

OPINIÓN N° 017-2022/DTN

Solicitante: Indra Perú S.A.

Asunto: Participación de proveedores en consorcio

Referencia: Formulario S/N de fecha 14.FEB.2022 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Víctor Manuel Susuki Lavin, en representación de Indra Perú S.A, formula varias consultas referidas a la participación de proveedores en consorcio dentro de los procesos de contratación organizados por la Entidades.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas en términos genéricos y vinculadas entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N°30225 y modificada por el Decreto Legislativo N°1444; así como por el numeral 3 del acápite II del Anexo N°2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF y sus modificatorias.

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias¹.

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

2.1. “¿Es legalmente posible que un Consorcio participe en más de un proceso de selección y suscriba los contratos correspondientes con las entidades del Estado si el

¹ La última modificación al Decreto Supremo N° 344-2018-EF ha sido realizada mediante el Decreto Supremo N° 162-2021-EF, publicado el 26 de junio de 2021.

periodo de vigencia del Consorcio aún no ha culminado y cubre el plazo para la ejecución de los contratos que celebre con el Estado?”

- 2.1.1. En principio, cabe indicar que las consultas que absuelve esta Dirección son aquellas referidas a la interpretación de las disposiciones que conforman la normativa de Contrataciones del Estado; en tal sentido, en la presente Opinión se brindarán los alcances que tiene la figura de consorcio dentro de la regulación especial de la Contratación Pública, sin perjuicio de la regulación que puedan tener otras figuras también denominadas “consorcio” en otros ordenes normativos.

Hecha esta precisión corresponde anotar que los proveedores del Estado pueden participar en los procesos de contratación, de manera individual o agrupándose en un consorcio. Así, el numeral 13.1 del artículo 13 de la Ley señala lo siguiente:

“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 Acuerdos Marco (...)”

Se advierte de este dispositivo que dos o más proveedores pueden agruparse en consorcio para complementar sus capacidades y así tener mejores oportunidades en los procedimientos de selección convocados por las Entidades, así como mejores condiciones para la ejecución del contrato en caso se les otorgue la buena pro. Justamente en virtud de esta finalidad, la normativa de contrataciones del Estado prevé que cuando varios proveedores deciden participar de manera consorciada, deben expresar su voluntad de manera conjunta (a través de un representante común).

Mencionado lo anterior, corresponde anotar que el numeral 13.1 del artículo 13 de la Ley también señala que: ***“En ningún caso, la participación en consorcio implica la obligación de crear una persona jurídica diferente”***.

Como se aprecia, pese a la “unidad de decisión” a la que se alude en las líneas precedentes, la participación de “varios proveedores” agrupados en un consorcio no implica la creación de una persona jurídica diferente, es decir, **la conformación del consorcio NO significa la creación de un ente que tenga una existencia autónoma respecto de las personas que la conforman**; ello guarda concordancia con lo dispuesto por el artículo 78 del Código Civil, dispositivo que diferencia a la persona jurídica de los miembros que la conforman²

- 2.1.2. Mencionado lo anterior, corresponde anotar que, la normativa de Contrataciones del Estado establece determinados requisitos y formalidades que deben cumplir todos los proveedores que deseen participar *en consorcio* en los procesos de contratación organizados por las Entidades.

Así, de conformidad con el artículo 52 del Reglamento, los proveedores que participen bajo esta modalidad, durante el procedimiento de selección, deben presentar como parte

² Código Civil, art. 78: **“La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros** y ninguno de estos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella no están obligados a satisfacer sus deudas” (El resaltado es agregado).

integrante de su oferta la promesa formal de consorcio legalizada, en la que se consigna obligatoriamente: (i) los integrantes; (ii) el representante común; (iii) el domicilio común; iv) las obligaciones a las que se compromete cada uno de los integrantes del consorcio; y (iv) el porcentaje equivalente a dichas obligaciones.

En concordancia con ello, el numeral 7.4.2. de la Directiva N°005-2019-OSCE/CD “Participación de proveedores en consorcio en las Contrataciones del Estado” (en adelante “la Directiva”) establece el contenido mínimo de la promesa formal de consorcio y, así también, cuáles son los elementos que no pueden ser modificados por las partes.

Así, de acuerdo con el inciso 2 del referido numeral 7.4.2 de la Directiva, no pueden modificarse con ocasión del perfeccionamiento del contrato de consorcio, ni durante la etapa de ejecución contractual: (i) ni los integrantes del contrato de consorcio; (ii) **ni las obligaciones que correspondan a cada uno de los integrantes del consorcio**; y (iii) ni los porcentajes de las obligaciones de cada uno de los integrantes.

Por último, respecto de los requisitos y formalidades que deben cumplir los postores que participen en consorcio, cabe mencionar que, de resultar ganadores del procedimiento de selección correspondiente, deberán perfeccionar el contrato de consorcio, cumpliendo con lo previsto en el numeral 7.7 de la Directiva.

2.1.3. Expuesto a lo anterior, respecto de la consulta formulada, cabe mencionar que, dada la habilitación contemplada en el artículo 13 de la Ley y considerando que el consorcio no implica la existencia de una entidad distinta de los miembros que lo conforman, los integrantes de una promesa de consorcio o de un contrato de consorcio que estuviesen participando en un procedimiento de selección o ejecutando un contrato, podrán participar bajo esta misma modalidad en procedimientos de selección distintos y suscribir los contratos públicos correspondientes en caso hubiesen resultado ganadores de la buena pro, siempre que cumplan con los requisitos y formalidades exigidos por la normativa de Contrataciones del Estado en cada proceso de contratación del que sean parte (presentación de una promesa formal específica para el otro procedimiento, cumplimiento de los requisitos mínimos, inalterabilidad de determinados elementos de la promesa de consorcio, formalización del contrato de consorcio, entre otros).

2.2. “¿Es legalmente posible que un Contrato de Consorcio, que se encuentra vigente, y que fue celebrado para ejecutar un servicio específico en favor del Estado, pueda ser modificado por las partes para agregar, como parte de su objeto, la ejecución de otros proyectos o servicios en favor del Estado?”

2.2.1. Como se anotó en la absolución de la consulta anterior, la normativa de Contrataciones del Estado permite a las personas naturales o jurídicas, la participación *en consorcio* en los procesos de contratación organizados por las Entidades Públicas; no obstante, dicha participación debe realizarse en observancia de los requisitos y formalidades exigidos por la Ley, el Reglamento y la Directiva de Consorcio.

Así, cabe traer a colación que de acuerdo con lo desarrollado, todos los proveedores que decidan participar *en consorcio* deberán presentar una promesa formal de consorcio para cada procedimiento de selección en el que participen bajo esta modalidad, la cual deberá cumplir con lo exigido en el artículo 52 del Reglamento, así como, con lo establecido en la Directiva.

Asimismo, cabe reiterar que el inciso 2 del numeral 7.4.2 de la Directiva, no pueden modificarse con ocasión del perfeccionamiento del contrato de consorcio, **ni durante la etapa de ejecución contractual**: (i) ni los integrantes del contrato de consorcio; (ii) **ni las obligaciones que correspondan a cada uno de los integrantes del consorcio**; y (iii) ni los porcentajes de las obligaciones de cada uno de los integrantes.

Así las cosas, se tiene la regla general según la cual en cada procedimiento de selección los proveedores deberán presentar la promesa formal de consorcio y, de obtener la buena pro, deberán presentar el contrato de consorcio que exprese las obligaciones que asume cada integrante dentro de un contrato público determinado.

Ahora bien, en este punto es necesario diferenciar al contrato como acto jurídico que determina el nacimiento de una relación jurídica, del instrumento o medio en el que se expresa dicho acto. De esta manera, es posible que en un mismo documento se expresen dos actos o relaciones jurídicas nítidamente diferenciadas.

Dicho esto, conforme a lo indicado en la absolución de la consulta anterior, los integrantes del consorcio deberán presentar un documento independiente que exprese el contrato de consorcio por cada proceso de contratación en el que participen. No obstante, en vista de que es posible que un único documento se exprese más de una relación jurídica, se puede concluir que un solo documento puede contener más de un contrato de consorcio, esto es, dos relaciones jurídicas con obligaciones nítidamente diferenciadas.

Así las cosas, en relación con la consulta formulada, cabe reiterar que no es posible que se modifiquen las obligaciones ni el porcentaje que ha asumido cada integrante del consorcio para la ejecución de un contrato público específico. No obstante, en aras de dotar de eficacia al proceso de contratación, es posible que en el documento que contiene un contrato de consorcio para la ejecución de un contrato público específico, se agreguen las obligaciones y los porcentajes que los mismos integrantes de un consorcio hayan asumido en el marco un contrato público diferente, debiendo precisarse que las obligaciones asumidas para cada contrato público deben estar nítidamente diferenciadas y que el consorcio deberá cumplir con todas las exigencias que cada proceso de contratación exija tanto para la etapa selectiva (promesa formal de consorcio, máximo número de consorciados, etc) como para el perfeccionamiento y la ejecución contractual.

2.3. *“Es legalmente posible que un Contrato de Consorcio, que se encuentra vigente, y que fue celebrado para ejecutar un servicio específico en favor del Estado, pueda ser modificado por las partes, para ampliar el periodo de vigencia del mismo”*

La normativa de Contrataciones del Estado no regula de forma expresa cuál debe ser el periodo de vigencia de un contrato de consorcio, no obstante, de la regulación vigente, se puede deducir que la vigencia de contrato de consorcio debe ser tal que permita la ejecución de las prestaciones del contrato público.

Dicho esto, cabe reiterar que, no es posible que se modifiquen las obligaciones ni el porcentaje que ha asumido cada integrante del consorcio para la ejecución de un contrato público específico. No obstante, en aras de dotar de eficacia al proceso de contratación, es posible que en el documento que contiene un contrato de consorcio para la ejecución de un contrato público específico, se agreguen las obligaciones y los porcentajes que los mismos integrantes de un consorcio hayan asumido en el marco un

contrato público diferente, debiendo precisarse que las obligaciones asumidas para cada contrato público deben estar nítidamente diferenciadas y que el consorcio deberá cumplir con todas las exigencias que cada proceso de contratación exija tanto para la etapa selectiva (promesa formal de consorcio, máximo número de consorciados, etc) como para el perfeccionamiento y la ejecución contractual.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 Dada la habilitación contemplada en el artículo 13 de la Ley y considerando que el consorcio no implica la existencia de una entidad distinta de los miembros que lo conforman, los integrantes de una promesa de consorcio o de un contrato de consorcio que estuviesen participando en un procedimiento de selección o ejecutando un contrato, podrán participar bajo esta misma modalidad en procedimientos de selección distintos y suscribir los contratos públicos correspondientes en caso hubiesen resultado ganadores de la buena pro, siempre que cumplan con los requisitos y formalidades exigidos por la normativa de Contrataciones del Estado en cada proceso de contratación del que sean parte (presentación de una promesa formal específica para el otro procedimiento, cumplimiento de los requisitos mínimos, inalterabilidad de determinados elementos de la promesa de consorcio, formalización del contrato de consorcio, entre otros).
- 3.2. No es posible que se modifiquen las obligaciones ni el porcentaje que ha asumido cada integrante del consorcio para la ejecución de un contrato público específico. No obstante, en aras de dotar de eficacia al proceso de contratación, es posible que en el documento que contiene un contrato de consorcio para la ejecución de un contrato público específico, se agreguen las obligaciones y los porcentajes que los mismos integrantes de un consorcio hayan asumido en el marco un contrato público diferente, debiendo precisarse que las obligaciones asumidas para cada contrato público deben estar nítidamente diferenciadas y que el consorcio deberá cumplir con todas las exigencias que cada proceso de contratación exija tanto para la etapa selectiva (promesa formal de consorcio, máximo número de consorciados, etc), así como, para el perfeccionamiento y la ejecución contractual.
- 3.3. La normativa de Contrataciones del Estado no regula de forma expresa cuál debe ser el periodo de vigencia de un contrato de consorcio, no obstante, de la regulación vigente, se puede deducir que la vigencia de contrato de consorcio debe ser tal que permita la ejecución de las prestaciones del contrato público.

Jesús María, 16 de marzo del 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC