

OPINIÓN N° 067-2022/DTN

Solicitante: Provías Descentralizado

Asunto: Modificación del contrato de consorcio

Referencia: Formulario S/N de fecha 20.JUL.2022 – Consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Jefa de la Oficina de Administración de Provías Descentralizado, señora (ita) Karla Elena del Milagro Seminario Meléndez, consulta sobre la posibilidad de modificar el contrato de consorcio para cambiar al operador tributario durante la etapa de ejecución contractual.

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°1444¹.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF y sus modificatorias².

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

¹ Vigente a partir del 30 de enero de 2019.

² 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.

2.1 ***“Ante la existencia de un contrato suscrito entre la Entidad y un consorcio, integrado por dos empresas, siendo una de ellas una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada disuelta con posterioridad al cumplimiento de sus prestaciones, por el fallecimiento de su Titular, y sobre la cual recae la función de operador tributario del mencionado consorcio, ¿resulta posible legalmente llevar a cabo el cambio de operador tributario que recaía en el citado consorciado para operativizar el pago correspondiente, teniendo en cuenta que el servicio se brindó por el contratista?, o de no ser factible legalmente el cambio de operador ¿cuál sería el mecanismo para realizar dicho pago?”*** (Sic).

2.1.1 De forma previa corresponde mencionar que, conforme lo señalado en los antecedentes de la presente opinión, las consultas que absuelve el OSCE 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.

En ese sentido, este Organismo Técnico Especializado no puede determinar las acciones administrativas que una Entidad debe realizar en la gestión de sus contratos ante determinadas circunstancias tales como el fallecimiento de uno de los integrantes del consorcio responsable de la ejecución de las prestaciones contratadas, pues ello excede la habilitación establecida en el literal o) del artículo 52 de la Ley.

No obstante, en el presente documento se desarrollarán alcances generales respecto de la modificación al contrato de consorcio en el marco de la normativa de contrataciones del Estado³.

2.1.2 En el marco de las contrataciones con el Estado, los proveedores de bienes, servicios y obras pueden participar de los procesos de selección de manera individual o agrupados en consorcio.

Respecto de la participación en consorcio, el numeral 13.1 del artículo 13 de la Ley, establece que dicha participación en los procesos de contratación se realiza con la finalidad de que los proveedores complementen sus calificaciones y ejecuten conjuntamente el contrato⁴.

De ello se advierte que la participación en consorcio procura que los proveedores agrupados complementen sus capacidades con el fin de tener mejores oportunidades en los procedimientos de selección convocados por las Entidades, así como mejores oportunidades para la ejecución del contrato; de ahí que el Reglamento defina al consorcio como *“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”*.

³ La normativa de contrataciones del Estado está compuesta por la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y las Directivas emitidas por el OSCE.

⁴ Cabe señalar que el referido artículo prevé que no es posible la participación en consorcio en los procedimientos que tengan por objeto implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

Cabe precisar que, en virtud de su naturaleza asociativa, la participación de los proveedores agrupados en consorcio no implica la creación de una persona jurídica distinta a la de sus miembros, es decir, la conformación del consorcio no supone la creación de un ente que tenga una existencia autónoma respecto de las personas que la conforman. De esta manera cuando se celebra un contrato público con proveedores agrupados en consorcio, todos y cada uno de estos tiene la calidad de contratista, y, en consecuencia, asumen los derechos y obligaciones que emanan del contrato⁵.

2.1.3 Ahora bien, la participación de los proveedores agrupados en consorcio en los procesos de contratación realizados por las Entidades es regulada por la Directiva N°005-2019-OSCE/CD⁶ (en adelante, la “Directiva”).

Este dispositivo normativo, en su numeral 1) del acápite 7.4.2, establece que para la participación del consorcio en los procedimientos de selección, este debe presentar en su oferta, la promesa de consorcio con firmas legalizadas; precisando que dicha promesa debe contener necesariamente la siguiente información: **i)** la identificación de los integrantes del consorcio; **ii)** la designación del representante común del consorcio; **iii)** el domicilio común del consorcio; **iv)** las obligaciones que corresponden a cada uno de los integrantes del consorcio; y, **v)** el porcentaje de las obligaciones de cada integrante.

Asimismo, la Directiva dispone que, si el consorcio resulta ganador de la buena pro, de manera previa al perfeccionamiento del contrato con la Entidad, deberá perfeccionar la promesa de consorcio, mediante la suscripción del contrato de consorcio, el cual debe cumplir con los requisitos que se detallan a continuación:

- “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”⁷.*

De lo expuesto se aprecia que, la promesa de consorcio adquiere especial relevancia para el perfeccionamiento del contrato con la Entidad, pues la información mínima de su contenido, prevista en el numeral 1) del acápite 7.4.2. de la Directiva, deberá ser parte del contrato de consorcio

⁵ De conformidad con el criterio contenido en la opinión N°04-2021/DTN

⁶ Aprobada mediante Resolución N°017-2019-OSCE/PRE, publicada en el Diario oficial El Peruano el 29 de enero de 2019.

⁷ Cabe señalar que adicionalmente en el contrato de consorcio puede incluirse información que tenga por 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.

Ahora bien, es necesario anotar que la Directiva dispone que la información contenida en la promesa del consorcio concerniente a: i) la identificación de los integrantes del consorcio; ii) las obligaciones que corresponden a cada uno de los integrantes del consorcio; y, iii) al porcentaje de las obligaciones de cada integrante, no puede ser modificada con ocasión de la suscripción del contrato de consorcio, ni durante la etapa de ejecución contractual.

En ese orden de ideas, en la medida que el contrato de consorcio recoge en su contenido la información mínima de la promesa de consorcio que establece la Directiva, la prohibición de la modificación de dicha información también resulta aplicable a dicho contrato. Por tanto, **la información del contrato de consorcio que no puede ser modificada –con ocasión de su suscripción, ni durante la ejecución del contrato suscrito con la Entidad– es aquella 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 integrante.**

2.1.4 Realizadas las precisiones anteriores, a propósito de la consulta formulada corresponde señalar que los contratos celebrados al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, implican la ejecución de prestaciones recíprocas; en ese contexto, el proveedor seleccionado para el aprovisionamiento de bienes, servicio y obras, se encuentra obligado a ejecutar las prestaciones pactadas en el contrato a favor de la Entidad; mientras que esta última se compromete a pagar al contratista la contraprestación acordada por la ejecución de sus prestaciones. Sobre el particular, Roberto Dromi⁸ indica que un principio fundamental que rige el precio contractual en los contratos administrativos es el de intangibilidad, que supone que este debería ser pagado, en el lugar, tiempo, forma y bajo las condiciones que hayan sido fijadas por las partes en el contrato o por acuerdo posterior

De ello se advierte que la normativa de contrataciones del Estado, además de velar por el interés público que subyace a toda contratación, reconoce el interés particular del proveedor de obtener una retribución económica por la ejecución de las prestaciones que se encuentran a su cargo.

En ese orden de ideas, y a fin de garantizar el cumplimiento oportuno de la contraprestación a cargo de la Entidad contratante, así como salvaguardar el principio de intangibilidad del pago, el numeral 7.7 de la Directiva que regula la participación en consorcio de los proveedores, exige que en el contrato de consorcio –además de la información mínima de la promesa de consorcio– se identifique al integrante del consorcio a quien se efectuará el pago y emitirá la respectiva factura o, en caso de llevar contabilidad independiente, se señale el Registro Único de Contribuyentes (RUC) del consorcio.

De ello se advierte que en aquellos contratos de consorcio que carecen de contabilidad independiente, la designación del integrante que recibirá el pago por la ejecución de las prestaciones y, en consecuencia, emitirá la factura correspondiente, constituye una actividad de gestión necesaria que permite el

⁸ DROMI, Roberto. (2004) “*Derecho Administrativo*”. Tomo I. Décima Edición Actualizada. Buenos Aires: Ciudad Argentina. p.545.

correcto cumplimiento de la contraprestación asumida por la Entidad, y, en consecuencia, la satisfacción del interés particular perseguido por el proveedor. Dicha actividad, de acuerdo con lo establecido en la Directiva, es requerida con ocasión de la suscripción del contrato de consorcio, es decir, con posterioridad a la presentación de las ofertas en cuyo contenido obra la promesa de consorcio.

En ese sentido, en los contratos de consorcio sin contabilidad independiente, la información referida a la identificación del integrante del consorcio a quien se efectuará el pago, en principio, no formaría parte de la información inmodificable del contrato de consorcio; por tanto, podría ser objeto de variación durante la ejecución contractual previo acuerdo de los integrantes del consorcio, y siempre que no implique la modificación de la información 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 integrante⁹, aspecto que deberá ser analizado y verificado por cada Entidad contratante.

3. CONCLUSIÓN

- 3.1** En los contratos de consorcio sin contabilidad independiente, la información referida a la identificación del integrante del consorcio a quien se efectuará el pago, en principio, no formaría parte de la información inmodificable del contrato de consorcio; por tanto, podría ser objeto de variación durante la ejecución contractual previo acuerdo de los integrantes del consorcio, y siempre que no implique la modificación de la información 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 integrante, aspecto que deberá ser analizado y verificado por cada Entidad contratante.

Jesús María, 19 de agosto de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

ZCH/bdh

⁹ Cabe precisar que la Directiva prevé que las obligaciones asumidas por los consorciados pueden –o no– estar vinculadas directamente al objeto de la contratación.