

OPINIÓN N° 063-2019/DTN

Entidad: OCI- SENCICO

Asunto: Representación en contratación directa de servicio de publicidad estatal

Referencia: Oficio N° 006-2019-VIVIENDA-SENCICO-04.00

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe del Órgano de Control Institucional-OCI, del Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción (SENCICO), formula una consulta referida a la Representación de un proveedor en un procedimiento de contratación directa para la contratación del servicio de publicidad para el 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 vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444; así como por el acápite 9 del Anexo N°2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS¹

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, vigente desde el 03 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas en vuestra solicitud a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 90 del TUPA del OSCE, “Consultas del Sector Privado o la Sociedad Civil, sobre la normativa de contrataciones del Estado”, determinándose que esta Dirección Técnico Especializada no podrá absolver la consulta N°2, puesto que no es competente para pronunciarse sobre situaciones particulares o casos concretos. Asimismo, se debe mencionar que la figura de cesión en uso no se encuentra contemplada por la normativa de contrataciones del Estado, en esa medida, este Organismo Técnico Especializado no puede brindar alcances sobre esa clase de negocio jurídico.

- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por D.S. N°056-2017- EF, vigente desde 03 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019

Las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. *“¿Se permite que un medio de comunicación radial pueda ser representado en un procedimiento de contratación directa, por una agencia de publicidad, empresa u otro que cuente con facultades para comercializar con carácter de exclusividad su señal, para que esta pueda presentar ofertas y suscribir el respectivo contrato? (...)”*

La Representación como institución jurídica reconocida por el Ordenamiento Jurídico Nacional

- 2.1.1. Para comenzar con el presente análisis, es preciso tener claro qué es la representación. Así, de acuerdo con el profesor LOHMANN LUCA DE TENA *“se entiende por representación aquella actividad por la cual, sustituyendo ante terceros la persona o la voluntad del representado y actuando por su cuenta, las consecuencias de la conducta del representante normalmente recaen en el representado”*². (El subrayado es agregado).

Como se puede advertir, un rasgo fundamental de la representación es que los efectos de los actos jurídicos celebrados por el representante, recaen sobre la esfera jurídica del representado. Por ejemplo, si en mérito a un poder otorgado, una persona natural suscribe un contrato con una entidad pública, quien asumirá las obligaciones de dicho contrato no será el apoderado (a pesar de que fue este quien “físicamente” celebró el contrato), sino la persona que otorgó el poder. Dicho esto, debe quedar claro que no hay representación, cuando el intermediario es quien asume las obligaciones derivadas del acto jurídico celebrado.

Hecha esta aclaración, corresponde anotar que la representación es una figura que se deriva del principio de autonomía privada y en virtud de ello se encuentra reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico nacional. Así, por ejemplo, el artículo 145 del Código Civil señala: “El acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la Ley”. Asimismo, el mencionado cuerpo normativo, establece que la representación “la otorga el representado o la confiere la Ley”

En este punto es importante detenerse en el caso especial de la representación de las personas jurídicas; estas, al no poseer una existencia física, requieren ser representadas para realizar sus actividades, lo cual se efectúa a través de sus representantes legales (representación orgánica), o través de apoderados o mediante la utilización de mandatarios.

² LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. El Negocio Jurídico. Librería Studium Ediciones. 1986. Pag. 122.

La Representación como parte del requisito de calificación denominado “Capacidad Legal” y en la suscripción del contrato.

- 2.1.2. La Representación es reconocida también en el ámbito de las Contrataciones Públicas. El artículo 28 del Reglamento establece que uno de los requisitos de calificación³ que deben cumplir los proveedores que aspiren a ejecutar el contrato es la **Capacidad Legal**. Este requisito implica que el proveedor debe incorporar en su oferta aquella documentación que acredite la **representación** y habilitación para llevar a cabo la actividad económica materia de contratación.

Respecto de la figura que es objeto de análisis, esto es, de la representación, es pertinente mencionar que, las bases estándar⁴ establecen la forma en que esta debe ser acreditada, esto es, los modos en que los proveedores deben acreditar que quien suscribe la oferta cuenta con las facultades necesarias para hacerlo⁵. De esta manera, las referidas bases señalan que:

- (i) En caso de persona jurídica, la representación se acredita con **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.
- (ii) En caso de persona natural, la representación se acredita con **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.

En atención a lo señalado en el presente numeral, se puede inferir que la normativa de contrataciones del Estado, admite que una manifestación de voluntad, como la presentación de la oferta, sea expresada de forma directa por el proveedor o por medio de un representante⁶.

- 2.1.3. De otra parte, es importante mencionar que el artículo 117 del Reglamento, ha establecido cuáles son los requisitos que deben ser presentados para el perfeccionamiento del contrato: *“Para perfeccionar el contrato, el postor ganador de la buena pro debe presentar (...) 4. Documento que acredite que cuenta con las facultades para perfeccionar el contrato.”*

³ Los requisitos de calificación forman parte del requerimiento del área usuaria; y este a su vez, forma parte de las bases del procedimiento de selección.

⁴ De uso obligatorio por parte de las Entidades Públicas, para todo procedimiento de selección convocado en el marco de la normativa de Contrataciones del Estado.

⁵ Se hace referencia a las bases estándar contenidas en contenidas en la Directiva N° 001-2017-OSCE/CD

⁶ En concordancia con ello, el numeral 38.2. del artículo 38 del reglamento, establece que “las expresiones de interés, ofertas y cotizaciones deben ser suscritas por el postor o su representante legal, apoderado o mandatario designado para dicho fin”

Como se puede advertir, la normativa de Contrataciones del Estado también admite que la suscripción del contrato sea realizada de forma directa por el postor ganador de la buena pro o por medio de un representante. No obstante, exige que quien suscriba el contrato acredite que cuenta con facultades para hacerlo.

La Representación en las Contrataciones Directas.

2.1.4. La Contratación Directa es un procedimiento de selección de carácter no competitivo, pues la entidad contrata directamente con un proveedor predeterminado. En atención a esta característica, este procedimiento debe ser utilizado de manera excepcional, cuando coyunturas naturales, económicas o de mercado así lo demanden. El artículo 27 de la Ley establece cuáles son las circunstancias que justifican el uso de la Contratación Directa.

En esa misma línea, el artículo 87 del reglamento establece las actuaciones que conforman el procedimiento de contratación directa. De este modo, señala que, una vez aprobada la contratación directa⁷, *“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 deben contener como mínimo lo indicado en los literales a), b), e), f), m) y q) del numeral 27.1. del artículo 27. La oferta puede ser obtenida por cualquier medio de comunicación”*.

Como se puede apreciar, el procedimiento de contratación directa se caracteriza por ser menos rígido, respecto de las formalidades que deben observarse en otros procedimientos de selección. Así, por ejemplo, de conformidad con el dispositivo citado, son solo (6) seis las condiciones mínimas⁸ que deben contener las bases para la contratación directa:

- La denominación del objeto de contratación
- Las Especificaciones Técnicas, los Términos de Referencia, la Ficha de Homologación, la Ficha Técnica o el Expediente Técnico de Obra, según corresponda.
- La modalidad de ejecución de llave en mano, cuando corresponda
- El Sistema de Contratación
- Las garantías aplicables.
- La proforma del contrato, cuando corresponda.

Como se puede advertir, “los requisitos de calificación”, no están contemplados como una de las condiciones mínimas que deben contener las bases de la contratación directa; en consecuencia, la Capacidad Legal, tampoco lo está. Sin embargo, ello no implica que la entidad se encuentre prohibida de exigir el

⁷ La aprobación de la contratación directa debe realizarse de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 86 del reglamento.

⁸ La normativa al establecer estas condiciones mínimas, está dejando abierta la posibilidad de que se puedan exigirse más condiciones dependiendo de las circunstancias.

cumplimiento de requisitos adicionales a los enunciados, cuando las circunstancias así lo exijan. Lejos de ello, la Entidad –como responsable de sus procesos de contratación– a fin de asegurarse que la persona que suscribe la oferta cuenta con las facultades jurídicas necesarias para ello, tendría que exigir que se incorpore en la oferta aquellos documentos que acrediten tal facultad de representación.

Dicho esto, debe quedar claro que en el supuesto en que la Entidad decida exigir requisitos vinculados a la representación, las bases deberán precisar no solo que es necesario acreditarla; sino también el modo en que debe realizarse dicha acreditación. Para estos efectos, la entidad podría servirse de los criterios establecidos en las bases estándar para otros procedimientos de selección (criterios mencionados en el segundo párrafo del numeral 2.1.2., de la presente opinión).

- 2.1.5. En atención a lo expuesto hasta este punto, corresponde mencionar que la normativa de contrataciones permite que manifestaciones de voluntad, tales como la presentación de la oferta o la suscripción del contrato, sean expresadas por el proveedor a través de un representante; no obstante, dicha representación debe ser acreditada.

En las contrataciones directas (procedimiento que debe ser empleado de manera excepcional), cuando las entidades exijan la presentación de documentos que acrediten la representación de quien suscribe la oferta, deberán también precisar, en las bases, cuál es el modo en que debe realizarse dicha acreditación.

Ahora, respecto de la suscripción del contrato, de conformidad con lo señalado en el artículo 117 del reglamento, quien lo suscribe tendrá que presentar aquel documento que acredite que cuenta con las facultades jurídicas necesarias para hacerlo. Las bases del procedimiento de contratación directa se encargarán de precisar el modo en que podrá realizarse dicha acreditación.

Condiciones para el empleo de la Contratación Directa de Servicios de Publicidad para el Estado.

- 2.1.6. Como se anotó, el artículo 27 de la Ley, establece los supuestos que justifican el empleo de la Contratación Directa. En atención a la materia de la consulta, conviene citar el literal g), del mencionado artículo, el cual señala que las Entidades pueden contratar directamente *“los servicios de publicidad que prestan al Estado los medios de comunicación televisiva, radial, escrita o cualquier otro medio de comunicación”*.

Por su parte, corresponde mencionar también el numeral 7, del artículo 85 del reglamento, el cual establece las condiciones para el empleo de la contratación directa del servicio publicidad:

“7. Servicio 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”.

Como se puede advertir, la disposición citada está dirigida a **facilitar** la contratación de servicios publicitarios que presten, de manera directa, aquellos medios de comunicación previamente seleccionados para difundir un contenido determinado a un público objetivo. En tal medida, aquellos servicios de publicidad que no sean prestados directamente por un medio de comunicación, no se encontrarán comprendidos dentro de los alcances del referido supuesto de contratación directa.

- 2.1.7. Dicho esto, en concordancia con lo señalado en el numeral 2.1.5 de la presente opinión, la normativa de contrataciones permite que manifestaciones de voluntad del postor, tales como la presentación de la oferta o la suscripción del contrato sean realizadas a través de representantes; siendo ello posible incluso en una contratación directa. No obstante, en el caso particular de la contratación directa del servicio de publicidad estatal, la Entidad también deberá asegurarse de cumplir con las condiciones que, según el reglamento, permiten su empleo, esto es, deberá contratar aquellos servicios prestados directamente por el medio de comunicación.

Bajo esta consideración, no será posible emplear la contratación directa para contratar servicios de publicidad, cuando el intermediario sea quien asuma las obligaciones del contrato. En dicho caso, el intermediario no estaría representando al medio de comunicación, sino –al estar obligado a cumplir con el servicio– estaría asumiendo el rol de parte en el contrato. En esa línea, cabe advertir, que no es admisible que bajo una aparente representación se encubra una situación en la que se busque eludir el cumplimiento del requisito exigido por la normativa de contrataciones del Estado para el empleo de la contratación directa de servicios de publicidad.

Para finalizar, debe señalarse que, de conformidad con lo expresado en la Opinión 167-2017/DTN, 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).

- 2.2. ***“(...) De ser positiva su respuesta, adicionalmente se consulta ¿cuál es el procedimiento o formalidades que debe emplear una agencia publicitaria, empresa u otro, para ser considerada como representante de un medio de comunicación radial, y pueda participar en una contratación directa por servicios de publicidad del Estado?” (sic)***

De conformidad con lo señalado al absolver la consulta anterior, las bases del procedimiento de contratación directa, deberán establecer el modo en que debe acreditarse la facultad de representación. Para ello, podrían emplear los criterios establecidos en las bases estándar establecidos para otros procedimientos de selección.

En este extremo, resulta pertinente reiterar que la representación no conlleva a asumir las obligaciones derivadas del contrato.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. La normativa de contrataciones permite que manifestaciones de voluntad, tales como la presentación de la oferta o la suscripción del contrato, sean expresadas por el proveedor a través de representantes; no obstante, dicha representación debe ser acreditada.
- 3.2. En las contrataciones directas (procedimiento que debe ser empleado de manera excepcional), cuando las entidades exijan la presentación de documentos que acrediten la representación de quien suscribe la oferta; deberán también precisar cuál es el modo en que debe realizarse dicha acreditación. Respecto de la suscripción del contrato, de conformidad con lo señalado en el artículo 117 del reglamento, quien lo suscribe tendrá que presentar aquel documento que acredite que cuenta con las facultades para hacerlo; las bases del procedimiento de contratación directa se encargarán de precisar el modo en que podrá realizarse dicha acreditación.
- 3.3. En el caso particular de la contratación directa del servicio de publicidad estatal, la Entidad deberá asegurarse de cumplir con las condiciones que, según el reglamento, permiten su empleo, esto es, deberá contratar aquellos servicios prestados directamente por el medio de comunicación. Bajo esta consideración, no será posible emplear la contratación directa para contratar servicios de publicidad, cuando el intermediario sea quien asuma las obligaciones del contrato, pues en dicho caso, el intermediario no está representando al medio de comunicación, sino que está asumiendo el rol de parte en el contrato

Jesús María, 23 de abril de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC.