el tiempo oportuno comete negligencia administrativa y no delito de colusión ilegal. 3.1.3. [La] norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de Contratación Administrativa, *para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados*, esto es, que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevalorar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. De modo tal que, *si es que el funcionario no ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en el tiempo oportuno, estaremos ante una negligencia y no ante el delito de Colusión Ilegal, constitutivo de una desobediencia administrativa.* (R. N. N.º 1199-2013-Arequipa, del 06-08-2014, f. j. 3.1.3. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2aFz99E>).

§ 2334. No se ha acreditado colusión ilegal. Incumplimiento de los contratistas. Acciones legales correspondientes para recuperar los caudales públicos. *Tercero.* [Con] relación al delito de colusión desleal imputada a los encausados, no se ha acreditado en forma fehaciente que haya existido concertación entre los procesados acusados, no obstante, sí se ha determinado que existen faltas de carácter administrativo, dado que al constatarse el incumplimiento por los contratistas, de inmediato se interpusieron las acciones legales correspondientes para recuperar los caudales pertenecientes al Estado [...]. (R. N. N.º 4678-2006-Madre de Dios, del 18-03-2008, f. j. 3. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2bTb7Hj>).

§ 2335. No se acredita la responsabilidad penal por colusión del procesado pues este no tuvo participación en un acuerdo previo para defraudar al Estado; su participación ha sido con posterioridad al proceso de selección. *Tercero.* [En el delito de colusión] lo que se reprime son “los com-

portamientos defraudatorios que se revelan y surgen a través de la concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados” [...]; asimismo, este tipo penal no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de “*neminem laede*” o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional [...]. *Cuarto*. [Está acreditado que el] procesado no [es responsable por colusión, pues conforme] los auditores [...], [...] la participación del procesado [...] se realizó después del proceso de selección al autorizar los pagos, mas no haber verificado que la empresa contratante hubiera presentado por completo la documentación requerida, por lo tanto, siendo que el núcleo rector de este tipo penal es el “defraudar al Estado”, entendiéndose esto como el quebrantamiento del principio de confianza depositada en el ente funcional por parte del Estado, al incumplir sus deberes especiales, con el consiguiente engaño al interés público, asumiendo roles incompatibles con su esfera institucional, en el caso de autos, no se ha logrado acreditar de manera fehaciente la responsabilidad penal del procesado [...] en este delito, al no haber tenido participación en un acuerdo previo para defraudar al Estado, y aun cuando tuvo participación en autorizar los pagos, esto ha sido con posterioridad al proceso de selección antes señalado. (R. N. N.º 4564-2007-Piura, de 26-03-2008, ff. jj. 3 y 4. Segunda Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/1TtNz8m>).

§ 2336. **La concertación, ante la ausencia de prueba directa, se puede establecer mediante prueba indirecta o indiciaria. Cambio del título de intervención, de cómplice a autor. Procedimiento de adquisición irregular en donde el valor de los bienes adquiridos estaba sobrevalorados.** *Octavo*. [...] Es claro que los funcionarios públicos niegan el concierto y lo quieren referir al hecho de la acreditación de contactos personales entre sí y con los proveedores para justificar la lógica fraudulenta. En clave probatoria, empero, lo que se debe verificar es la existencia de una concertación pública que se produce a través de una concertación entre funcionarios públicos competentes e interesados. La concertación, ante la ausencia de prueba directa -testigos presenciales o documentos que consignen la existencia de reuniones, contactos, y acuerdos indebidos-, se puede establecer mediante prueba indirecta o indiciaria. Por ejemplo, (i) si el procedimiento de contratación pública fue irregular en sus aspectos fundamentales o más relevantes -verbigracia: celeridad inusitada, inexistencia de bases, interferencia de terceros, falta de cuadros comparativo de precios de mercado, elaboración del mismo patentemente deficiente, ausencia de reuniones formales del comité, o ‘subsanações’ o ‘regularizaciones’ ulteriores en la elaboración de la documentación, etcétera-; (ii) si la convocatoria a los participantes fue discriminatoria y con falta de rigor y objetividad -marcado favoritismo, lesivo al Estado, hacia determinados proveedores-; y, (iii) si los precios ofertados -y aceptados- fueron sobrevalorados o los bienes o servicios ofrecidos y/o aceptados no se corresponden con las exigencias del servicio público o fundamento de la adquisición, es razonable inferir que la buena pro solo se explica por una actuación delictiva de favorecimiento a terceros con perjuicio del Estado [en el presente caso, el procedimiento de adquisición fue irregular, además el valor de los bienes adquiridos estaban sobrevalorados].. [...] *Décimo primero*. [Es] de resaltar que se calificó la intervención del Director de la UGEL [...] como de complicidad primaria, lo que constituye un error de subsunción pues era el máximo directivo de esa institución pública y le correspondía velar por la correcta asignación y utilización de recursos, al punto que por su máximo cargo le correspondía estar bajo su control y supervisión los fondos institucionales, tanto más si en el presente caso decidió las adquisiciones y se involucró en el procedimiento llevado a cabo al efecto. Cabe acotar que el título de intervención, entonces, es de autor. Tal cambio en tal título de intervención no vulnera el principio de interdicción de la reforma peyorativa porque ésta se circunscribe a la pena impuesta: artículo 300 inciso 1 del Código de Procedimientos Penales, la que no se modifica. Tampoco infringe el principio de contradicción porque lo esencial son los hechos perpetrados, los que no se modifican, y porque de ellos fluye esa calificación del título de intervención delictiva, que por lo demás así lo solicitó la Fiscalía Superior en la acusación de fojas mil trece. El *iura novit curia* -el juez conoce el Derecho-,

en cuanto principio procesal de aplicación general en el proceso jurisdiccional, no tiene por qué ser excluido en sede penal, en la medida en que incluso esta calificación de autoría no es sorpresiva para el imputado ni le causa agravio adicional (artículo VII del Título Preliminar del Código Civil). (R. N. N.º 1722-2016-Del Santa, de 23-01-2017, ff. jj. 8 y 11. Primera Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2DoCdBA>).

§ 2337. **Colusión desleal: alcalde y funcionarios han actuado en forma irregular, obviando formalidades y favoreciendo a proveedor ilícitamente en la adquisición de materiales de construcción.** *Sexto.* [...] [Respecto] al delito de colusión desleal, debe señalarse que se encuentra probada su comisión, toda vez que los procesados [alcalde y funcionarios municipales] han actuado en forma irregular [obviando formalidades y favoreciendo a proveedor ilícitamente en la adquisición de materiales de construcción], pues las operaciones las han realizado sin el menor cuidado, evidenciándose, por el contrario, el interés de que esta se concrete, obviando formalidades y otorgándole al proveedor ventajas económicas que desprotegen totalmente los intereses de la Municipalidad agraviada, generando con ello un perjuicio económico [...]. (R. N. N.º 1719-2007-Puno, de 07-04-2009, f. j. 6. Primera Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2bCpS4j>).

§ 2338. **Regidores responden como copartícipes primarios por acuerdo que posibilitó que alcalde suscribiera contratos claramente desventajosos a los intereses de la municipalidad agraviada durante el proceso de adjudicación selectiva.** *Tercero.* [...] [Las] pruebas de cargo del aporte objetivo que prestaron los citados encausados en el delito (en su calidad de Regidores de la Municipalidad agraviada) se sustentan fundamentalmente en [las] Acta[s] de Sesión Extraordinaria [...]. *Cuarto.* [El] acuerdo tomado en la [primera] Sesión Extraordinaria [...] (referido a una delegación de facultades en el ámbito de fiscalización y asesoramiento tributario), posibilitó que el Alcalde [...] suscribiera los aludidos contratos de locación de servicios con [dos] empresa[s], los que resultaron claramente desventajosos a los intereses de la Municipalidad agraviada, en razón de los montos que se pagaron a las citadas empresas proveedoras (contratos que además se efectuaron en contravención al procedimiento legal de contrataciones estatales). [Por estos fundamentos: confirmaron la condena a los regidores encausados como copartícipes primarios del delito de colusión desleal] (R. N. N.º 556-2007-Ancash, de 10-09-2008, ff. jj. 3 y 4. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2biA2pW>).

§ 2339. **No se acredita materialización del delito de colusión atribuido a alcalde y regidores al celebrarse la contratación de los servicios de una empresa. Aplicación del principio acusatorio.** *Tercero.* Que interpuesto al recurso de nulidad por el recurrente, el Fiscal Supremo opinó que se declare no haber nulidad en la resolución impugnada por encontrarla conforme a ley, precisando que la pretensión del defensor del Estado para que se continúe el proceso contra los procesados aludidos es improcedente porque no ha mencionado ningún elemento probatorio que permita presumir la participación de los encausados nombrados en la presunta comisión de los delitos referidos, del mismo modo, no ha fundamentado las razones por las que debe perseguirse la acción penal, de tal manera que la inexistente motivación del recurso impugnatorio, en estos extremos, no permiten un reexamen de los fundamentos de la Fiscal y Tribunal Superior, razón por la cual carece de objeto que se cuestione la resolución de sobreseimiento. *Cuarto.* Que de la concordancia de los dictámenes de los Fiscales Superior y Supremo [...] -del expediente principal y nueve -del cuaderno formado al efecto en este Supremo Tribunal-, respectivamente, en los que no presentan acusación contra los inculpados, en razón de que se determinó el sobreseimiento del proceso respecto de los hechos imputados pues sostienen que no se verifica que el Concejo Municipal [...] habría conocido que la deuda tributaria de la empresa TP fuera cancelada el 29 de enero de 2003 y pese a ello se hubiese aprobado la contratación de la empresa FS para encargarle la cobranza de la deuda referida, abonándole por sus servicios del diez por ciento del monto recuperado, sobre la base del informe [...] del 21 de enero de 2003 [...] así como del acta de la sesión extraordinaria del 29 de enero de 2003 del Concejo aludido [...] por lo que no es posible continuar con la persecución de la acción penal del Alcalde y Regidores de la Municipalidad [...]; de lo que el órgano por atribución constitucional en sus instancias jerárquicas establecía que no existe mérito para formular acción penal contra los inculpados nombrados por los delitos instruidos. *Quinto.* Que, aun cuando el recurrente



expone las razones por las cuales existiría elementos de convicción que vinculan a los inculpados con el delito en cuestión [contratación de servicios de una empresa], como constitucionalmente -el artículo 159, inciso 5, de la Constitución- corresponde al Ministerio Público la persecución del delito, no es posible que este Tribunal Supremo, valorando el fondo de la controversia, y en caso de discrepancia, ordene que se formule acusación pues no solo se vulneraría el principio acusatorio que impide al órgano jurisdiccional asumir funciones acusatorias, reservadas al Ministerio Público, sino que se lesionaría el ámbito propio de las atribuciones de esta Institución como órgano autónomo de derecho constitucional reconocido por el artículo 158 de la Constitución; que, en este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional en el Expediente N.º 2005-2006-PHC/TC, señalándose “[...]. La primera de las características del principio acusatorio mencionadas guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público, reconocida en el artículo 159 de la Constitución, entre otras, de ejercitar la acción penal. Siendo exclusiva la potestad del Ministerio Público de incoar la acción penal y de acusar, a falta de esta, el proceso debe llegar a su fin [...]. “Si el Fiscal Supremo coincide con lo opinión del Fiscal Superior respecto del no ha lugar a juicio y archiva el proceso, se pronunciará en ese sentido, devolviendo la causa a la Sala Penal para que dicte la resolución de archivo contra esta resolución no cabe recurso alguno, pues la decisión del Ministerio Pública, titular de la acción penal, ha sido la de terminar con la persecución del delito, consecuentemente, cabe disposición expresa en sentido contrario por otra autoridad” [...]. “En atención a que el control de la legalidad sobre el dictamen fiscal tiene su límite en el principio acusatorio [...] únicamente es posible revocar el auto de sobreseimiento y disponer que el Fiscal formule acusación, si es que el Fiscal que interviene en la absolución del grado discrepa del dictamen en referencia, de no hacerlo se debe sobreseer la causa sin más, dada la base persecutoria constitucionalmente impuesta al proceso penal [...].**Sexto.** Que, en ese entendimiento o raza del principio acusatorio se discierne que el dictamen del Fiscal Supremo, quien representa la máxima instancia de la institución que ostenta la exclusiva potestad incoar acción penal, ha opinado se declare no haber nulidad en la resolución recurrida, objeto del presente recurso, por lo que ha confirmado la aplicación del principio acusatorio. (R. N. N.º 3698-2006-Callao, de 14-05-2008, ff. jj. 3-6. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/29dySJz>).

§ 2340. Principio de confianza en el delito de colusión desleal. Absolución de un gerente general y un gerente de administración de una municipalidad por girar un cheque y un comprobante de pago, pese a que se demuestra que otros funcionarios de la municipalidad se concertaron ilegalmente con terceros al otorgar la buena pro en un proceso de selección de adjudicación directa. *Décimo.* [Los] procesados [...], como gerente de administración y gerente general, respectivamente, de la Municipalidad agraviada, [...] participaron en la operación del pago irregular, en el caso del primero con la suscripción [de un] comprobante de pago [...], mientras que el segundo con la firma [de un] cheque [...]; que, sin embargo, ambos acusados [...] señalaron que cuando suscribieron los citados documentos no conocían que el material de construcción para la obra [...] no se había entregado en su integridad, pues se enteraron de las irregularidades en que incurrieron los [otros] procesados [en concertación con terceros, al otorgar la buena pro en un proceso de selección de adjudicación directa]. *Décimo primero.* [La] presunción de inocencia que gozaban al inicio del proceso, no se ha desvirtuado, porque como órganos de dirección se habrían confiado en que los [otros] acusados [...], efectuaron el operativo del citado pago de forma regular; tanto más, si en las conclusiones [...] del Informe de Verificación [del órgano de control interno], no se les comprendió como partícipes del delito de colusión desleal [...]. (R. N. N.º 236-2012-Lima, del 09-01-2013, ff. jj. 10 y 11. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2cHP9aN>).

§ 2341. Injusto penal se encuentra acreditado con las declaraciones y pruebas recabas (contrato suscrito entre los coencausados y sobrevaloración de los precios). *Sexto.* Que más aún, se advierte que el sentenciado JMM, como miembro del Comité, mediante acta de reunión [...], acordó junto a otros miembros de dicho Comité, que para realizar movimientos económicos licitaría la buena pro de los servicios higiénicos, siendo esta la primera acción y dependiendo del presupuesto se modificarían las puertas; posteriormente la Comisión de gestión convocó a licitación de las obras relacionadas con la elaboración

de diez puertas metálicas para los servicios higiénicos y otro, conforme se acredita con el acta [...]; siendo que por ello, tal como lo indicó el encausado MC en su declaración preliminar [...], declaración judicial [...] y declaración plenaria [...], el director HG le propuso realizar el trabajo, pero como este ostentaba además el cargo de vicepresidente de la Asociación de Padres de Familia de la Institución Educativa “SSH”, le sugirió que el contrato saliera a nombre de otra persona, que le daría trabajo pero con la condición que este -HG- debía quedarse con algo de dinero, lo cual aceptó; es por eso que buscó a su ayudante -ya sentenciado RC- para que firmara el contrato, pero quién realmente hacía el trabajo era el deponente, que sin embargo fue el encausado HG quién alteró lo precios, siendo el precio real de mil novecientos cincuenta nuevos soles, pero se colocó dos mil quinientos cincuenta nuevos soles; que según el contrato se le debía entregar como adelanto la suma de mil ochocientos nuevos soles pero realmente solo le entregó la suma de mil nuevos soles, habiéndose quedado el citado encausado con la suma de ochocientos nuevos soles; lo cual consideró que era una suma considerable; que cumplió con colocar las puertas del baño, sin embargo faltaba pintarlas ya que no se había cumplido con pagarle el saldo restante pese a que ese dinero provenía de la Región para las mejoras del Colegio: versiones que se corroboran con las declaraciones del encausado RC quién en sus declaraciones preliminares [...], declaración judicial [...] y declaración plenaria [...], en las que además agregó que firmó el referido contrato a pedido de sus coencausados HG y MC, que trabajaba como ayudante en el taller de cerrajería el último citado; que tuvo conocimiento que se presentaron tres postores, sin embargo ello se dio con la finalidad que la comunidad educativa no se diera cuenta, pues ya el encausado HG les había ofrecido trabajo y que a la firma del contrato se les pagó mil ochocientos nuevos soles y posteriormente se les entregó ciento cincuenta nuevos soles; de lo que se colige, que el encausado HG conjuntamente con los sentenciados MC y RC concertaron para que saliera como ganador de la buena pro, el sentenciado MC, ayudado por su cosentenciado RC y así defraudar al Estado, sobrevalorando los precios del trabajo encomendado, esto es la confección de diez puertas metálicas por la suma de dos mil quinientos nuevos soles. *Sétimo.* Que, por tanto las versiones exculpatorias del encausado HG brindadas a lo largo del proceso, tal como se desprende de su manifestación [...], declaración judicial [...] y declaración plenaria [...], en las que refirió que jamás sugirió a los encausados que saliera el contrato a otro nombre, que no sabía que el encausado MC tenía taller de cerrajería y que no se benefició de la sobrevaloración de los precios; son meros argumentos de defensa, con el único fin de evadir su responsabilidad penal en los hechos imputados; pues con la pruebas y declaraciones antes glosadas, se corrobora la hipótesis sostenida por el Fiscal Superior, que el encausado HG en su condición de Director de la Institución Educativa “SSH”, al haber recibido fondos del programa de mejoramiento de infraestructuras educativas, concertó con sus coencausado MC y RC, para firmar un contrato respecto a la confección de diez puertas metálicas por la suma de dos mil quinientos nuevos soles, en el que aparecería como contratante RC, cuando en realidad con quien se contrataba era con el sentenciado MC; sobrevalorando los precios, con la finalidad dolosa de defraudar al Estado; por lo que, al quedar fehacientemente acreditada la responsabilidad del encausado HG en el delito imputado; la presunción de inocencia que por mandato constitucional le asiste ha quedado desvirtuada, advirtiéndose por tanto, que los agravios alegados por el recurrente respecto a que sus cosentenciados lo denunciaron por venganza no encuentran sustento objetivo, teniendo en cuenta lo acotado en los fundamentos jurídicos precedentes; que asimismo, respecto a las alegadas contradicciones en que habría incurrido su coencausado, se aprecia que ello no resulta relevante al verificarse que existe concordancia en lo nuclear, es decir, respecto a la concertación para beneficiarse con el contrato por el que el encausado HG recibió ochocientos nuevos soles mientras que el encausado MC era favorecido con haber sido elegido para hacer el trabajo; que por otro lado, en relación a lo alegado por el recurrente que no existe pericia contable que acredite que haya existido perjuicio patrimonial, siendo el perjuicio un elemento del tipo penal imputado tal como lo recoge la Ley 29703; corresponde indicar que el perjuicio patrimonial no es un elemento objetivo del tipo de colusión, tal como lo señaló el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0017-2011-PI/TC [§ 2349], que además declaró inconstitucional el extremo de la modificatoria de la Ley N.º 29703. (R. N. N.º 3445-2011-Ancash, de 13-11-2012, ff. jj. 6 y 7. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/1YmmtFU>).

§ 2342. **Colusión desleal. Alcalde que se colude con empresa de su hermana para adquirir un volquete sobrevalorado, obviando toda licitación previa. Cuarto.** [T]anto el delito -colusión desleal-cuanto la responsabilidad de la acusada [LIVS] se acreditan con el contrato suscrito entre la empresa SB [empresa de la acusada LIVS] y la Municipalidad [...] respecto a la compra venta del vehículo [...], cuyo precio de venta fue de cincuenta y cinco mil dólares americanos, documento que consigna como fecha de transacción el 3 de octubre de 2011; que empero, el vehículo fue presentado ante la Municipalidad agraviada el 26 de setiembre del mismo año, conforme aparece del acta de Sesión de Concejo de la misma fecha, inclusive en tal documento se consignó un monto distinto al señalado en el contrato [...]; que tal hecho reviste relevancia penal por cuanto al momento que se realizó la citada transacción la verdadera propietaria del vehículo era la empresa CLP que [también] pertenecía a la encausada LIVS, hermana de [dón] LAVS, alcalde de la municipalidad agraviada. [...]. **Sétimo.** [En] consecuencia, los elementos de descargo alegados por la acusada en modo alguno enervan los medios de prueba precisados, y que el Superior Colegiado los ponderó adecuadamente conforme a los fundamentos 17, 18 y 19, lo que permite concluir que la condena impuesta en la sentencia recurrida se encuentra arreglada a ley. (R. N. N.º 3331-2011-Lima, de 11-01-2013, ff. jj. 4 y 7. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/1UevGgP>).

§ 2343. **La corroboración o no de la existencia de un delito le corresponde al órgano de justicia. Informe técnico de entidad agraviada pretende librar de responsabilidad penal a los encausados por colusión desleal en un proceso de selección. Noveno.** Como se observa de autos, el informe [técnico de la entidad agraviada] pretendió librar de responsabilidad penal a los encausados por el delito de colusión desleal [en un proceso de selección para la remodelación de algunos locales de la entidad], pretendiendo que la responsabilidad penal recaiga únicamente en [un] procesado, pero solo por el delito de usurpación de funciones; sin embargo, como se mencionó, este informe determina que existió perjuicio al patrimonio del Estado, por lo que debe resaltarse que la corroboración o no de la existencia de un delito, le corresponde al órgano de Justicia y, en modo alguno, a un órgano de control institucional; más aún si es el juzgador el encargado por Ley, para analizar la prueba recabada y actuada en el proceso, y concederle mayor o menor credibilidad según su sano juicio y criterio; así como por la utilización de las máximas de la experiencia, con las que orienta su decisión final. [...] (R. N. N.º 2374-2013-Lima, de 22-01-2014, f. j. 9. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2bltRjX>).

§ 2344. **Dictamen pericial contable y pericia contable, que concluyen que no hubo perjuicio para el Estado, no son relevantes. Se ha acreditado en sede judicial que las contrataciones tuvieron una apariencia de legalidad pero no real, contraviniendo la formalidad y legitimidad de esos actos. Cuarto.** [...] [Si] bien el dictamen pericial contable [...] y la pericia contable [...] concluyen que los procesos de adjudicación cuentan con la documentación sustentatoria, y que no existe perjuicio para el Estado, es claro advertir que las apreciaciones técnicas de estos exámenes en cuanto a la materialidad de delito colusión ilegal [cuyo bien jurídico protegido, es el patrimonio administrado por la Administración Pública, y la legalidad del ejercicio funcional] no son de necesidad relevante, pues en el presente caso, en esencia es de interés jurídico-penal establecer la defraudación por vía de concertación fraudulenta en las adjudicaciones directas para contratar los servicios que requería la citada entidad edil agraviada, esto es, llevar adelante expedientes de proyectos de inversión, en cuyas acciones se benefició intereses privados propios o de terceros, lo que originó un perjuicio económico al Estado, y no respecto a que si documentalmentemente estuvo sustentado ese procedimiento fraudulento [...]. [...] **Sexto.** [...] [Si] bien se trató de justificar documentalmentemente [las contrataciones], la calificación cuantitativa de esas ofertas y la contienda de tres o más participantes que le dio una apariencia de legalidad no fue real, contraviniendo la formalidad y legitimidad de esos actos regulados por el Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, todo lo cual a efectos de justificar egresos para hacerse del dinero de la agraviada, lo que sin duda denota la existencia de maniobras de engaño para que la Administración Pública contrate un postor previamente establecido, adulterando la realidad y aparentando que participaron válidamente otras empresas cuando esas no existían, conforme se concluyó técnicamente en las pruebas indicadas en el cuarto fundamento jurídico de esta resolución;

que de esa forma defraudaron la correcta contratación de los mejores servicios para el Estado, lo que le originó perjuicio económico. (R. N. N.º 3477-2010-Ica, del 23-03-2011, ff. jj. 4 y 6. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2bBuK5b>).

§ 2345. **Acreditación de la responsabilidad penal. Delito de colusión al otorgar la buena pro en un proceso de selección y adjudicación directa selectiva. Cuarto.** [T]anto el delito -colusión desleal- cuanto la responsabilidad penal de los encausados CFVB [autor] y DSC [cómplice primario], se encuentran debidamente acreditados con la declaración del procesado VN [...]; quien señaló que en calidad de Segundo Comandante del Servicio de Material de Guerra de la Fuerza Aérea del Perú, sus funciones eran recibir, cumplir y hacer cumplir las órdenes del Comando, así como velar por el buen funcionamiento de la unidad; dependía directamente del Comandante de la unidad CFVB; que conformó el Comité Especial Permanente de Adquisición de Bienes y Servicios de SEMG, en calidad de presidente; el contrato celebrado entre dicha institución pública y GDS Contratistas se realizó de acuerdo a lo estipulado en las normas contenidas en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado; sin embargo, su coacusado CFVB, hizo por su cuenta algunas variaciones al que originalmente le fue propuesto, pues, en el contrato que finalmente se firmó, indica otras cantidades respecto a la forma de pago, ya que se estableció un adelanto del 75% de la obra, cuando la norma solo indica el 60% (20% en efectivo al contratista y 40% para materiales e insumos) y con relación al pago del 75%, lo realizó el Departamento de Finanzas por orden del coronel CFVB, quien también habría dispensado de la obligación de presentación del cheque de gerencia a la empresa que representa el acusado DSC; versión que lo sostuvo al ser confrontado con el encausado CFVB [...] donde textualmente le refirió: “lo que usted está diciendo es falso, yo no hice ninguna modificación al contrato, porque está bien establecido en el manual de la Fuerza Aérea que la confección, firma y la supervisión del contrato es enteramente del Comandante [...], nuestra labor terminó cuando se dio la buena pro, después, nosotros y particularmente yo no hice ningún cambio yo me entero que se hizo un cambio a los porcentajes en el proceso administrativo que apertura la Fuerza Aérea uno o dos años después”, lo que fue corroborada con la declaración plenaria del acusado LC, quien sostuvo que el Coronel CFVB le ordenó en forma escrita cancelar la totalidad del contrato celebrado, contraviniendo el procedimiento que debían seguir estrictamente en la licitación [...]. (R. N. N.º 3328-2011-Lima, de 04-07-2012, f. j. 4. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/21iswe4>).

§ 2346. **Para la configuración del delito de colusión no necesariamente debe existir una defraudación patrimonial. Colusión en el proceso de selección y evaluación para contratar personal. Quinto.** [C]orresponde, en primer lugar, establecer si el delito en mención importa o no una defraudación patrimonial [al contratar con personal distintos al que ganó la vacante]; al respecto, se advierte que el artículo 384, en su versión original, y el que estuvo vigente al momento de la comisión de los hechos [modificado por Ley N.º 26713, del 27 de diciembre de 1996], no establecía que para que se configure este delito, debe existir una defraudación patrimonial, pues solo basta la defraudación al Estado a través de la no observancia de las normas de contratación, la infracción a la debida administración, o la fidelidad que el funcionario o servidor público tiene con el Estado; el problema surgió con la modificación posterior del tipo cuestionado, con la dación de las leyes 29713, y del 10 de junio de 2011, 29758, del 21 de julio de 2011, que configuró los actos de corrupción en dos párrafos; en el primero no incluye el término “patrimonialmente”, pero el segundo sí lo incluye. Esta situación nos llevaría a interpretar que la norma protege supuestos en los que existe un perjuicio en el patrimonio del Estado y no en los principios constitucionales que rigen la contratación pública; sin embargo, el Tribunal Constitucional, el 7 de junio de 2012, declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad, en el extremo referido a la modificación del artículo 384, a través de la Ley N.º 29703 y, en consecuencia, nula y carente de todo efecto la expresión “patrimonialmente” [véase sentencia recaída en el Expediente N.º 00017-2011-PI/TC (§ 2349)]. Tal situación aclara el problema planteado; con ello podemos afirmar que no necesariamente debe existir una defraudación patrimonial para que se configure el delito de colusión, pues basta que no se respeten las normas constitucionales de contrataciones del Estado para la consumación del ilícito, comportamiento que, a la larga, puede resultar en un perjuicio patrimonial; por ende, esta



conducta implica una potencial defraudación patrimonial, mas no debe existir, necesariamente, tal defraudación. Esta afirmación se corrobora con lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según la cual establece: “[...] que no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado” (véase artículo 3). (R. N. N.º 1475-2013-Lima, de 20-09-2013, f. j. 5. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/1XZyX83>).

§ 2347. Postor intenta hacer pasar repuestos y accesorios vehiculares usados como nuevos. Colusión con miembro del comité adjudicador. No se acepta imputación por delito de estafa. Noveno. [El] encausado JAL [...] era jefe del departamento de mecánica de la institución [pública] agraviada y miembro del [...] comité especial [de adjudicación]. Como tal, otorgó la buena pro a su coencausado HNG [único postor] y, además, informó a [los otros miembros del comité] que se efectuó un peritaje técnico del motor y caja de cambios adquiridos, que concluyó que ambos bienes eran nuevos [...]. La realidad, sin embargo, era que el motor y caja de cambios no eran nuevos [...]. Además, [se acreditó] que el certificado de garantía ofrecido [...] es falso. **Décimo.** [...] Todo ello revela un concierto punible entre el funcionario responsable JAL y el proveedor HNG, lo que tipifica el delito de colusión. [...] [Aun cuando la posición procesal de la Fiscal Suprema es por la absolución del JAL y la condena de HNG pero por el delito de estafa, que no fue materia de instrucción, acusación y juicio, no es posible aceptar tal requerimiento] (R. N. N.º 285-2014-Junín, del 18-06-2014, ff. jj. 9 y 10. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2b4HVuG>).

§ 2348. La competencia funcional del autor del delito colusión desleal. El precepto constitucional que señala que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, está referido solo a las consecuencias de índole laboral y hasta administrativo, pero no así con objetivos de responsabilidad penal. Véase, supra (II.C), la jurisprudencia sobre la condición de funcionario público [§ 2280]. (R. N. N.º 2141-2014-Lima, de 18-03-2015, ff. jj. 3, 4, 6, 7 y 9. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2Fzmc1s>).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§ 2349. Finalidad de la persecución penal de los actos de colusión ilegal que se produzcan en el marco de la contratación estatal. 18. Más allá de los fines de índole constitucional que sustentan de modo general la criminalización de los delitos contra la Administración Pública, de modo más específico para el delito de colusión, que se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública, cabe señalar los principios constitucionales que cumplimentan esta actividad. En este sentido, resulta relevante la disposición constitucional contenida en el artículo 76 de la Constitución [...]. **19.** Al respecto, este Tribunal ha señalado que la contratación estatal tiene un cariz singular que la diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones. (Exp. N.º 020-2003-AI, fundamento 11 [§ 36]). De este modo, el Tribunal Constitucional ha entendido como principios implícitos de la contratación pública -que se derivan de la citada disposición constitucional- la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores: “12. La función constitucional de esta disposición (art. 76 de la Constitución) es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos.” (...) “16. (...) la eficiencia y transparencia en el manejo de recursos, así como la imparcialidad y el trato igualitario frente a los postores, son los objetivos principales de las adquisiciones estatales, y constituyen la esencia de lo dispuesto en el artículo bajo análisis [artículo 76 de la Constitución]” (Exp. N.º 020-2003-AI, fundamentos N.º 12 y 16). **20.** En este sentido, la persecución penal de los actos de colusión ilegal que se produzcan en el marco de

la contratación estatal (artículo 384° del Código Penal) tiene por objeto proteger estas condiciones de transparencia, imparcialidad en la contratación estatal, el trato justo e igualitario a los posibles proveedores. (Exp. N.º 00017-2011-PI/TC [caso *Inconstitucionalidad de la Ley N.º 29703 - que modifica el CP respecto de los delitos contra la administración pública*], del 03-05-2012 [Web: 29-05-2012], ff. jj. 18-20. Texto completo: <bit.ly/2EsPkG8>).

D.

EL DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

§ 2350. Para la configuración del delito de cohecho propio se requiere no solo una entrega concreta de dinero a un funcionario público, sino que el dinero se vincule causalmente con una solicitud o aceptación indebida. Cohecho pasivo propio en la adquisición de bienes para un programa de alimentos del Estado. *Quinto*. [Para] la configuración del delito de cohecho propio imputado igualmente a los encausados [...], se requiere no solo una entrega concreta de dinero a un funcionario público, sino que el dinero se vincule causalmente con una solicitud o aceptación indebida para realizar un acto funcional ilegal -infracción de deberes funcionales- [en el presente caso, se acusa al funcionario de coludirse con los acusados para efectuar adquisiciones sin un proceso de licitación pública regulada para un programa de alimentos del Estado], en consecuencia, debe probarse que el agente solicitó o aceptó dinero y que la dádiva persiga un acto funcional indebido, supuestos típicos que no se dan en el presente caso al no existir probanza alguna que compruebe aquello, por lo que al no haberse destruido la presunción de inocencia en este extremo es procedente absolverlos. (R. N. N.º 4082-2006-Lima, de 26-03-2008, f. j. 5. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2c3flS7>).

E.

EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

§ 2351. Los defectos administrativos dentro de un proceso de contratación en situación de emergencia, por sí solos no resultan suficientes para acreditar la responsabilidad penal de los intervinientes, sino que se requiere acreditar de manera indubitable un elemento externo al proceso de contratación. 4.13. Con respecto al medio de prueba señalado, no nos encontramos frente a un testigo experto, pues se trataba de órganos de prueba encargados de emitir un dictamen sobre aspectos jurídicos en torno a la aplicación de las normas del Derecho Administrativo al caso concreto, tienen la condición de peritos. La segunda prueba postulada, efectivamente, se trató de un testigo experto, pues es una persona que -aparentemente y según lo postulado- tuvo un contacto directo con el hecho imputado, ya que formaba parte del SINAGERD -órgano encargado de la gestión de Riesgos- del Gobierno Regional de Ayacucho, creado mediante la ley N.º 29664. El objeto de ambos medios de prueba, sobre todo del segundo, era "Señalar la necesidad de utilizar la información técnica del SINAGERD, a efectos de determinar la existencia de una *situación de emergencia*. Planteado de esta manera, la necesidad de probar la utilidad de dicha información del SINAGERD, ya era conocida antes de iniciar el juicio oral y -por tanto- pudieron ser postulados oportunamente. En consecuencia, no debería n de ser admitidos como regla general. 4.14. Ahora bien, los medios probatorios mencionados no buscan acreditar elementos fácticos, sino estrictamente jurídicos. En concreto, si es que el informe aludido debía o no servir -jurídicamente- para determinar la existencia de una *situación de emergencia*. 4.15. En sentido estricto-

to, se ha entendido tradicionalmente que la parte jurídica no puede ser objeto de prueba, pues admitir prueba sobre aspectos jurídicos podría ir contra la presunción de conocimiento del Derecho por parte del Magistrado. Sin embargo, dado el avance normativo actual y la alta especialización de los diversos sectores del ordenamiento jurídico, es posible admitir excepcionales informes de esta naturaleza, siempre que versen sobre instituciones, regulaciones o decisiones jurídicas, en el ámbito comparado, en tanto que si se trata de informes jurídicos relacionados con interpretaciones de derecho nacional no podrían tener valor probatorio. En todo caso, puede considerárseles como argumentos de defensa y tienen un valor meramente referencial. [...] **4.26.** En el caso concreto, se ha de determinar la definición de grave peligro, en un contexto específico de declaración de situación de emergencia. Es preciso señalar el contexto en el que se habla de determinado tema, más aún de un concepto que descontextualizado suele ser muy subjetivo. En ese sentido, se advierte que, conforme al artículo 22 de la Ley de Contrataciones con el Estado, vigente en el momento de los hechos, la situación de emergencia es definida como: “*Artículo 22.- Situación de emergencia.- Se entiende como situación de emergencia aquella en la cual la entidad tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro de necesidad que afecten la defensa nacional. En este caso la Entidad queda exonerada de la tramitación de expediente administrativo y podrá ordenar la ejecución de lo estrictamente necesario para remediar el evento producido y satisfacer la necesidad sobrevenida, sin sujetarse a los requisitos formales de la presente Ley. El Reglamento establecerá los mecanismos y plazos para la regularización del procedimiento correspondiente. El resto de la actividad necesaria para completar el objetivo propuesto por la Entidad ya no tendrá el carácter de emergencia y se adquirirá o contratará de acuerdo a lo establecido en la presente Ley*”. En ese sentido, es previsto por el artículo 128 del derogado Reglamento de la Ley de Contrataciones (D.S. N.º 084-2008-EF), vigente en la fecha de los hechos, el cual señala que: “*Artículo 128.- Situación de Emergencia En virtud de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro, o que afecten la defensa y seguridad nacional, la Entidad deberá contratar en forma inmediata lo estrictamente necesario para prevenir y atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, así como para satisfacer las necesidades sobrevinientes. Posteriormente, deberá convocar los respectivos procesos de selección. Cuando no corresponda realizar un proceso de selección posterior, en el informe técnico legal respectivo se debe fundamentar las razones que motivan la contratación definitiva. Toda contratación realizada para enfrentar una situación de emergencia deberá regularizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien o la primera entrega en el caso de suministros, o del inicio de la prestación del servicio o del inicio de la ejecución de la obra, incluyendo el proceso en el Plan Anual de Contrataciones de la Entidad, publicando la resolución o acuerdo correspondientes y los informes técnico y legal sustentatorios en el SEACE, debiendo remitir dicha información a la Contraloría General de la República, así como emitiendo los demás documentos contractuales que correspondan según el estado de ejecución de las prestaciones*”. **4.27.** Conforme lo observado, en la normativa que regula la situación de emergencia, no se define, ni precisa qué se debe entender por grave peligro, dejando ello aparentemente a una libre interpretación. Sin embargo, siendo una cuestión de carácter jurídico, conviene verificar si existe alguna entidad u organismo que sea especializado en determinar un grave peligro que pueda generar una situación de emergencia. **4.28.** El artículo 1 de la Ley N.º 29664 -“Ley que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres”, publicado el 19 de febrero de 2011, establece lo siguiente: “(Se crea) el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (Sinagerd) como sistema interinstitucional, sinérgico, descentralizado, transversal y participativo, con la finalidad de identificar y reducir los riesgos asociados a peligros o minimizar sus efectos, así como evitar la generación de nuevos riesgos, y preparación y atención ante situaciones de desastre mediante el establecimiento de principios, lineamientos de política, componentes, proceso e instrumentos de la Gestión del Riesgo de Desastres”. Teniendo dentro de sus objetivos principales: “a) La identificación de los peligros, el análisis de las vulnerabilidades y el establecimiento de los niveles de riesgo para la toma de decisiones oportunas en la Gestión del Riesgo de Desastres”. (Véase artículo 8 de la citada Ley). [...] **4.30.** El Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú (SENAMHI), es la institución encargada de determinar el riesgo -nivel- de desastre generado por lluvias. En este punto, es necesario precisar que la OSCE no es la institución competente para afirmar o negar la existencia de un peligro grave -que generará una situación de emergencia-; asimismo, lo señala este organismo en repe-

tidas opiniones técnica emitidas, como por ejemplo la Opinión N° 084-2014/DTN, que, en su fundamento N.º 2.1.1, señala que: “*En primer lugar, debe indicarse que, conforme a lo señalado en los antecedentes de la presente opinión, las consultas que absuelve el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) son aquellas consultas genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado; en esa medida, en vía de consulta, este Organismo Supervisor no puede determinar si una situación en específico configuraría la causal de exoneración por situación de emergencia, pues ello contravendría el literal j) del artículo 58 de la Ley*”. 4.31. Por lo que, ante la necesidad de probar la idoneidad de una situación de emergencia, corresponderá verificar a qué clase de grave peligro se refiere ésta, y dependiendo de ello la institución u organismo encargado en determinar científicamente si es o no en efecto un peligro grave. Como se puede advertir, la determinación del concepto de peligro grave a efectos de dictaminar una situación de emergencia requiere pasar por un proceso entre instituciones especializadas en la materia -SINAGERD, entre otras- que no involucra a organismos consultores -de opinión- como el OSCE cuya especialidad es otra - Normativa referida a la contratación del Estado-. El OSCE no es competente para la determinación de la existencia del peligro, pues el peligro no se determina sobre la base de un criterio jurídico, sino a través de la verificación un criterio técnico (riesgo de un daño grave). Siendo el objeto de prueba una situación que amerita conocimientos especializados como lo es la determinación del peligro grave para determinar una situación de emergencia, se advierta que ello no depende de un criterio jurídico, sino -ante todo- técnico. En el caso concreto, la entidad competente para emitir dicho criterio técnico es el SINAGERD, y las instituciones relacionadas como el SENAMHI. Si ellas determinaban la existencia de un peligro, entonces debía presumirse la realidad e inminencia del mismo. (Casación N.º 23-2016-Ica, de 16-05-2017, estableció doctrina jurisprudencial los fundamentos 4.13, 4.14, 4.15, 4.26, 4.27, 4.28, 4.30 y 4.31. Sala Penal Permanente [EP, 08-06-2017, Jurisprudencia, Año XXVI, N.º 1046, p. 7775]. Texto completo: <bit.ly/2tBALw8>).

§ 2352. Defectos administrativos que pueden ser subsanados, vía regularización administrativa, carecen -por sí solos- de relevancia para el Derecho penal. Contrataciones realizadas en el marco de una situación de emergencia. *Décimo segundo.* Las contrataciones realizadas en el marco de una situación de emergencia son realizadas de forma directa, lo cual se explica en la necesidad inmediata de tomar acciones de prevención o de mitigación de la situación de emergencia acaecida. Por ejemplo, es el caso de que se presentara un terremoto y se requiriera de material para auxiliar a los damnificados. La compra de ese material, dada la urgencia de contar con el mismo, hace que las formalidades normales cedan, para posibilitar la adquisición rápida del bien y ayudar a los damnificados. Por ello, dada la necesidad de realizar la compra de forma inmediata para la atención o prevención de la situación de emergencia, es que -de todos los procesos exonerados- sólo la contratación en situaciones de emergencia puede ser regularizada. En ese sentido se encuentra redactado expresamente en el artículo 21º de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo N.º 1017). *Décimo tercero.* En los casos de contratación en situación de emergencia, existe un control *ex post* de las compras realizadas, el cual tiene como presupuesto que sea realizada la regularización. En ese sentido, el artículo 28º del derogado Reglamento de la Ley de Contrataciones (D. S. N.º 184-2008-EF), vigente en la fecha de los hechos señala: “*Artículo 128. Situación de Emergencia.* En virtud de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro, o que afecten la defensa y seguridad nacional, la Entidad deberá contratar en forma inmediata lo estrictamente necesario para prevenir y atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, así como para satisfacer las necesidades sobrevinientes. Posteriormente, deberá convocar los respectivos procesos de selección. Cuando no corresponda realizar un proceso de selección posterior, en el informe técnico legal respectivo se debe fundamentar las razones que motivan la contratación definitiva. // Toda contratación realizada para enfrentar una situación de emergencia deberá regularizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien o la primera entrega en el caso de suministros, o del inicio de la prestación del servicio o del inicio de la ejecución de la obra, incluyendo el proceso en el Plan Anual de Contrataciones de la Entidad, publicando la resolución o acuerdo correspondientes y los informes técnico y legal sustentatorios en el SEACE, debiendo remitir dicha información a la Contraloría General de la República, así como emitiendo los demás documentos contractuales que correspondan según el

estado de ejecución de las prestaciones.” Como puede observarse la obligación de regularizar el procedimiento se mantiene, y establece el deber de que la misma sea realizada dentro del plazo de 10 días. Ellos comienzan a computarse desde el momento de la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros, o el inicio de la prestación del servicio o del inicio de la ejecución de la obra. Asimismo, a efectos de realizar el control sobre el proceso, es necesaria la remisión de la información pertinente a la Contraloría General de la República. **B. Trascendencia penal de la regularización. Décimo cuarto.** El Derecho Penal tiene como función la protección de determinados intereses sociales, los cuales se encuentran normativizados a través de tipos penales. Sólo son objetos de protección aquellos intereses que resultan vitales para la existencia en sociedad. Su existencia no depende del arbitrio libre del legislador, sino que depende de su existencia -directa o derivada- de una norma que forma parte de nuestra Ley Fundamental. **Décimo quinto.** La contratación estatal, requiere específicamente que sea llevada a cabo conforme se encuentra dispuesto en la normativa de la materia, siendo protegida a través de distintas normas del Código Penal; sin embargo, el origen del deber de proteger este interés reside en nuestra Constitución Política, la cual señala en su artículo 76° 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.” **Décimo sexto.** Conforme al mandato constitucional antes señalado, la Ley realiza las excepciones en las cuales la normativa de la materia no es aplicable. En ese sentido, como señalamos anteriormente, la Ley de Contrataciones con el Estado establece como una excepción a la aplicación de sus reglas normales el caso de la contratación en caso de situación de emergencia. Este tipo de contratación, tiene como principal característica el eximirse del proceso de selección, con el objeto de que sea realizada la contratación de forma directa, contratación que puede -posteriormente- regularizarse. **Décimo sétimo.** A diferencia de la contratación normal, la cual se encuentra obligada a seguir un procedimiento predeterminado en la Ley, sin posibilidad de ser regularizada, la contratación de emergencia autoriza la exención de dicho procedimiento. La razón es la situación de emergencia misma. Detrás de una situación de emergencia existe una situación que requiere una pronta atención, ya que estamos frente a un hecho grave producido, o, ante un grave riesgo de que sea generado. Por ello, se realiza un ejercicio de ponderación entre el normal cumplimiento de la normativa administrativa, y el objeto de protección, en el cual se favorece este último. **Décimo octavo.** La regularización tiene efectos en el ámbito del Derecho administrativo. Su función es que aquella situación irregular pueda ser llevada a un cauce normal. La norma dispone las formas y los plazos que se deben cumplir para que un acto administrativo pueda ser considerado regularizado, para lo cual se subsanan los defectos administrativos de la misma. *En el caso específico de la contratación en situación de emergencia ésta debe hacerse a los 10 días de entregado el bien. A través de ella, aquellos defectos que puedan ser objeto de subsanación, como es el caso del cumplimiento de ciertos requisitos no solicitados o no verificados cabalmente al momento de la contratación o la entrega del bien, respectivamente.* **Décimo noveno.** Los defectos administrativos, que tornan un contrato en irregular, por sí solas, carecen de relevancia para el Derecho penal. Sólo cuando ellas tienen como significado el quebrantamiento de un deber que compete a esta rama del Derecho, entonces es que ellas adquieren un sentido comunicativo en este plano. En el caso de los contratos en situación de emergencia, los defectos administrativos pueden ser subsanados a través del proceso de regularización. Para ello, se requiere la realización de dicho proceso dentro de un plazo de 10 días desde producida la satisfacción del objeto del contrato. **Vigésimo.** En este orden de ideas, los defectos administrativos que pueden ser subsanados, vía regularización administrativa, carecen -por sí solos- de relevancia para el Derecho penal. Ello, porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, el cual a su vez es materia de análisis de la Contraloría General de la República, entonces se trata de defectos que son pasibles de ser subsanados. *La razón detrás de esta interpretación, que no se presentó en el resto de casos de contrataciones del Estado, es que -en el marco de una contratación en una situación de emergencia- sea posible la comisión de defectos administrativos. En una contratación en situación emergencia no se privilegia el cumplimiento de la formalidad administrativo, sino el cumplimiento de las necesidades de prevención de un riesgo o de atención de una*

determinada situación. Por ello, es que la norma prevé a este tipo de contratación como la única que admite la regularización administrativa. Estos defectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal. Es el caso, por ejemplo, del delito de colusión de funcionarios en donde un elemento externo al proceso de contratación (el acuerdo colusorio), hace que dichos defectos administrativos adquieran otra interpretación, incluso para el caso de la contratación en situaciones de emergencia. **Vigésimo primero.** Esta premisa sustantiva trae a su vez consecuencias de índole procesal. Si nos encontráramos frente a un proceso normal de contrataciones con el Estado y se presentaran los defectos administrativos, los cuales no pueden ser regularizados, podría ser entendible como una prueba del quebrantamiento de un deber penal. Distinta es la situación en el caso de que se trate de una contratación en situación de emergencia, dentro de la cual la comisión de defectos administrativos es posible. En este supuesto, debido a la justificación legal y material de los mismos, es posible que el realizar estos defectos carezca -por sí sola- de relevancia para el Derecho Penal. No será el supuesto si, anexo a dichos defectos administrativos, se presenta un elemento que da un sentido delictivo a los mismos, como es el acuerdo colusorio o el pago de una dádiva. **C. Análisis en el caso concreto. Vigésimo segundo.** La Sala Penal de Apelaciones de Ayacucho ha considerado que los defectos administrativos señalados evidenciarían la comisión del delito de negociación incompatible por parte de los procesados TOHV y ETAH. **Vigésimo tercero.** De forma coherente con los postulados anteriormente mencionados, para evaluar el valor probatorio de los defectos administrativos, primero debemos verificar en qué tipo de contratación nos encontramos. En el presente caso, nos encontramos frente a una contratación en una situación de emergencia, por lo que la valoración de los mencionados defectos es más rigurosa que en un supuesto normal de contratación. En un supuesto normal de contratación, estos defectos podrían ser tomados como indicios para construir la prueba indiciaria que acredite la comisión de un delito. En un supuesto de contratación de emergencia, ello requiere no sólo de los defectos administrativos, sino que se haya acreditado -adicionalmente- un elemento externo al proceso de contratación. (Casación N.º 841-2015-Ayacucho, de 24-05-2016, que establece como doctrina jurisprudencial los ff. jj. 12 al 23 y 34 al 37. Sala Penal Permanente [EP, 28-06-2016, Jurisprudencia, Año XXV, N.º 1015, pp. 7843-7489]. Texto completo: <bit.ly/28PY-cG9>).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

§ 2353. **La negociación incompatible (en el presente caso, se atribuye el favorecimiento de intereses ajenos en diversas adquisiciones de menor cuantía) es un delito de peligro. Prescripción de la acción penal. Sexto.** El delito de negociación incompatible es uno de peligro, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración Pública, por lo que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal -importa un adelantamiento de las barreras del derecho penal con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública-. Lo que se tutela en este delito es, por consiguiente, la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones propias en estricta relación a la función pública que desarrollan, evitando así cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajenas al interés de la Administración Pública [en el presente caso, se atribuye el favorecimiento de intereses ajenos en diversas adquisiciones de menor cuantía]. Siendo así, por su propia configuración e, incluso, por su ubicación en la Sección IV referida a los delitos de corrupción de funcionarios, es un tipo legal que no protege directamente el patrimonio del Estado, por lo que no es aplicable la duplicidad del plazo de prescripción prevista en el artículo 80º, parte *in fine* del Código Penal. (R. N. N.º 2068-2012-Lima, de 19-04-2013, f. j. 6. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2S18PbG>).

§ 2354. **Consumación. Encausado convoca a concurso público a participantes que no reunían los requisitos, favoreciendo desde el inicio al proveedor con quien ya había acordado. 2.1.** [El delito de negociación incompatible es] un delito de peligro que se consuma al verificarse el interés particular puesto por el funcionario o servidor público en los contratos u operaciones. El tipo no requiere que se produzca un provecho económico para el sujeto activo del delito ni un perjuicio de la misma naturaleza

para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación, incluso puede existir ventaja para el Estado; es decir, se trata de un delito de simple actividad y peligro [en el presente caso, el encausado convoca a concurso público a participantes que no reunían los requisitos, favoreciendo desde el inicio al proveedor con quien ya había acordado]. No se requiere que en la intervención del sujeto activo del delito el interés de este sea totalmente ilícito, es decir, contrario al de la administración pública. (R. N. N.º 3281-2011-Junín, de 24-01-2013, f. j. 2.1 de los considerandos. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/1VJXSer>).

§ 2355. Sobre el verbo rector “*interesa*”. **Negociación incompatible en otorgamientos de buena pro. Segundo.** [...] 2.2. El delito materia de análisis, tiene como verbo rector del tipo penal el término “*interesar*”, que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar y por ello se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo; es decir, este importar o interesar en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o favor de otros, no es suficiente para la configuración de este tipo penal, que el sujeto activo del delito tenga solo la condición especial de funcionario o servidor público, ya que, es necesario que el agente cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir, posea el poder y la competencia para participar en una contratación u operación. De tal manera que lo que determina la condición del autor no es tanto la calidad de funcionario o servidor sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón del cargo [en el presente caso, en un proceso de selección para la compra de insumos del Programa Vaso de Leche]. (R. N. N.º 253-2012-Piura, de 13-02-2013, f. j. 2. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/1WLC4Qg>).

§ 2356. Concepto de “*interesa*” y de “*interés simulado*”. **Tercero.** [...] [En] este tipo penal el verbo rector viene a ser “*interesarse*”, el cual es entendido como la “*injerencia excediendo los parámetros fijados por el cargo o función y orientando los actos hacia finalidades no funcionales (naturaleza indebida del interés)*”; complementaremos este concepto con lo señalado por el maestro argentino Carlos Creus, para quien “*interesarse es, pues, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros*”. Ahora bien, las modalidades de comisión de este ilícito pueden ser: **I)** Directamente, cuando el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares indebidas al participar como funcionario en un contrato u otra operación estatal; **II)** Indirectamente, cuando el agente se interesa en el contrato u operación a través de otras personas que pueden ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos; y, **III)** Por acto simulado, en este supuesto los contratos u operaciones se realizan con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distintas cuando realmente son de propiedad del agente o están vinculadas a éste; es decir, se aparenta un accionar en concordancia con los intereses de la administración pública cuando en realidad se están haciendo prevalecer de manera oculta intereses privados o particulares. (R. N. N.º 2641-2011-Lambayeque, de 10-08-2012, f. j. 3. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <goo.gl/fjmpd>).

§ 2357. Para la configuración del delito de negociación incompatible se requiere que el funcionario, de manera directa o indirecta o por acto simulado, se interese por cualquier contrato u operación en el que interviene por razón de su cargo. Se atribuye fraccionamiento de los procesos de adjudicación directa. **Tercero.** [Para] la configuración del delito de negociación incompatible, se requiere que el funcionario o servidor público, indebidamente de manera directa o indirecta o por acto simulado se interese por cualquier contrato u operación en el que interviene por razón de su cargo [en el presente caso, se atribuye a los procesados haber realizado hasta doscientos cincuenta procesos de menor cuantía para poder favorecer a un solo proveedor]; [...] no se cuenta con elementos de prueba que acrediten que tales procesados se hayan interesado en forma directa -poniendo de manifiesto sus pretensiones particulares, o en forma indirecta o acto simulado-; que tampoco se ha establecido con suficiencia que el proveedor [...] esté ligado a los procesados [...]. (R. N. N.º 3866-2007-Puno, de 17-06-2008, f. j. 3. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2bPsw5c>).

§ 2358. **Acto simulado es aquel que se realiza aparentando que se trata de intereses de la Administración pública cuando en realidad son particulares o personales.** 6.1.2.5. En suma el conjunto probatorio de cargo precedentemente analizado, revela actuación interesada del encausado VVV, quien no negó en el curso del proceso haber conocido y participado en la adquisición y contratación de los bienes y servicios materia de proceso, sin embargo, conforme se desprende del contenido del aludido dictamen pericial, dicho encausado orientó su actuación funcional al momento de realizar las adquisiciones de bienes y de servicios, simulando una formalidad con postores que carecían de capacidad de contratación (por no estar registrados con RUC o ante la SUNAT o en el Registro de Proveedores), o poseer idoneidad para proveer el bien o servicio que requería la institución edil, logrando con ello elegir predeterminadamente a algunos proveedores quienes se vieron favorecidos con la contratación de sus referidos bienes o servicios. (R. N. N.º 3281-2011-Junín, de 24-01-2013, f. j. 6.1.2.5 de los considerandos. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/1VJXSer>).

§ 2359. **Elementos objetivos de la tipicidad en el delito de negociación incompatible.** En el presente caso, se fraccionó irregularmente en contratos de menor cuantía la elaboración del expediente técnico definitivo de una obra. **Sexto.** [En] el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, el agente -siempre es funcionario o servidor público- de manera especial y particular se compromete, le importa o se interesa en un contrato u operación que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o a favor de terceros; en este sentido, concurren como elementos de la tipicidad objetiva los siguientes: el verbo rector interesar, significa que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación-revocatoria o ejecución del contrato u operación; en provecho propio o de terceros, es decir, que el provecho que pretende obtener el agente del contrato u operación puede ser a favor del propio agente público, o a favor de terceros con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o sentimentales, no siendo posible que sean extraños a él; cualquier contrato u operación como objeto del hecho punible, comprende aquellas situaciones en las que la administración pública, representada por sus funcionarios, participa y/o interviene como parte contractual [en el presente caso, se fraccionó irregularmente en contratos de menor cuantía la elaboración del expediente técnico definitivo de una obra], en similar condición, frente a un tercero -sea este una persona natural o jurídica-, mientras que la operación, se entiende como aquellos actos unilaterales que se producen entre la administración pública y sus administrados, condicionados a que tales actos, tengan un contenido económico; en consecuencia, es de recibo lo que señala Salinas Siccha³, en el sentido que, si los actos que expresan especial interés de parte del agente tienen como destino otros actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones no se engloban en la tipicidad del delito por hermenéutica jurídica. (R. N. N.º 1328-2011-Puno, de 09-05-2012, f. j. 6. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2daVPx7>).

§ 2360. **Elementos del tipo penal del delito de negociación incompatible.** En el presente caso, se imputa a un gerente municipal autorizar indebidamente adelantos a un contratista, etc. **Terce-ro.** [...] 3.1. El delito de negociación incompatible, previsto en el artículo 397 del Código Penal (vigente al momento de los hechos), es una modalidad de corrupción, por lo mismo la conducta del agente debe poseer esa orientación y no una simple irregularidad o anomalía administrativa; debiendo para ello cumplir con las exigencias del tipo penal, los cuales pasamos a detallar: **a)** intervenir por razón del cargo: la vinculación funcional, es decir, el funcionario o servidor público posee facultades o competencia para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo, puesto o empleo en la administración pública, ello supone que: i) es inherente al ámbito de su competencia ser parte en el contrato u operación; ii) es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo; **b)** indebidamente interesarse directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero, el interesarse indebidamente es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros, admitiendo tres modalidades de comisión directa (implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares,

en cualquier momento de la negociación), indirecta (es hacerlo, en el contrato u operación a través de otras personas) o por acto simulado (es realizarlo aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales) [en el presente caso, se imputa a un gerente municipal autorizar indebidamente adelantos a un contratista, etc.]; e) el objeto del interés del funcionario o servidor público: el contrato u operación, dada la naturaleza de los actos que interviene, el interés ilícito del funcionario o servidor público reviste naturaleza económica, mientras que los contratos u operaciones en los que interviene el funcionario o servidor a nombre del Estado pueden ser de naturaleza diversa (económica, cultural, servicios, etc.); y, **d**) requiere el dolo directo, lo cual se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública. [...] (R. N. N.º 2770-2011-Piura, de 12-09-2012, f. j. 3. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/1U9wEuO>).

§ 2361. Cuando el tipo penal alude como pasible de su comisión a los funcionarios o servidores públicos, se refiere a aquellos designados como miembros de un comité especial de contratación pública, los mismos que son los responsables de conducir todo el proceso contractual hasta la entrega de la buena pro. *Tercero*. [Si] bien el [delito de negociación incompatible] está comprendido entre los delitos contra la Administración Pública, no tutela el patrimonio administrado por el funcionario o servidor público, sino propiamente la legalidad del ejercicio de la función pública y busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, de suerte que se sanciona la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos que intervienen, directa o indirectamente, en cualquier contrato u operación por razón de su cargo -principio de taxatividad-; [...] el sustento de la prohibición no está en la generación de un perjuicio patrimonial al Estado, sino en el irregular desempeño funcional y, por ende, cuando el tipo penal alude como pasible de su comisión a los funcionarios o servidores públicos que, indebidamente, en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesan, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que intervienen por razón de su cargo, se refiere a aquellos designados como miembros de un comité especial de contratación pública, mediante resolución expresa, los mismos que son los responsables de conducir todo el proceso contractual hasta la entrega de la buena pro. *Cuarto*. [...] [En] el presente caso, [...] ninguno de los imputados intervino en el proceso de contratación, sino en la ejecución y recepción de obra, atribuyéndoles concretamente una conducta omisiva, como es haber recepcionado la obra sin constatar el metraje realmente ejecutado. *Quinto*. [Para] decidir si una conducta omisiva puede llegar a ser estructural y normativamente equivalente a la realización activa del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, es de establecer si cabe la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos a través de la omisión; que no existe una actuación omisiva que pueda corresponderse con el elemento de la transgresión de la legalidad del ejercicio funcional exigido en el tipo penal aludido, pues si un miembro del Comité Especial omite un acto de su función podrá ser responsable por omisión de deberes funcionales, pero no por delito de negociación incompatible. (R. N. N.º 661-2009-Lima, de 10-03-2010, ff. jj. 3-5. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2bPAE5z>).

§ 2362. Procesada integrante del comité especial para la contratación de servicios realizó una indebida adjudicación de puntajes durante los procesos de selección y contratación. *Cuarto*. [El] auto impugnado señala que el Ministerio Público ubica los hechos de aporte causal al hecho principal [interesarse en el contrato] en un momento posterior a los actos atribuidos a los encausados en calidad de autores, lo que contraviene las reglas de complicidad en el delito de negociación incompatible, en tanto esta no puede darse después de consumado el delito, sino en la etapa de preparación y de ejecución [...]; [...] sin embargo, de la formalización de denuncia [...] y auto apertorio de instrucción [...] se advierte que la imputación contra la encausada OVA -a título de cómplice- recae en que como integrante del Comité Especial incurrió -con los otros integrantes- en irregularidades durante los procesos de selección y contratación, como la indebida adjudicación de puntajes que no les correspondía a JFH y RRE, quienes finalmente resultaron ganadores de dicho proceso, por lo que su participación no se habría concretado a un acto posterior a la de los

atribuidos a los autores del delito de negociación incompatible [...]. (R. N. N.º 4276-2008-Lima, de 04-02-2010, f. j. 4. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/2c4wXXe>).

§ 2363. Está acreditado que el acusado no tenía injerencia en la ejecución de la licitación y mucho menos en el otorgamiento de la buena pro. Procede la absolución. Quinto. [En] lo atinente a que existe un conflicto de compatibilidades, entre la función del procesado y el otorgamiento de la buena pro a la empresa de la cual era socio, pues está acreditado que el acusado desempeñaba funciones técnicas de mantenimiento y reparación de equipos de cómputo e impresoras y otros afines, sin tener injerencia en la ejecución de la licitación y mucho menos en el otorgamiento de la buena pro, conforme se advierte del informe emitido por el Jefe del Área de Logística en el cual se describen las funciones que cumplió el procesado como trabajador [...]. [Es correcta la absolución del procesado] (R. N. N.º 4259-2008-Tumbes, de 09-04-2010, f. j. 5. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2bwB7vH>).

§ 2364. El delito de negociación incompatible como un delito de infracción de deber especial positivo. Gerentes municipales que firmaron y visaron contratos de suministro con un proveedor, omitiendo de la convocatoria a otros postores Tercero. [El] delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto y sancionado en el artículo 399 del Código Penal, exige como conducta típica que el sujeto activo debe interesarse por un contrato u operación en que interviene en razón o por su cargo, siendo este interés de manera directa o indirecta; sin embargo, “[...] no podrá ser autor cualquier funcionario o servidor público, si es que no posee facultades de decisión o de manejo de las negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones por razón del cargo”. Cabe precisar, además, que nos encontramos ante un delito de infracción de deber, pues junto al ámbito de los deberes negativos, *neminen laede*, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos para la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales, se trata de deberes de establecer un mundo en común -al menos parcialmente- con un beneficiario; es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente [en el presente caso, los imputados, gerentes municipales, firmaron y visaron contratos de suministro con un proveedor, omitiendo de la convocatoria a otros postores]. Esta expectativa tiene un contenido positivo, es decir, que las instituciones están en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares. Estos deberes y expectativas tiene un contenido positivo y específico, tienen como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial, es decir, son titulares de un estatus especial. (R. N. N.º 722-2013-Tacna, de 01-08-2013, f. j. 3. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/1UqAkK1>).

§ 2365. La absolución de la calidad de autores y cómplices sustrae al encausado de la imputación conjunta por el delito de negociación incompatible. No puede ser autor cualquier funcionario a servidor público, si es que no posee facultades de decisión a manejo de las negociaciones u operaciones. Tercero. Que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto y sancionado en el artículo 399 del Código Penal, exige como conducta típica que el sujeto activo se interese por un contrato u operación en que interviene, en razón a por su cargo, el cual puede ser de manera directa o indirecta; sin embargo: “[...] no podrá ser autor cualquier funcionario a servidor público, si es que no posee facultades de decisión a manejo de las negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones por razón del cargo”. Cabe precisar, además, que nos encontramos ante un delito de infracción de deber, pues junto al ámbito de los deberes negativos, *neminen laede*, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos para la mejora de la situación de otros o para la realización de instituciones estatales; se trata de deberes de establecer un mundo en común -al menos parcialmente- con un beneficiario. Es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente; esta expectativa tiene un contenido positivo, es decir, que las instituciones están en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares. Estos deberes y expectativas tiene un contenido positivo y específico, y como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial; es decir, son titulares de un estatus especial. **Cuarto.** [...] [Se] advierte que [...] los demás imputados comprendidos

en la presente causa, en calidad de autores y cómplices, han sido absueltos; lo cual sustrae al encausado de la imputación conjunta al respecto, pues una imputación aislada, a título de cómplice, es insostenible fáctica y jurídicamente, pues la participación criminal (cómplice o instigador) debe estar sujeta a la preexistencia de la intervención de un autor, máxime si esta absolución se remite a que no se ha acreditado de manera indubitable el interés, de manera directa o indirecta, de los encausados absueltos, dentro del contrato u operación con el contratista, con el consecuente beneficio indebido a su favor o de tercero. (R. N. N.º 1024-2013-Ica, de 23-10-2013, ff. jj. 3 y 4. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/1tAGmhv>).

§ 2366. La estructura típica del delito de negociación incompatible no permite la intervención del tercero (*extraneus*). La participación de un tercero en un delito de infracción depende de que la misma sea incluida en la redacción típica: es el caso de los denominados delitos de participación necesaria (cohecho, colusión). Vigésimo Octavo. El delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, porque el mismo implica el quebrantamiento de un deber especial -normativizado-, que sólo puede ser infringido por el destinatario del mismo: el funcionario público a cargo de un proceso de contratación o de adquisición. La participación de un tercero en un delito de infracción depende, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el *extraneus*. Como es el delito de peculado para un tercero, que requiere de la intervención del funcionario público que administra un sector del erario público y el particular que es destinatario de esos fondos. [...] **Trigésimo.** [La] estructura típica [del] delito [de negociación incompatible] no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurando un delito distinto (Cohecho, colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria. La negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado. Este delito se configura con el surgimiento del interés indebido de promover un interés particular, el cual va a patrocinar en contra del deber de promover el segmento de la administración pública al cual pertenece. Este interés debe concretarse en un provecho para un tercero o para sí mismo. El tercero no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro que podría resultar beneficiado -de alguna manera- con este acto administrativo que perjudicase a la administración pública. **Trigésimo primero.** El delito de negociación incompatible [...] tiene una naturaleza subsidiaria, dado que, por su configuración típica, se presenta cuando no se da otra de las conductas previstas en esta sección. Si el funcionario recibe un beneficio por el interés indebido, entonces la conducta será considerada como un cohecho. Si el funcionario realiza un acuerdo con la parte interesada, para defraudar al Estado, en el marco de un proceso de contratación del Estado, entonces realizará una colusión. El delito de negociación incompatible, entonces, queda reservado para aquellos casos que el interés indebido del funcionario se materialice sin la intervención de un tercero, porque si la misma se presentara constituiría un delito independiente. (Casación N.º 841-2015-Ayacucho, de 24-05-2016, ff. jj. 28, 30 y 31. Sala Penal Permanente [EP, 28-06-2016, Jurisprudencia, Año XXV, N.º 1015, pp. 7843-7489]. Texto completo: <bit.ly/28PYcG9>).

§ 2367. La prescripción de la acción penal en el delito de negociación incompatible. Quinto. Si bien el Acuerdo N.º 01-2010/CJ-116, referido a la dúplica de los plazos de la prescripción, está orientado al Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del Código Penal; sin embargo, no todos los delitos allí comprendidos tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público. **Sexto.** El delito de negociación incompatible se trata de un delito de mera actividad y peligro, siendo el bien jurídico protegido el normal funcionamiento de la administración pública, específicamente el hecho de garantizar la imparcialidad del funcionario o servidor público frente a los administrados en general, por tanto, en este tipo penal no existe necesariamente una afectación al patrimonio estatal, por consiguiente, no resulta aplicable el supuesto de dúplica del plazo de prescripción previsto en el

último párrafo del artículo 80 del Código Penal. Aunado a ello, se tiene que la ubicación del delito de negociación incompatible está ubicada en la sección IV del Código Penal, que hace alusión a los delitos de corrupción de funcionarios, por tanto, dicho ilícito penal no protege directamente el patrimonio del Estado. (R. N. N.º 2464-2014-Lima, de 09-06-2015, ff. jj. 5 y 6. Sala Penal Permanente. Texto completo: <bit.ly/1YnvQWg>).

§ 2368. En los delitos de negociación incompatible de cargo e incumplimiento de actos funcionales no es de aplicación la duplicidad del plazo de prescripción establecida en el art. 80 CP, pues no se ha afectado el patrimonio del Estado. Cuarto. [Entre] los delitos imputados a los procesados [...] (negociación incompatible de cargo e incumplimiento de actos funcionales) [...], se ha producido un concurso ideal de delitos, al existir unidad de acción entre dichos ilícitos; en consecuencia, teniendo en cuenta que los delitos imputados a los encausados se encuentran sancionados en los artículos 366 y 399 del Código Penal [en el presente caso, se imputa al encausado -asesor de alcaldía que habría usurpado el cargo de director municipal- haberse interesado en el contrato de locación de servicios profesionales de una persona que tenía impedimento legal], con una pena privativa de libertad no mayor de dos y seis años, respectivamente, resulta que la acción persecutoria del Estado ha prescrito [...], no siendo de aplicación la duplicidad del plazo de prescripción establecida en el último párrafo del artículo 80 del acotado Código, pues no se ha afectado el patrimonio del Estado [...]. **Quinto.** [El] procesado [admite] [...] haber presentado su renuncia al cargo de Director Municipal [...] [sin embargo] suscribió en representación de la entidad edil agraviada -como Director Municipal- el contrato de locación de servicios profesionales [...] con su coencausada [...] [sin que existan] documentos que avalen el ejercicio del cargo en mención con posterioridad [a la fecha de su renuncia]. (R. N. N.º 3911-2009-Huancavelica, de 03-06-2010, ff. jj. 4 y 5. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2ayCPek>).

JURISPRUDENCIA DE LAS CORTES SUPERIORES

§ 2369. Bien jurídico protegido. 4.1. [El delito de negociación incompatible es] un delito “especial propio” y de “infracción del deber”, esto último se sustenta en que los roles funcionales se encuentran previstos no al interior del Código Penal o Ley penal especial sino en normas extrapenales genéricas o específicas, y su concepto penal de deberes o funciones se construye a partir del tipo penal remitiéndose a dichas normas, ya que tiene la finalidad de delimitar los parámetros de las funciones públicas y administrativas; y por lo tanto de la consecuente responsabilidad penal, civil o disciplinaria. El bien jurídico que se tutela subyace en la necesidad de preservar normativamente el normal funcionamiento de la Administración Pública del interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público) que anteponen sus intereses a la de ella [a los acusados se les atribuye haberse interesado de manera directa y debida en una postulación para la contratación de personal]. En rigor se trata de preservar los deberes funcionales y/o deberes especiales positivos de incumbencia institucional (imparcialidad, rectitud, objetividad, etc.) en la actuación funcional frente a los administradores en general y frente a los competidores ofertantes en los contratos o negocios estatales. (Exp. N.º 00092-2011-6-1826-JR-PE-01, de 10-06-2013, f. j. 4.1. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Texto completo: <bit.ly/2X1xwZp>).

§ 2370. Interés indebido. 4.2. [...] *Interesarse indebidamente* conlleva a la gestión o actos que no se corresponden con el rol de un funcionario público, quien muestra preocupación por un interés privado, ajeno al de la Administración. El momento del interés indebido es irrelevante, toda vez que la gestión se puede dar en cualquier etapa del iter contractual del proceso de convocatoria, contratación, licitación, adjudicación, etc., esto es, en las etapas previas, durante la celebración del contrato e incluso en su ejecución [se acusa de interesarse en una de las vacantes en un proceso de contratación]. Asimismo, el carácter del interés no solo implica una mera infracción del deber especial positivo (actuación contra la ley, omisión o abstención de la exigencia legal, etc.) sino un peligro para los intereses económicos: patrimonio, servicios, obras, bienes, entre otros, de la entidad u órgano del aparato estatal. (Exp. N.º 00092-2011-6-1826-JR-PE-01, de 10-06-2013, f. j. 4.2. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Texto completo: <bit.ly/2X1xwZp>).

§ 2371. **Interés directo. 4.2.** [...] Estando al marco de imputación que delimitó el interés en “directo”, se tiene en cuenta que tal interés significa que el agente público por razón de su cargo funcional actúa en los contratos u otras operaciones mostrando un interés propio y particular, ya sea proponiendo, tomando una decisión o teniendo injerencia en todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados en la contratación, con tendencia a un beneficio propio o a favor de tercero [al beneficiar en la vacante en el proceso de contratación]. (Exp. N.º 00092-2011-6-1826-JR-PE-01, de 10-06-2013, f. j. 4.2. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Texto completo: <bit.ly/2X1xwZp>).

§ 2372. **Irregularidades en un proceso de selección de personal no tienen contenido penal. 12.** [Se atribuye a los procesados], como integrantes de la Comisión Evaluadora del Proceso de Selección [...] para la contratación de dos médicos [...], el haberse interesado de manera directa e indebida, generando dolosamente condiciones necesarias para favorecer en la contratación [a una] postulante [...] para dicho cargo, quien resultó ganadora de 1 de las 2 plazas requeridas. [...] 31. [Si bien se ha acreditado que] se cometieron irregularidades [en este proceso de selección, hay que concluir] que no son de contenido penal [y] que pudieron evitarse con un accionar diligente que todo miembro de un comité de evaluación debe observar. (Exp. N.º 00092-2011-6-1826-JR-PE-01, de 10-06-2013, ff. jj. 12 y 31. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Texto completo: <bit.ly/2X1xwZp>).

F.

EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

ACUERDO PLENARIO DE LA CORTE SUPREMA

§ 2373. **La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas o falsas. Quien compra las influencias de un tercero responde como instigador. 7º.** El análisis de este punto debe partir necesariamente del principio de accesoriedad de la participación, que no es sino una concreción del concepto restrictivo de autor. Según este principio, el partícipe ocupa un lugar accesorio respecto del protagonista del delito, esto es, el autor. La doctrina ampliamente mayoritaria conviene en la necesidad de exigir ciertos elementos del delito cometido por el autor para admitir la punibilidad de la participación, tales como que el hecho principal sea típico y antijurídico (accesoriedad limitada) [Villa Stein, Javier: *Derecho penal. Parte general*, Ara Editores, Lima, 2014, pp. 390 ss.; Villavicencio Terreros, Felipe: *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2006, p. 499]. En ese sentido, ha de quedar claro que el partícipe desarrolla un papel facilitador de la ejecución del delito y no el rol de ejecutor dueño y señor del hecho. El aporte del partícipe en este sentido, ya sea en fase de preparación o de ejecución, supone su involucramiento en el hecho típico y, por tanto, lo hace penalmente competente por el mismo. Es decir, su prestación debe expresar el sentido de facilitar o posibilitar la ejecución del delito, configurando uno o más de sus componentes típicos [Jakobs, Günther: “Intervención delictiva” en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* N.º 5, Grijley, Lima, 2004, p. 228 s.; Robles Planas, Ricardo: *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons Editores, Madrid/ Barcelona, 2003, pp. 215 ss.]. Esta consideración básica resulta de suma importancia para el problema abordado en la medida en que permite delimitar prima facie el ámbito de la intervención delictiva y, en consecuencia, sienta las bases para definir el título de imputación del tercero interesado en el delito de tráfico de influencias. **8º.** El primer párrafo del artículo 25º CP prevé la regla general de la complicidad primaria, en los siguientes términos: “*El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor*”. De igual forma, el artículo 24º del mismo cuerpo de normas regula el instituto de la instigación con el siguiente tenor: “*El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor*”. A partir de una interpretación literal de ambos preceptos, hay quienes consideran que no existe inconveniente alguno para que el

solicitante de las influencias, esto es, el comprador de las mismas, responde penalmente tanto a título de cómplice (primario), como a título de instigador [Salinas Siccha, Ramiro: *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2009, pp. 573 ss.]. Sin embargo, aunque una interpretación ceñida al texto de la ley es lo más acorde con el principio de legalidad, el entendimiento trazado en el párrafo anterior sobre la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias es demasiado estrecho, ya que no valora la real dimensión de los institutos dogmáticos de la complicidad y la instigación. El cómplice es quien realiza un aporte material (o psicológico) orientado siempre a auxiliar al autor en la realización del tipo penal. A partir de esta premisa, se tiene que el delito de tráfico de influencias admite casos de complicidad [por ejemplo, “A” tiene un proceso civil en el Despacho del juez “B”; “C” le dice a “A” que tiene gran amistad con “B”, y, por tanto, puede influir en este pero a cambio de solucionar su problema deberá entregarle mil nuevos soles; en la conversación interviene “D” que reafirma la amistad entre “B” y “C” y la influencia de este sobre aquel. En el ejemplo citado, se advierte, pues, que “C” es autor y “D” cómplice del delito de tráfico de influencias, pues ayudó en la invocación de las mismas realizadas por “C”]; sin embargo, el “comprador o solicitante de influencias” [en este caso, “A”] nunca podrá ser considerado cómplice según los alcances del artículo 25° CP, como la persona que auxilia o colabora dolosamente con la realización del tipo penal, pues para ello tendría que ayudar al “vendedor de influencias” en la realización del verbo rector, esto es, en la invocación de influencias, cosa que es materialmente imposible bajo cualquier circunstancia. 9°. En este sentido, el tercero interesado en el delito de tráfico de influencias, mejor dicho, quien promete o entrega el donativo, la ventaja o el beneficio al autor, no puede ser considerado cómplice de tal ilícito [así lo entiende también la Ejecutoria Suprema de 24 de febrero de 2014 (R. N. N.° 1692-2013)]. En sentido estricto, el “comprador o solicitante de influencias” no presta ningún tipo de colaboración en la comisión del delito -o, más concretamente, en la acción típica prevista por el tipo penal-, en la medida que él es partícipe necesario de un delito de encuentro, su colaboración “necesaria”, o enmarcada dentro del rol típico, resultaría impune desde la perspectiva de la complicidad [Abanto Vásquez, Manuel: *Los Delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Lima, 2001, p. 472]. Aun cuando la intervención del tercero interesado en la fenomenología delictiva es indispensable para el hecho globalmente entendido como el comercio ilícito de influencias, resulta claro que su intervención no es propiamente de contribuir a la configuración de los elementos típicos centrales del delito de tráfico de influencias, tales como recibir o solicitar una ventaja indebida tras atribuirse la existencia de dichas influencias. 10°. Es por esta razón que la instigación, entendida como una forma de intervención delictiva consistente en hacer surgir en otro la resolución criminal, o en determinar a otro a la comisión de un delito (término empleado por el artículo 24° CP), se erige en la condición sin la cual el evento delictivo no habría tenido lugar. En otros términos, el instigador es quien, mediante su influjo psíquico, determina a otro a cometer un delito, de manera que de no existir tal influencia el ilícito no se cometería. En esa línea de argumentación debe precisarse que a la conducta del instigador debe ser posible imputarle objetivamente la determinación dolosa del instigado a cometer el delito. Por lo tanto, no basta cualquier tipo de acto persuasivo, sino que el comportamiento del instigador debe ser objetivamente idóneo para provocar en el instigado la decisión inequívoca de cometer el delito. De este modo, este acto comunicativo del instigador hacia al instigado, no está referido a todas las acciones posibles que puede realizar este último para la comisión del delito, sino a aquellas acciones que necesariamente debe realizar para materializar dicho propósito delictivo [Jakobs, Günther: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2a ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, § 22, núm. marg. 22]. En esta medida, considerando siempre que la participación es una forma de intervención accesoria que, por ende, únicamente es posible cuando concurre un hecho cometido por un autor, la actuación del tercero interesado se erige claramente en una instigación. La conducta típica del autor (es decir, el vendedor de las influencias) responde única y sustancialmente al influjo psicológico del tercero interesado, quien lo determina dolosamente a llevar a cabo el hecho principal consistente en ofertar las influencias con el fin de favorecer a este último. Por lo tanto, siendo el acto de determinación del tercero interesado el que activa el comercio ilícito de influencias o el que, en cualquier caso, permite o refuerza su efectiva continuación, no expresa socialmente un sentido de facilita-

ción de la conducta típica (no contribuye a la invocación de influencias ni al acto de solicitar o recibir una ventaja indebida), sino el sentido de una determinación e impulso psíquico de cometer el delito. De este modo, el impulso psicológico del tercero interesado no constituye cualquier tipo de aporte para posibilitar el delito, sino que está orientado exclusivamente a la compra de las influencias del autor del delito, resultando así claramente determinante para su concreción. Por lo demás, por imperio del principio de accesoriadad, la punibilidad de la instigación está supeditada a la realización efectiva del injusto típico del delito de tráfico de influencias por parte del instigado o autor, esto es, del vendedor de las influencias. En consecuencia, el “comprador solicitante de influencias”, o “el interesado” en el delito de tráfico de influencias, será instigador cuando no encontrándose el instigado propenso o proclive a actos de corrupción, le haya convencido a éste a cometer el delito. En este caso, como el “comprador solicitante de influencias” habrá hecho nacer del todo la resolución criminal en el autor, no habrá entonces duda alguna sobre su rol de instigador. Ahora bien, en el supuesto de que el autor esté ya decidido a vender las influencias al “comprador o solicitante de influencias”, pudiendo parecer mínima la aportación de este último, inclusive en este caso él es instigador pues habrá reforzado la resolución criminal del autor. 11°. En síntesis, el “comprador solicitante de influencias”, es decir, “el interesado” en el delito de tráfico de influencias, solo podrá ser considerado instigador siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el “vendedor de influencias” mediante un influjo psíquico. Naturalmente, en el caso concreto deberá probarse que efectivamente el interesado hizo surgir la resolución criminal del traficante de influencias o reforzó la resolución criminal preconcebida. Por tanto, si la solicitud de influencias del interesado no generó ni fortaleció la resolución criminal del autor, la conducta de aquel deviene en impune, en la medida que el tipo penal no abarca a otra forma de participación para dicho interviniente. [...] 13°. Un delito para ser tal debe satisfacer el presupuesto de legitimación penal, esto es, la conducta practicada debe ser jurídico penalmente relevante en el sentido exigido por el principio de lesividad, consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Código penal, cuya literalidad señala: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”. En estricto, el sentido de relevancia penal de la conducta se concreta en el tipo penal como una conducta que en el caso concreto comunica el significado de haber superado el riesgo permitido, o de haber rebasado los límites de la libertad general de acción [Caro John, José Antonio: *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho penal funcionalista*, Ara Editores, Lima 2010, pp. 29 ss.]. Obviamente, esta materialización de la superación del riesgo permitido se da mediante la puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado en el correspondiente tipo penal. 14°. Dados estos presupuestos, se tiene que el bien jurídico protegido en las influencias reales es el correcto funcionamiento de la administración pública en tanto el sujeto activo logra determinar la voluntad del funcionario o servidor público. El funcionario se corrompe por la influencia que sobre él ejerce el sujeto activo. Pero en el caso de las influencias simuladas el bien jurídico protegido es el prestigio y buen nombre de la administración pública [Mir Puig, Carlos: *Delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal*, en Rojas Vargas, Fidel: *Delitos contra la administración pública*, 4a ed., Lima 2007, p. 783], que se ve dañada por el sujeto activo que lucra a costa de ella. Desde esta perspectiva, nos encontramos ante un delito que lesiona efectivamente el bien jurídico protegido por cuanto el sujeto activo logra hacer dar o prometer una ventaja económica al afirmar que tiene influencia en la administración pública. Con ello se cumple con el principio de lesividad en tanto la intervención punitiva sólo se legitima ante la lesión de un bien jurídico fundamental, como es el prestigio y buen nombre de la administración pública, la misma que bien puede ser, a modo de ejemplo, el Poder Judicial y sus jueces. 15°. En un Estado donde no se criminaliza la conducta de alguien que afirma que sus poderes son corruptos, es un Estado inviable. De hecho, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que “en modo alguno [...] necesariamente la persecución penal de los actos de tráfico de influencias cuando éstas sean simuladas resulte inconstitucional” [Exp.00017-2011-PI/TC, de 03 de mayo de 2012, F. J. 36 (§ 2349)]. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción señala en su artículo 18° que “Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma

directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona; b) la solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido”. Con esto se evidencia que con la criminalización del tráfico de influencias, no solo se está protegiendo bienes jurídicos fundamentales para la sociedad en un Estado de Derecho, sino que se está dando cumplimiento a la Convención contra la Corrupción suscrita por el Perú. Asimismo, en la medida que el Tribunal Constitucional no encuentra disconformidad con la persecución penal del tráfico de influencias simulado, se entiende que su punición es deseable en tanto optimiza la lucha contra la corrupción. 16° No existe entonces ningún inconveniente para defender el carácter punible, esto es, la relevancia jurídico-penal de la modalidad de tráfico de influencias simuladas del artículo 400° del Código Penal. El invocar influencias simuladas es acorde con el principio de lesividad; su castigo a nivel penal no es una medida legislativa desproporcionada, en la medida que desde una perspectiva ex ante en el caso concreto la conducta de invocar sea objetivamente idónea, tanto para poner en riesgo el bien jurídico protegido, como para lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la administración pública, que, en buena cuenta, garantizan la credibilidad de la administración pública. Además, en la medida que el injusto de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, como el de las influencias simuladas, consiste en la vulneración de determinados presupuestos que sirven a la seguridad de otros bienes jurídicos, aquellos son, por tanto, delitos de lesión desde la perspectiva del bien jurídico colectivo, y, consecuentemente, coherentes con el principio de lesividad [Doval País, Antonio: “Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* (36), 1994, p. 46; Sánchez García De Paz, María Isabel: *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, 1999, pp. 67 ss. y Martínez-Buján Pérez, Carlos: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 3a ed., Valencia 2011, p. 197]. 17°. En consecuencia, en el delito de tráfico de influencias simuladas la acción se reprime por su idoneidad para lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la administración pública. Esta capacidad lesiva de la acción típica manifiesta, por tanto, una relación efectiva con el bien jurídico protegido, y, con ello, una conformidad con el principio de lesividad. (Acuerdo Plenario N.º 3-2015/CIJ-116, del 02-10-2015, que establece como doctrina legal los criterios expuestos en los ff. jj. 7º al 11º y del 13º al 17º. IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria [EP, 21-06-2016]. Texto completo: <bit.ly/28LRKCi> [p. 7471]).

G.

EL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

§ 2374. Configuración del delito de falsificación de documentos no exige materialización de un perjuicio. Representante legal de un consorcio que entrega declaraciones juradas que contenían documentos privados falsos sobre su propuesta técnica a fin de ganar el concurso público y recibir la buena pro. *Décimo*. Como se señaló el tipo penal de falsificación no presenta ambigüedad en su redacción referente al perjuicio; pues señala claramente que para la configuración del delito basta la potencialidad e idoneidad del mismo; así, en uno de sus últimos pronunciamientos esta Corte Suprema mediante el Recurso de Nulidad N.º 2279-2014, Callao, en su fundamento jurídico N.º 4.4, ha señalado que: “la condición objetiva de punibilidad en esta clase de ilícitos es la **posibilidad de causar perjuicio** al agraviado y **no el perjuicio efectivo** para considerarse típico, por cuanto el bien jurídico que se tutela es el correcto funcionamiento de la administración pública referido al tráfico jurídico correcto.

Así, para la configuración típica en un caso concreto se deberá considerar como típica la sola **potencialidad de perjuicio** -no se requiere su concretización [el imputado, representante legal de un consorcio, es acusado de entregar tres declaraciones juradas que contenían documentos privados falsos sobre su propuesta técnica a fin de ganar el concurso público y recibir la buena pro]-. [...] **Décimo segundo.** El delito continuado, establecido en el artículo 49 del Código Penal, conforme la regulación nacional prevé una agravante en la parte última del primer párrafo, en función al sujeto pasivo del delito, señalando que: "(...) Si con dichas violaciones, el agente hubiera **perjudicado a una pluralidad de personas**, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave". Ello es conocido en doctrina como **delito de masa o delito colectivo**, citada agravante requiere sancionar aquellas infracciones en que hay multiplicidad de perjudicados, ya que el **delito continuado** fue dirigido a un grupo indeterminado de personas a quienes se embauca con mismo artificio. **Décimo tercero.** Se requiere enfatizar que el **delito masa** implica tener como sujeto pasivo a un conjunto de individuos que constituyen una colectividad, es decir, debe existir un número elevado de perjudicados para poder determinar la existencia de un delito masa. El clásico supuesto de configuración de un delito masa son los fraudes colectivos, donde el sujeto pasivo no está representado por una o dos personas, sino por una multitud o una pluralidad cuantiosa, muchas veces indeterminada. (Casación N.º 1121-2016-Puno, de 12-07-2017, que estableció como doctrina jurisprudencial los ff. jj. 10, 12 y 13. Sala Penal Permanente [EP, 15-08-2017, Jurisprudencia, Año XXVI, N.º 1051, p. 7827]. Texto completo: <bit.ly/2Hp9Up3>).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

§ 2375. **Imposibilidad de realizar la pericia grafotécnica por contarse únicamente con fotocopias. Falsedad material en apropiación de dinero destinada a la construcción de una obra pública.** **Cuarto.** [...] [La] prueba privilegiada para este tipo de delitos [falsedad documental] la constituye la pericia de grafotecnia para poder determinar la falsedad o autenticidad del documento original, en donde por razones eminentemente técnicas una fotocopia o copia fotostática o copia legalizada o fedateada de un documento, no colabora en la seguridad del tráfico jurídico; [...] al no contarse con los originales del documento cuestionado [boletas de venta y actas falsas con el fin de retirar el dinero destinado a la construcción de un puente], sino solo con fotocopias [...], [...] la oficina competente de la policía deja expresa constancia de la imposibilidad de realizarse la pericia de grafotecnia (comparación de grafías) por el hecho de contarse únicamente con copias xerográficas (fotocopias) de [dichas] boletas de venta [...]. (R. N. N.º 5095-2006-Piura, del 28-01-2009, f. j. 4. Primera Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2bR61gf>).

§ 2376. **Delito de falsedad ideológica: configuración. Se atribuye a los imputados hacer constar hechos de manera falsa para que sean consideradas como verdaderas en procesos de contratación pública.** **Décimo cuarto.** [...] [La] forma de ejecución de la acción falsaria inculpada se refiere a la conducta del autor del documento de consignar una falsedad en el documento público que no es producto de una alteración material. En ese sentido, la falsedad no está en la modificación material, pues el documento conserva sus condiciones esenciales *-se mantienen incólumes los signos de autenticidad externas, en tanto en cuanto, el instrumento es genuino-*, pero son falsas las ideas o hechos que se consignaron como verdaderas en ese soporte, es decir, contiene declaraciones mendaces que faltan a la verdad. Por ejemplo se comete este delito cuando se cambia el pensamiento que está destinado a expresar o se hace aparecer en el documento como ocurrido algo que en la realidad no ocurrió o aconteció de manera distinta o cuando el notario consigna en un acta la presencia de personas que no han asistido [en el presente caso, se atribuye a los inculcados hacer constar hechos de manera falsa para que sean consideradas como verdaderas, respecto a los procesos de contratación en diversas obras públicas]. [...] (R. N. N.º 1318-2012-Lima, del 29-08-2012, f. j. 14. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/2DwcARh>).

§ 2377. **El delito de ocultamiento de documento consiste en que el agente ejecuta una acción dirigida inutilizar o evitar que sus titulares puedan emplearlos en un tráfico jurídico con la afectación de su función probatoria. Funcionario que, en su condición de secretario-tesorero, sustrajo**

la documentación de los procesos de selección y adjudicación de la buena pro de obras. 2.2. [El delito atribuido al encausado (ocultamiento de documento), no es uno que en su configuración pretenda alguna acción falsaria sobre algún documento, por el contrario, su materialización típica consiste, en que el agente ejecute una acción dirigida inutilizar o evitar que sus titulares puedan emplearlos en un tráfico jurídico con la afectación de su función probatoria [...]. **2.4.** Se acreditó la responsabilidad del encausado [...], [quien] en su condición de secretario-tesorero sustrajo la documentación de los procesos de selección y adjudicación de la buena pro de las obras [...], ya que, al tener conocimiento de la denuncia que se formuló [...] en su contra, comenzó hacer entrega de la documentación que tenía en su poder. [...] **2.7.** Dicho acervo documentario de propiedad de la Municipalidad agraviada, estuvo en poder del procesado [...]. Demostrándose que el imputado no archivó esos documentos públicos en el local de la municipalidad (siendo éste uno de sus deberes funcionales); no se trataba de documentos personales. **2.8.** Siendo así, los argumentos exculpatorios planteados por el procesado [...], resultan insuficientes, ya que la posterior devolución de la documentación que ocultó no constituye un factor eximente de responsabilidad penal, más aún, si se considera que la conducta criminal consistió en extraer los documentos de la entidad edil [...]. (R. N. N.º 2529-2012-Amazonas, del 24-01-2013, ff. jj. 2.2, 2.4, 2.7 y 2.8. Sala Penal Permanente. Texto completo: <goo.gl/HK3qnJ>).

INDICE GENERAL

<i>Prólogo</i>	7
<i>Presentación</i>	13
<i>Abreviaturas</i>	15
<i>Principales normas con jurisprudencia incluidas en la presente obra</i>	19

PRIMERA PARTE MARCO CONSTITUCIONAL DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Artículo 2: Derechos fundamentales de la persona	23
Artículo 61: Libre competencia	25
Artículo 62: Libertad de contratar.....	26
Artículo 73: Bienes estatales	32
Artículo 76: Contratación pública	35
Artículo 82: La Contraloría General de la República.....	37
Artículo 139: Principios de la función jurisdiccional.....	39
Artículo 200: Acciones de garantía constitucional.....	52

SEGUNDA PARTE TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

DECRETO SUPREMO N.º 082-2019-EF (EP, 13-03-2019)

TÍTULO I DISPOSICIONES PRELIMINARES

Capítulo I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1: Finalidad.....	59
Artículo 2: Principios que rigen las contrataciones.....	62
Artículo 3: Ámbito de aplicación.....	98

Artículo 4:	Supuestos excluidos del ámbito de aplicación	109
Artículo 5:	Supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión del OSCE	118

Capítulo II

AUTORIDAD RESPONSABLE DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN

Artículo 6:	Organización de los procesos de contratación	136
Artículo 7:	Compras corporativas	138
Artículo 8:	Funcionarios, dependencias y órganos encargados de las contrataciones	138
Artículo 9:	Responsabilidades esenciales	144
Artículo 10:	Supervisión de la Entidad	148

Capítulo III

CONDICIONES EXIGIBLES A LOS PROVEEDORES

Artículo 11:	Impedimentos	148
Artículo 12:	Calificación exigible a los proveedores	188
Artículo 13:	Participación en consorcio	188
Artículo 14:	Protección y promoción de la competencia y prevención del delito .	192

TÍTULO II

PROCESO DE CONTRATACIÓN

Capítulo I

PLANIFICACIÓN. GENERALIDADES

Artículo 15:	Plan Anual de Contrataciones	193
--------------	------------------------------------	-----

Capítulo II

ACTUACIONES PREPARATORIAS

Artículo 16:	Requerimiento	195
Artículo 17:	Homologación de requerimientos	205
Artículo 18:	Valor Referencial	205
Artículo 19:	Certificación de crédito presupuestario y adelanto de procedimientos de selección	206
Artículo 20:	Prohibición de fraccionamiento	207

Capítulo III

MÉTODOS DE CONTRATACIÓN

Artículo 21:	Procedimientos de selección	210
Artículo 22:	Licitación pública y concurso público	214
Artículo 23:	Adjudicación simplificada	214
Artículo 24:	Selección de consultores individuales	215
Artículo 25:	Comparación de precios	215
Artículo 26:	Subasta inversa electrónica	215

Artículo 27:	Contrataciones Directas.....	217
Artículo 28:	Rechazo de ofertas	235
Artículo 29:	Declaratoria de desierto	238
Artículo 30:	Cancelación.....	239
Artículo 31:	Métodos especiales de contratación.....	241

**Capítulo IV
EL CONTRATO Y SU EJECUCIÓN**

Artículo 32:	Contrato	241
Artículo 33:	Garantías.....	245
Artículo 34:	Modificaciones al contrato	248
Artículo 35:	Subcontratación.....	263
Artículo 36:	Resolución de los contratos	266
Artículo 37:	Cesión de derechos y de posición contractual.....	273
Artículo 38:	Adelantos	276
Artículo 39:	Pago.....	277
Artículo 40:	Responsabilidad del contratista	278

**TÍTULO III
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

Artículo 41:	Recursos administrativos	280
Artículo 42:	Suspensión del procedimiento.....	285
Artículo 43:	Denegatoria ficta.....	285
Artículo 44:	Declaratoria de nulidad.....	286
Artículo 45:	Medios de solución de controversias de la ejecución contractual	313

**TÍTULO IV
REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES**

Artículo 46:	Registro Nacional de Proveedores.....	327
--------------	---------------------------------------	-----

**TÍTULO V
SISTEMA ELECTRÓNICO DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**

Artículo 47:	Definición	333
Artículo 48:	Obligatoriedad.....	333
Artículo 49:	Validez y eficacia de los actos.....	335

**TÍTULO VI
RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES**

Artículo 50:	Infracciones y sanciones administrativas.....	336
--------------	---	-----

**TÍTULO VII
ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO**

Artículo 51:	Definición	379
--------------	------------------	-----

Artículo 52:	Funciones	379
Artículo 53:	Organización y recursos	383
Artículo 54:	Consejo Directivo y Presidencia Ejecutiva.....	385
Artículo 55:	Requisitos e impedimentos	386
Artículo 56:	Causales de vacancia	386
Artículo 57:	Notificaciones	387
Artículo 58:	Consejo Multisectorial de Monitoreo de las Contrataciones Públicas.....	387

TÍTULO VIII

TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Artículo 59:	Tribunal de Contrataciones del Estado	387
Artículo 60:	Requisitos e impedimentos para ser Vocal del Tribunal de Contrataciones del Estado.....	389
Artículo 61:	Causales de vacancia	390
Artículo 62:	Notificación y publicidad de las resoluciones.....	390

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera:	Especialidad de la Ley y el Reglamento. Aplicación supletoria .	391
Segunda:	Plazo para la promulgación del Reglamento	394
Tercera:	Aprobación del Reglamento.....	395
Cuarta:	Aplicación de los principios de trato nacional y no discriminación.....	395
Quinta:	Actuación discrecional	395
Sexta:	Contratación con proveedores de insumos.....	395
Sétima:	Entrada en vigencia.....	396
Octava:	Informe del impacto de la presente Ley en las contrataciones públicas	396
Novena:	Inaplicación total o parcial por parte de Proinversión	396
Décima:	Tribunal de Contrataciones del Estado.....	396
Décimo Primera:	Ejecución de los proyectos.....	397
Décimo Segunda:	Reglas especiales de contratación.....	397
Décimo Tercera:	Obligaciones del supervisor de obra	397
Décimo Cuarta:	Confidencialidad del banco de preguntas.....	397
Décimo Quinta:	Valor referencial	398
Décimo Sexta:	Caducidad de un contrato de Asociación Público Privada	398
Décimo Sétima:	Interpretación del artículo 27	398
Décimo Octava:	Contrataciones del Sistema Nacional de Salud.....	398
Décimo Novena:	Extensión del artículo 38.....	398
Vigésima:	Procedimiento administrativo sancionador	399
Vigésimo Primera:	Contratos de Estado a Estado	399
Vigésimo Segunda:	Arbitraje institucional.....	399
Vigésimo Tercera:	Prácticas Anticompetitivas en contrataciones del Estado.....	400
Vigésimo Cuarta:	Plan de Homologación	400

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

Primera:	Régimen laboral de la actividad privada del personal del OSCE	400
Segunda:	Aplicación temporal de las normas en los procedimientos de selección	400

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA MODIFICATORIA

Única:	Modificación de normas.....	401
--------	-----------------------------	-----

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

Única:	Derogación de normas	401
--------	----------------------------	-----

**TERCERA PARTE
(NUEVO) REGLAMENTO DE LA
LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO
DECRETO SUPREMO N.º 344-2018-EF (EP, 31-12-2018)**

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1:	Acrónimos y referencias.....	407
Artículo 2:	Competencias en materia de contrataciones del Estado	407
Artículo 3:	Otras organizaciones	409
Artículo 4:	Supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión.	409
Artículo 5:	Organización de la Entidad para las contrataciones	410
Artículo 6:	Plan Anual de Contrataciones.....	413
Artículo 7:	Impedimentos.....	416

TÍTULO II

REGISTRO

Capítulo I

REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES

Artículo 8:	Finalidad y organización.....	417
Artículo 9:	Inscripción en el RNP	418
Artículo 10:	Excepciones	422
Artículo 11:	Actualización de información en el RNP.....	425
Artículo 12:	Situaciones que afectan la vigencia de inscripción y retiro temporal del RNP	427
Artículo 13:	Recuperación de la vigencia de inscripción en el RNP.....	427
Artículo 14:	Retiro definitivo del RNP.....	427
Artículo 15:	Especialidad de los consultores de obras	428

Artículo 16:	Asignación de especialidad y de categoría a los consultores de obras.....	429
Artículo 17:	Capacidad máxima de contratación.....	430
Artículo 18:	Declaración de récord de ejecución o consultoría de obras.....	432
Artículo 19:	Publicación de los proveedores sancionados por el Tribunal.....	432
Artículo 20:	Constancia de capacidad de libre contratación.....	433
Artículo 21:	Notificación de actos administrativos del RNP.....	433
Artículo 22:	Monitoreo y medición del desempeño.....	433
Artículo 23:	Fiscalización posterior de la información registral.....	434

Capítulo II

REGISTRO DE ENTIDADES CONTRATANTES

Artículo 24:	Registro de las Entidades contratantes.....	435
--------------	---	-----

TÍTULO III

SISTEMA ELECTRÓNICO DE CONTRATACIONES DEL ESTADO - SEACE

Artículo 25:	Obligatoriedad.....	436
Artículo 26:	Acceso al SEACE.....	437
Artículo 27:	Registro de la información.....	438
Artículo 28:	Procedimientos electrónicos.....	440

TÍTULO IV

ACTUACIONES PREPARATORIAS

Capítulo I

REQUERIMIENTO Y PREPARACIÓN DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

Artículo 29:	Requerimiento.....	440
Artículo 30:	Homologación.....	451
Artículo 31:	Del proceso de homologación.....	451
Artículo 32:	Valor estimado.....	452
Artículo 33:	Valor estimado de los servicios relacionados a los seguros patrimoniales.....	455
Artículo 34:	Valor referencial.....	456
Artículo 35:	Sistemas de Contratación.....	461
Artículo 36:	Modalidades de contratación.....	477
Artículo 37:	Contrataciones por paquete.....	488
Artículo 38:	Fórmulas de reajuste.....	492
Artículo 39:	Relación de ítems, lotes o tramos.....	497
Artículo 40:	Prohibición de fraccionamiento.....	499
Artículo 41:	Requisitos para convocar.....	502
Artículo 42:	Contenido del expediente de contratación.....	504

Capítulo II
ÓRGANOS A CARGO DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Artículo 43:	Órgano a cargo del procedimiento de selección.....	505
Artículo 44:	Designación, suplencia, remoción y renuncia de los integrantes del comité de selección	508
Artículo 45:	Impedimentos para integrar un comité de selección	510
Artículo 46:	Quórum, acuerdo y responsabilidad.....	513

Capítulo III
DOCUMENTOS DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Artículo 47:	Documentos del procedimiento de selección	515
Artículo 48:	Contenido mínimo de los documentos del procedimiento.....	528
Artículo 49:	Requisitos de calificación.....	531
Artículo 50:	Procedimiento de evaluación	565
Artículo 51:	Factores de evaluación.....	566
Artículo 52:	Contenido mínimo de las ofertas	580

TÍTULO V
MÉTODOS DE CONTRATACIÓN

Capítulo I
DISPOSICIONES GENERALES APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN

Artículo 53:	Procedimientos de selección	593
Artículo 54:	Convocatoria.....	595
Artículo 55:	Registro de participantes	596
Artículo 56:	Cómputo de plazos.....	597
Artículo 57:	Prórrogas o postergaciones	597
Artículo 58:	Régimen de notificaciones.....	600
Artículo 59:	Idioma de la documentación y otras formalidades.....	600
Artículo 60:	Subsanación de las ofertas	604
Artículo 61:	Acceso a la información.....	616
Artículo 62:	Distribución de la buena pro.....	619
Artículo 63:	Notificación del otorgamiento de la buena pro	620
Artículo 64:	Consentimiento del otorgamiento de la buena pro	620
Artículo 65:	Declaración de desierto.....	624
Artículo 66:	Publicidad de las actuaciones.....	627
Artículo 67:	Cancelación del procedimiento de selección	629
Artículo 68:	Rechazo de ofertas.....	629
Artículo 69:	Culminación de los procedimientos de selección	634

Capítulo II
LICITACIÓN PÚBLICA

Artículo 70:	Etapas.....	634
Artículo 71:	Convocatoria a Licitación Pública	635

Artículo 72:	Consultas, observaciones e integración de bases	635
Artículo 73:	Presentación de ofertas.....	643
Artículo 74:	Evaluación de las ofertas	645
Artículo 75:	Calificación	652
Artículo 76:	Otorgamiento de la buena pro.....	653

Capítulo III CONCURSO PÚBLICO

Artículo 77:	Condiciones para el uso del Concurso Público	654
--------------	--	-----

Subcapítulo I Contratación de servicios en general

Artículo 78:	Concurso Público para contratar servicios en general.....	654
--------------	---	-----

Subcapítulo II Contratación de consultoría en general y consultoría de obras

Artículo 79:	Etapas.....	654
Artículo 80:	Convocatoria y demás etapas	655
Artículo 81:	Presentación de ofertas.....	655
Artículo 82:	Calificación y evaluación de las ofertas técnicas	655
Artículo 83:	Evaluación de ofertas económicas	655
Artículo 84:	Otorgamiento de la buena pro.....	657

Subcapítulo III Concurso de proyectos arquitectónicos

Artículo 85:	Definición	657
Artículo 86:	Órgano a cargo del procedimiento de selección.....	657
Artículo 87:	Desarrollo del procedimiento	658

Capítulo IV ADJUDICACIÓN SIMPLIFICADA

Artículo 88:	Etapas	658
Artículo 89:	Procedimiento de la Adjudicación Simplificada	658
Artículo 90:	Presentación de ofertas.....	659
Artículo 91:	Solución en caso de empate	659

Capítulo V SELECCIÓN DE CONSULTORES INDIVIDUALES

Artículo 92:	Condiciones para el uso de la Selección de Consultores Individuales.....	660
Artículo 93:	Etapas de la Selección de Consultores Individuales	660
Artículo 94:	Convocatoria	660
Artículo 95:	Recepción de expresiones de interés	660

Artículo 96:	Calificación y evaluación	661
Artículo 97:	Otorgamiento de la buena pro.....	661

**Capítulo VI
COMPARACIÓN DE PRECIOS**

Artículo 98:	Condiciones para el empleo de la Comparación de Precios.....	662
Artículo 99:	Procedimiento.....	662

**Capítulo VII
CONTRATACIÓN DIRECTA**

Artículo 100:	Condiciones para el empleo de la Contratación Directa	663
Artículo 101:	Aprobación de contrataciones directas	673
Artículo 102:	Procedimiento para las contrataciones directas	673

**Capítulo VIII
COMPRAS CORPORATIVAS**

Artículo 103:	Características del proceso de Compra Corporativa	675
Artículo 104:	De la Entidad encargada.....	675
Artículo 105:	Comité de selección	676
Artículo 106:	Alcances del encargo en el caso de Compras Corporativas.....	676
Artículo 107:	Compras Corporativas Obligatorias y entidad a cargo.....	676
Artículo 108:	Compras Corporativas Facultativas	677

**Capítulo IX
DEL ENCARGO**

Artículo 109:	Condiciones para el encargo.....	678
---------------	----------------------------------	-----

**Capítulo X
SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA**

Artículo 110:	Definición	683
Artículo 111:	Obligatoriedad.....	685
Artículo 112:	Etapas de la Subasta Inversa Electrónica.....	686

**Capítulo XI
CATÁLOGOS ELECTRÓNICOS DE ACUERDOS MARCO**

Artículo 113:	Definición	686
Artículo 114:	Obligatoriedad.....	687
Artículo 115:	Desarrollo de Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.....	688
Artículo 116:	Causales de exclusión de proveedores adjudicatarios de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco	693

**TÍTULO VI
SOLUCIONES DE CONTROVERSIAS DURANTE EL
PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN**

Artículo 117:	Competencia	693
Artículo 118:	Actos no impugnables	694
Artículo 119:	Plazo de interposición	694
Artículo 120:	Efectos de la Interposición	696
Artículo 121:	Requisitos de admisibilidad	696
Artículo 122:	Trámite de admisibilidad	697
Artículo 123:	Improcedencia del recurso	699
Artículo 124:	Garantía por la interposición	701
Artículo 125:	Procedimiento ante la Entidad	702
Artículo 126:	Procedimiento ante el Tribunal	703
Artículo 127:	Contenido de la resolución	708
Artículo 128:	Alcances de la resolución	710
Artículo 129:	Cumplimiento de la resolución dictada por el Tribunal	712
Artículo 130:	Precedentes de observancia obligatoria	713
Artículo 131:	Desistimiento	713
Artículo 132:	Ejecución y devolución de la garantía	715
Artículo 133:	Denegatoria ficta	715
Artículo 134:	Agotamiento de la vía administrativa	715
Artículo 135:	Acción contencioso administrativa	716

**TÍTULO VII
EJECUCIÓN CONTRACTUAL**

**Capítulo I
DEL CONTRATO**

Artículo 136:	Obligación de contratar	716
Artículo 137:	Perfeccionamiento del contrato	719
Artículo 138:	Contenido del Contrato	723
Artículo 139:	Requisitos para perfeccionar el Contrato	725
Artículo 140:	Contrato de consorcio	727
Artículo 141:	Plazos y procedimiento para el perfeccionamiento del Contrato ..	729
Artículo 142:	Plazo de ejecución contractual	736
Artículo 143:	Cómputo de los plazos	740
Artículo 144:	Vigencia del Contrato	741
Artículo 145:	Nulidad del Contrato	742
Artículo 146:	Responsabilidad de la Entidad	744
Artículo 147:	Subcontratación	745

**Capítulo II
GARANTÍAS Y ADELANTOS**

Artículo 148:	Tipos de garantía	747
Artículo 149:	Garantía de fiel cumplimiento	748

Artículo 150:	Sustitución de garantía de fiel cumplimiento en obras	752
Artículo 151:	Garantías de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias.....	752
Artículo 152:	Excepciones	753
Artículo 153:	Garantía por adelantos	754
Artículo 154:	Garantías a cargo de la Entidad.....	755
Artículo 155:	Ejecución de garantías.....	755
Artículo 156:	Adelanto directo	759

**Capítulo III
MODIFICACIONES DEL CONTRATO**

Artículo 157:	Adicionales y Reducciones	761
Artículo 158:	Ampliación del plazo contractual	768
Artículo 159:	Cesión de Posición Contractual.....	777
Artículo 160:	Modificaciones al contrato	779

**Capítulo IV
INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO**

Artículo 161:	Penalidades	781
Artículo 162:	Penalidad por mora en la ejecución de la prestación	783
Artículo 163:	Otras penalidades	793
Artículo 164:	Causales de resolución.....	795
Artículo 165:	Procedimiento de resolución de contrato.....	800
Artículo 166:	Efectos de la resolución.....	807
Artículo 167:	Prestaciones pendientes en caso de resolución de contrato o declaratoria de nulidad de contrato	810

**Capítulo V
CULMINACIÓN DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL**

Artículo 168:	Recepción y conformidad	818
Artículo 169:	Constancia de prestación	821
Artículo 170:	Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra	822
Artículo 171:	Del pago	823
Artículo 172:	Obligaciones posteriores al pago final	825
Artículo 173:	Vicios ocultos.....	825
Artículo 174:	Contrataciones Complementarias	825

**Capítulo VI
OBRAS**

Artículo 175:	Requisitos adicionales para la suscripción del contrato de obra...	829
Artículo 176:	Inicio del plazo de ejecución de obra	831
Artículo 177:	Revisión del expediente técnico de obra.....	835
Artículo 178:	Suspensión del plazo de ejecución.....	835
Artículo 179:	Residente de Obra.....	836

Artículo 180:	Clases de Adelantos	838
Artículo 181:	Entrega del Adelanto Directo	840
Artículo 182:	Adelanto para materiales e insumos	842
Artículo 183:	Amortización de Adelantos	846
Artículo 184:	Fideicomiso de adelanto de obra	846
Artículo 185:	Contrato de fideicomiso	847
Artículo 186:	Inspector o Supervisor de Obras	847
Artículo 187:	Funciones del Inspector o Supervisor	850
Artículo 188:	Jefe del Proyecto para la elaboración del expediente técnico	851
Artículo 189:	Obligaciones del contratista de obra en caso de atraso en la finalización de la obra	851
Artículo 190:	Obligación del contratista de ejecutar el contrato con el personal ofertado	853
Artículo 191:	Cuaderno de Obra	856
Artículo 192:	Anotación de ocurrencias	858
Artículo 193:	Consultas sobre ocurrencias en la obra	858
Artículo 194:	Valorizaciones y metrados	859
Artículo 195:	Reajustes	862
Artículo 196:	Discrepancias respecto de valorizaciones o metrados	864
Artículo 197:	Causales de ampliación de plazo	864
Artículo 198:	Procedimiento de ampliación de plazo	867
Artículo 199:	Efectos de la modificación del plazo contractual	875
Artículo 200:	Cálculo del gasto general variable diario	878
Artículo 201:	Pago de mayores costos directos y mayores gastos generales variables	879
Artículo 202:	Actualización del Programa de Ejecución de Obra	879
Artículo 203:	Demoras injustificadas en la ejecución de la Obra	880
Artículo 204:	Intervención Económica de la Obra	881
Artículo 205:	Prestaciones adicionales de obras menores o iguales al quince por ciento (15%)	883
Artículo 206:	Prestaciones adicionales de obras mayores al quince por ciento (15%)	897
Artículo 207:	Resolución del contrato de obras	898
Artículo 208:	Recepción de la obra y plazos	901
Artículo 209:	Liquidación del contrato de obra	905
Artículo 210:	Efectos de la liquidación	909
Artículo 211:	Declaratoria de fábrica o memoria descriptiva valorizada	910

TÍTULO VIII

EJECUCIÓN DE OBRA QUE INCLUYE DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN

Capítulo I

ASPECTOS GENERALES

Artículo 212:	Condiciones	911
Artículo 213:	Requisitos	911
Artículo 214:	Requisitos para perfeccionar el contrato	912
Artículo 215:	Ejecución Contractual	912

Capítulo II
DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN

Artículo 216:	Presupuesto estimado del proyecto	912
Artículo 217:	Órgano a cargo del procedimiento de selección.....	912
Artículo 218:	Desarrollo del procedimiento	912
Artículo 219:	Aprobación del Expediente Técnico de Obra	913

Capítulo III
DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN CON ESTUDIO
BÁSICO DE INGENIERÍA

Artículo 220:	Definición	914
Artículo 221:	Condiciones específicas.....	914
Artículo 222:	Aprobación del Expediente Técnico de Obra	914

TÍTULO IX
CONTROVERSIAS DURANTE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL

Capítulo I
MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Artículo 223:	Disposiciones generales.....	915
Artículo 224:	Conciliación	917
Artículo 225:	Arbitraje.....	919
Artículo 226:	Convenio arbitral	920
Artículo 227:	Solicitud de Arbitraje Ad Hoc.....	921
Artículo 228:	Respuesta a la solicitud de Arbitraje Ad Hoc.....	921
Artículo 229:	Excepciones u objeciones.....	922
Artículo 230:	Árbitros	922
Artículo 231:	Impedimentos para ser árbitro	923
Artículo 232:	Designación Residual de Árbitros	924
Artículo 233:	Independencia, imparcialidad y deber de información	924
Artículo 234:	Recusación.....	925
Artículo 235:	Instalación	925
Artículo 236:	De la organización y Administración de Arbitrajes a cargo del SNA - OSCE	926
Artículo 237:	Gastos Arbitrales.....	927
Artículo 238:	Laudo	927
Artículo 239:	Recurso de Anulación	928
Artículo 240:	Información que se registra en el SEACE	929
Artículo 241:	Estudios a cargo del OSCE.....	930

Capítulo II
REGISTRO NACIONAL DE ÁRBITROS

Artículo 242:	Del Registro Nacional de Árbitros.....	930
---------------	--	-----

Capítulo III
JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Artículo 243:	La Junta de Resolución de Disputas	931
Artículo 244:	Centros de administración de la Junta de Resolución de Disputas ..	931
Artículo 245:	Designación de miembros	932
Artículo 246:	Actividades de la Junta de Resolución de Disputas	932
Artículo 247:	Honorarios y gastos de los miembros de la Junta de Resolución de Disputas y retribución del Centro	932
Artículo 248:	Decisiones de la Junta de Resolución de Disputas emitidas y notificadas fuera de plazo	933
Artículo 249:	Decisiones de la Junta de Resolución de Disputas pendientes a la fecha de recepción total de la obra	933
Artículo 250:	Las decisiones y su obligatoriedad	933
Artículo 251:	Sometimiento a arbitraje de una decisión de la Junta de Resolución de Disputas	933
Artículo 252:	Supuestos especiales de cómputo de plazos de caducidad	934

Capítulo IV
CÓDIGO DE ÉTICA Y CONSEJO DE ÉTICA

Artículo 253:	Código de Ética para el arbitraje en contrataciones con el Estado	934
Artículo 254:	Supuestos de Infracción Ética sancionable por el Consejo de Ética para el arbitraje en contrataciones del Estado	935
Artículo 255:	Sanciones	937
Artículo 256:	Consejo de Ética	938

TÍTULO X
SANCIONES

Artículo 257:	Potestad sancionadora del Tribunal	938
Artículo 258:	Sanciones a consorcios	948
Artículo 259:	Obligación de informar sobre supuestas infracciones	951
Artículo 260:	Procedimiento sancionador	953
Artículo 261:	Suspensión del procedimiento administrativo sancionador	959
Artículo 262:	Prescripción	960
Artículo 263:	Sanción de multa	963
Artículo 264:	Determinación gradual de la sanción	963
Artículo 265:	Inhabilitación definitiva	964
Artículo 266:	Concurso de infracciones	965
Artículo 267:	Notificación y vigencia de las sanciones	965
Artículo 268:	Suspensión de las sanciones	966
Artículo 269:	Recurso de reconsideración	967
Artículo 270:	Acción contencioso administrativa	974

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Disposiciones complementarias finales.....	975
--	-----

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

Disposiciones complementarias transitorias	984
ANEXO N.º 1: Definiciones.....	990
ANEXO N.º 2: Procedimientos.....	994

**CUARTA PARTE
DIRECTIVAS DEL OSCE**

I. BASES ESTÁNDAR

D-001	Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD: Bases y solicitud de expresión de interés estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley N.º 30225.....	1011
-------	---	------

II. TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

D-002	Directiva N.º 009-2017-OSCE/CD: Lineamientos para la ejecución de la sanción de multa impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado.....	1023
D-003	Directiva N.º 002-2013-OSCE/CD: Lineamientos para el procedimiento de asignación de expedientes en el Tribunal de Contrataciones del Estado.....	1028
D-004	Directiva N.º 008-2012-OSCE/CD: Disposiciones que regulan la emisión de decretos y resoluciones y/o acuerdos del Tribunal de Contrataciones del Estado y su notificación, así como la programación de audiencias y lectura de expedientes.....	1042

III. SUBASTA INVERSA

D-005	Directiva N.º 006-2019-OSCE/CD: Procedimiento de selección de subasta inversa electrónica	1050
-------	---	------

IV. SEACE

D-006	Directiva N.º 011-2017-OSCE/CD: Procedimiento para la emisión, actualización y desactivación del certificado SEACE, así como las responsabilidades por su uso.....	1057
D-007	Directiva N.º 007-2019-OSCE/CD: Disposiciones aplicables al registro de información en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE.....	1067

D-008	Directiva N.º 007-2016-OSCE/CD: Catálogo Único de Bienes, Servicios y Obras (CUBSO)	1088
-------	---	------

V. RESUMEN EJECUTIVO

D-009	Directiva N.º 004-2019-OSCE/CD: Disposiciones sobre el contenido del resumen ejecutivo de las actuaciones preparatorias	1092
-------	---	------

VI. REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES

D-010	Directiva N.º 016-2016-OSCE/CD: Procedimiento para la inscripción, renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad y categorías e inscripción de subcontratos de ejecutores y consultores de obra en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)	1095
D-011	Directiva N.º 015-2016-OSCE/CD: Procedimiento para la inscripción y renovación de inscripción de proveedores de bienes y servicios en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)	1129
D-012	Directiva N.º 014-2016-OSCE/CD: Disposiciones aplicables al procedimiento de actualización de información en el Registro Nacional de Proveedores (RNP).....	1140
D-013	Directiva N.º 013-2016-OSCE/CD: Procedimiento de expedición de las constancias de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado, capacidad libre de contratación e informativa de no estar inhabilitado o suspendido	1149
D-014	Directiva N.º 012-2016-OSCE/CD: Procedimiento de declaración del récord de ejecución y consultoría de obras en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)	1157
D-015	Directiva N.º 009-2012-OSCE/CD: Directiva para la fiscalización posterior aleatoria de los procedimientos administrativos seguidos ante el Registro Nacional de Proveedores.....	1163

VII. PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN Y EJECUCIÓN CONTRACTUAL

D-016	Directiva N.º 001-2018-OSCE/CD: Requisito de solvencia económica en adjudicaciones simplificadas cuyo uso se autoriza mediante normas de excepción.....	1168
D-017	Directiva N.º 012-2017-OSCE/CD: Gestión de riesgos en la planificación de la ejecución de obras.....	1170
D-018	Directiva N.º 005-2019-OSCE/CD: Participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado	1174
D-019	Directiva N.º 004-2017-OSCE/CD: Acciones de supervisión a pedido de parte	1193

D-020	Directiva N.º 023-2016-OSCE/CD: Disposiciones sobre la formulación y absolución de consultas y observaciones.....	1202
D-021	Directiva N.º 022-2016-OSCE/CD: Disposiciones aplicables a la comparación de precios	1207
D-022	Directiva N.º 004-2016-OSCE/CD: Lineamientos para la contratación en la que se hace referencia a determinada marca o tipo particular.....	1210
D-023	Directiva N.º 003-2019-OSCE/CD: Lineamientos para la aplicación de la garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias	1214
D-024	Directiva N.º 001-2003-CONSUCODE/PRE: Intervención económica de la obra.....	1218

VIII. PLAN ANUAL DE CONTRATACIONES

D-025	Directiva N.º 002-2019-OSCE/CD: Plan Anual de Contrataciones.....	1222
-------	---	------

IX. CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE

D-026	Directiva N.º 018-2017-OSCE/CD: Procedimiento de designación residual de árbitros a cargo del OSCE.....	1231
D-027	Directiva N.º 017-2017-OSCE/CD: Procedimientos de inscripción y renovación en la nómina de profesionales aptos para designación residual del OSCE, así como supuestos de suspensión y exclusión.....	1245
D-028	Directiva N.º 016-2017-OSCE/CD: Procedimiento para la instalación de árbitro único o tribunal arbitral ad hoc	1253
D-029	Directiva N.º 014-2017-OSCE/CD: Procedimiento de recusación de árbitros para arbitrajes ad hoc y arbitrajes administrados por el SNA-OSCE.....	1260
D-030	Directiva N.º 025-2016-OSCE/CD: Reglamento del régimen institucional de arbitraje subsidiario de cuantía menor en contrataciones del Estado a cargo del OSCE	1263
D-031	Directiva N.º 024-2016-OSCE/CD: Reglamento del régimen institucional de arbitraje subsidiario en contrataciones del Estado a cargo del OSCE.....	1286
D-032	Directiva N.º 021-2016-OSCE/CD: Tabla de gastos arbitrales aplicables a los arbitrajes organizados y administrados por el OSCE y los arbitrajes ad hoc	1312
D-033	Directiva N.º 020-2016-OSCE/CD: Junta de resolución de disputas	1317
D-034	Directiva N.º 017-2016-OSCE/CD: Registro Nacional de Árbitros y Registro Nacional de Secretarios Arbitrales administrados por el OSCE.....	1328

X. CERTIFICACIÓN

D-035	Directiva N.º 002-2018-OSCE/CD: Certificación de los profesionales y técnicos que laboren en los órganos encargados de las contrataciones de las entidades públicas.....	1336
-------	--	------

XI. ACUERDO MARCO

D-036	Directiva N.º 007-2017-OSCE/CD: Disposiciones aplicables a los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco	1342
-------	---	------

**QUINTA PARTE
DELITOS COMETIDOS EN LOS
PROCESOS DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO**

I.**ASPECTOS GENERALES**

A.	El bien jurídico protegido.....	1353
B.	Los delitos cometidos por funcionarios públicos como delitos de "infracción de deber".....	1354
C.	La condición de funcionario público en los delitos contra la administración pública.....	1355
D.	Particulares que pueden incurrir en los delitos contra la administración pública (<i>extraneus</i>).....	1359
E.	Ne bis in idem (sanción penal y/o administrativa).....	1361

II.**DELITOS**

A.	El delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales en las contrataciones del Estado	1363
B.	El delito de concusión en las contrataciones del Estado	1364
C.	El delito de colusión en las contrataciones del Estado	1365
D.	El delito de cohecho pasivo propio en las contrataciones del Estado	1387
E.	El delito de negociación incompatible en las contrataciones del Estado	1387
F.	El delito de tráfico de influencias en las contrataciones del Estado	1398
G.	El delito de falsificación de documentos en las contrataciones del Estado .	1401

**ACTUALICE SUS DIRECTIVAS
DEL OSCE**

Summa de Contrataciones del Estado

le permite mantenerse informado,
durante el 2019, sobre las nuevas

Directivas que reemplazan,
derogan o modifican aquellas
que están vigentes al cierre de la
edición de la obra. Ingrese aquí:

[<bit.ly/2W6tvBT>](http://bit.ly/2W6tvBT)

Esta obra se terminó
de imprimir en la ciudad de Lima,
en el mes de abril de 2019