

OPINIÓN N° 030-2021/DTN

Solicitante: Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.

Asunto: Disposiciones generales sobre el contenido de la proforma del contrato que integra las bases estándar

Referencia: Formulario S/N de fecha 17.FEB.2021 – Consultas de Entidades públicas sobre la normativa de contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Especialista Legal de la Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. formula consulta sobre la posibilidad de incorporar una cláusula adicional en la proforma del contrato que forma parte de las bases estándar aprobadas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.

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. CONSULTA Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que la consulta formulada es la siguiente:

- 2.1 *“¿Se podría modificar la proforma del contrato, que forma parte de la sección específica de las bases emitidas por el OSCE, a efecto de incluir una cláusula de auditoría?”*

2.1.1 En primer lugar es importante señalar que, con la finalidad de garantizar un mayor grado de eficiencia en las contrataciones públicas -es decir, que las Entidades obtengan bienes, servicios u obras para el cumplimiento de sus funciones, de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando los principios tales como el de transparencia, imparcialidad y trato justo e igualitario a los potenciales proveedores¹-, el artículo 76° de la Constitución Política del Perú dispone que **la contratación de bienes, servicios y obras que se realizan con cargo a fondos públicos se efectúe, obligatoriamente, por licitación o concurso, de acuerdo a los procedimientos, excepciones y responsabilidades contemplados en la ley de la materia**².

En ese contexto, la Ley es la norma que desarrolla dicho precepto constitucional, la cual, conjuntamente con su Reglamento y **las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE, constituye la normativa de contrataciones del Estado**.

En efecto, dicha normativa –que constituye el régimen general de contrataciones públicas– establece disposiciones que **deben observar los operadores de la contratación estatal, incluyendo a las Entidades³ públicas**, a fin de realizar las contrataciones de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos.

2.1.2 Precisado lo anterior, cabe anotar que las Directivas emitidas por el OSCE⁴ forman parte integrante de la normativa de contrataciones del Estado, razón por la cual, los operadores de la contratación pública también deben observar lo dispuesto en ellas, a efectos de realizar sus respectivos procesos de contratación.

Al respecto, la Directiva N° 001-2019-OSCE/CD (en adelante, la “Directiva”), regula el empleo de las “*Bases y Solicitud de Expresión de Interés estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley N° 30225*”, cuyo uso es obligatorio para la elaboración de los documentos del procedimiento de selección, tal como lo establece el numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento⁵.

¹ De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 020-2003-AI/TC.

² “**Artículo 76°.-** 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.”

³ El artículo 3 de la Ley establece el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, tomando en consideración dos criterios: **(i) el criterio subjetivo**, referido a los órganos u organizaciones de la Administración Pública que se encuentran obligados a aplicar las disposiciones de dicho cuerpo normativo y **(ii) el criterio objetivo**, referido a las contrataciones que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la referida normativa.

⁴ De conformidad con lo dispuesto en el literal f) del artículo 52 de la Ley, OSCE tiene la siguiente función: “Emitir directivas, documentos estandarizados y documentos de orientación en materia de su competencia”.

⁵ De conformidad con dicho dispositivo, “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 énfasis es agregado).

De esta manera, las Entidades se encuentran en la obligación de emplear las Bases y Solicitudes de Expresión de Interés Estándar aprobadas por el OSCE, según corresponda al tipo de procedimiento de selección a convocar y al objeto de la contratación, debiendo consignar en dichos documentos estándar la información técnica y económica contenida en el respectivo expediente de contratación⁶.

Para tales efectos, la referida Directiva establece que los documentos estándar contemplan una sección general⁷, que contiene las reglas del procedimiento de selección y de la ejecución contractual, conforme a lo previsto en la normativa⁸, y una **sección específica**, la cual contiene –además de los documentos anexos y formatos, tales como la **proforma del contrato**– las condiciones particulares del procedimiento de selección. En ésta última sección, **cada Entidad debe consignar la información relativa al objeto de la convocatoria, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7.2 de la Directiva.**

- 2.1.3 Ahora bien, respecto a la sección específica de los documentos estándar aprobados por OSCE, se dispone que la Entidad debe incluir en ella **la información correspondiente al objeto de la convocatoria, a su naturaleza y complejidad, así como a las particulares condiciones que se hayan requerido para su contratación**; para dicho efecto, tales documentos estándar incorporan comentario bajo la denominación de “Importante” y notas al pie de página, que brindan información acerca de aspectos que deben ser considerados al momento de emplear dichos documentos.

Asimismo, como parte integrante de la sección específica de los documentos estándar aprobados por OSCE, se encuentra la “Proforma del contrato”, que constituye el proyecto del contrato a suscribirse entre la Entidad y el postor ganador de la buena pro⁹, en el cual se consignan los términos y condiciones bajo los cuales se desarrollarán las prestaciones recíprocas entre las partes.

Al respecto, debe indicarse que si bien la referida “proforma del contrato” contempla un contenido estándar, dicho documento –al ser elaborado por cada Entidad– debe integrar los términos y condiciones que resulten aplicables según correspondan al objeto del contrato y a las peculiaridades del requerimiento¹⁰,

⁶ De acuerdo al numeral 42.1 del artículo 42 del Reglamento: “*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*”. (El énfasis es agregado).

⁷ Numeral 7.3 de la referida Directiva.

⁸ De acuerdo a lo indicado en el segundo párrafo del numeral 7.2 de la Directiva respectiva.

⁹ De acuerdo al Anexo N°1 “Definiciones”.

¹⁰ De conformidad con el Anexo de Definiciones del Reglamento, por “Requerimiento” se entiende a la “*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*”.

pudiendo incluso incluir en dicha proforma cláusulas adicionales o la adecuación de aquellas que se encuentran preestablecidas, **siempre que las disposiciones a ser incorporadas no resulten contrarias a la normativa de contrataciones del Estado**, tal como se establece en el Capítulo V de la Sección Específica de los documentos estándar aprobados por el OSCE, lo que guarda coherencia con el principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 51 de la Constitución, que dispone que *“La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)”*.

En ese sentido, se advierte que la Entidad puede incorporar cláusulas adicionales a las previstas en la proforma del contrato e incluso modificar aquellas que se encuentren preestablecidas, a fin de estipular los términos y condiciones que resulten aplicables según correspondan al objeto del contrato y a las peculiaridades del requerimiento, **siempre que su incorporación no contravenga la normativa de contrataciones del Estado**.

Por tanto, en la medida que la incorporación de una cláusula –como por ejemplo, una de auditoría para cautelar la correcta ejecución de las prestaciones a cargo del contratista- no contravenga la normatividad relacionada con el objeto de la contratación y guarde coherencia con él así como con el requerimiento de la Entidad, ésta podrá incluirla en la proforma del contrato, siempre que con dicha inclusión no contravenga lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado.

3. CONCLUSIÓN

En la medida que la incorporación de una cláusula –como por ejemplo, una de auditoría para cautelar la correcta ejecución de las prestaciones a cargo del contratista¹¹- no contravenga la normatividad relacionada con el objeto de la contratación y guarde coherencia con él así como con el requerimiento de la Entidad, ésta podrá incluirla en la proforma del contrato, siempre que con dicha inclusión no contravenga lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado.

Jesús María, 22 de marzo de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/ssv.

¹¹ Al respecto, cabe reiterar que la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna; en ese contexto, no puede referirse sobre la cláusula específica contenida en el informe que acompaña la solicitud de consulta normativa, y tampoco validarla; toda vez que es responsabilidad de cada Entidad evaluar la legalidad del contenido de la cláusula que considera incorporar en una proforma del contrato, en el marco de lo dispuesto por la normativa de Contrataciones del Estado.