

OPINIÓN N° 041-2023/DTN

Solicitante: Abogados Consultores S.A

Asunto: Disposiciones Generales sobre el contenido de la proforma que integra las bases estándar

Referencia: Formulario S/N 13.MAR.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Enrique Armando Navarro Sologuren, Representante Legal de la Empresa Abogados Consultores S.A, formula varias consultas sobre el contenido de la proforma que integra las bases estándar en el marco de lo establecido por la normativa de contrataciones del Estado.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y 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, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- **“Anterior Ley”** a la aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 modificada por la Ley N°29873.
- **“Anterior Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008- EF.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas que serán absueltas son las siguientes:

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnica Normativa, se han revisado las consultas planteadas por el solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N°2 del TUPA del OSCE “Consultas del sector privado o sociedad civil sobre la normativa de contrataciones del Estado”, advirtiéndose que, las consultas N°3 y N°4 no guardan vinculación con el tema planteado en las demás consultas sino que además no versan sobre el sentido y alcance de la normativa de Contrataciones del Estado sino que solicitan que este Organismo Técnico Especializado determine el régimen legal aplicable a un tipo específico de objeto contractual, así como la aplicación de las disposiciones normativas contenida en el Código Civil de forma supletoria; en ese sentido, no serán absueltas vía Opinión.

2.1. “¿En la normativa de contratación pública está permitido que la proforma de modelo de contrato de las bases administrativas pueda ser modificado en la redacción de sus cláusulas o incorporación de cláusulas y se obtenga una nueva versión de contrato para la firma con el ganador de la buena pro?” [Sic].

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 proveedores²—, 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**³.

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 Entidades públicas, a fin de realizar las contrataciones de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos.

2.1.2. Precisado ello, cabe indicar que las Directivas emitidas por el OSCE forman parte integrante del marco normativo 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° 018-2012-OSCE/CD⁴ (en adelante, la “Directiva”), regulaba el empleo de las “*Disposiciones sobre el contenido de las Bases Estandarizadas que las Entidades del Estado deben utilizar en los procesos de selección que convoquen*”, cuyo uso era obligatorio para la elaboración de los documentos del proceso de selección, tal como lo establece el artículo 35 del anterior Reglamento⁵.

De esta manera, las Entidades se encontraban en la obligación de emplear las Bases Estandarizadas aprobadas por el OSCE, según el tipo de proceso de selección a convocar y al objeto de la contratación del que se trate, debiendo consignar en las bases de los procedimientos que convoquen la información técnica y económica contenida en el respectivo expediente de contratación⁶.

Para tales efectos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 del anterior Reglamento y

² De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 020-2003-AI/TC.

³ “**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.”

⁴ Aprobada con Resolución N° 293-2012-OSCE/PRE de fecha 18 de setiembre de 2012.

⁵ De conformidad con dicho dispositivo, “Las Entidades utilizarán **obligatoriamente** las Bases estandarizadas que aprobará el OSCE y divulgará a través del SEACE.”. (El énfasis es agregado).

⁶ En virtud de lo contemplado en el artículo 26 de la anterior Ley.

el numeral 7.2 de la Directiva, las Bases estándar contemplaban una sección general, que contenían las reglas del proceso de selección y de la ejecución contractual comunes a todo proceso de contratación y que se encontraban previstas en la anterior normativa de contrataciones del Estado, y una **sección específica**, la cual contenía —además de los documentos anexos y formatos, tales como la **proforma del contrato**— las condiciones particulares del proceso de selección. En esta última sección, **cada Entidad debía consignar la información relativa al objeto de la convocatoria, según su naturaleza y complejidad, así como las particulares condiciones que se hayan requerido para su contratación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7.2 de la Directiva.**

- 2.1.3. Para dicho efecto, las Bases estándar incorporan notas denominadas “Importante” y notas al pie de página, que brindan información a la Entidad acerca de aspectos que **deben** ser considerados al momento de emplear dichos documentos para la elaboración y posterior aprobación de las bases de los procesos de selección que convoque dicha Entidad.

Asimismo, en cuanto a la “Proforma del Contrato”, que constituía el proyecto del contrato a suscribirse entre la Entidad y el postor ganador de la buena pro, (en el cual se consignaban **los términos y condiciones bajo los cuales se desarrollaban las prestaciones recíprocas entre las partes**) debe indicarse que si bien ésta contemplaba un contenido estándar, dicho documento —al ser elaborado por cada Entidad— debía integrar los términos y condiciones que resultaban aplicables según el objeto del contrato y a las peculiaridades del requerimiento, **pudiendo incluirse en dicha proforma cláusulas adicionales** o la adecuación de aquellas que se encontraban preestablecidas, **siempre que las disposiciones a ser incorporadas no hayan sido contrarias a la anterior normativa de contrataciones del Estado.**

En ese sentido, se advierte que la Entidad podía incorporar cláusulas adicionales a las previstas en la proforma del contrato contenidas en las bases estándar aprobadas por el OSCE e incluso adecuar aquellas que se encontraban preestablecidas, a fin de establecer condiciones que resultaran aplicables según el objeto de la convocatoria, **siempre que su incorporación no haya contravenido la anterior normativa de contrataciones del Estado.**

- 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 firme⁷, 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, según lo establecido en el artículo 35 de la anterior Ley.**

Por lo expuesto, la normativa de contratación pública ha previsto que las Entidades puedan modificar o ajustar las disposiciones de la proforma de contrato contenidas en las bases estándar que aprueba el OSCE a fin de plasmar las particularidades del objeto de la contratación en las bases del procedimiento de selección que la Entidad apruebe para la convocatoria correspondiente. Para cualquier incorporación que se efectúe con posterioridad a ello y antes de la firma del contrato deberá verificarse que **no se haya contravenido la anterior normativa de contrataciones del Estado.**

- 2.2. ***“¿En caso la respuesta anterior sea positiva, es correcto afirmar que dicha posibilidad de modificar la proforma de contrato corresponde a una decisión unilateral de la Entidad y***

⁷ De acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del artículo 137 del anterior Reglamento.

que no puede ser producto de un acuerdo entre las partes?”

2.2.1. Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, la normativa de contratación pública ha previsto que las Entidades puedan modificar o ajustar las disposiciones de la proforma de contrato contenidas en las bases estándar que aprueba el OSCE a fin de plasmar las particularidades del objeto de la contratación en las bases del procedimiento de selección que la Entidad apruebe para la convocatoria correspondiente. Para cualquier incorporación que se efectúe con posterioridad a ello y antes de la firma del contrato deberá verificarse que no se haya contravenido la anterior normativa de contrataciones del Estado.

3. CONCLUSIÓN

3.1 La Entidad podía modificar la proforma del contrato prevista en el Capítulo V de la Sección Específica de las Bases estándar aprobadas por el OSCE, a efectos de incorporar cláusulas adicionales a las previstas en la proforma e incluso modificar aquellas que se encontraban preestablecidas siempre que hayan guardado coherencia con el objeto de la contratación y con el requerimiento de la Entidad, y no hayan contravenido lo dispuesto en la anterior normativa de contrataciones del Estado. Para cualquier incorporación que se efectúe con posterioridad a ello y antes de la firma del contrato deberá verificarse que no se haya contravenido la anterior normativa de contrataciones del Estado.

Jesús María, 12 de abril de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

PMR/GMS