

OPINIÓN N° 080-2023/DTN

Solicitante: Oficina de Normalización Previsional- ONP

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

Referencia: Formato S/N de fecha 11.JUL.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Pedro Humberto León Nieto, Director General de la Oficina de Administración de la Oficina de Normalización Previsional- ONP, formula diversas consultas referidas a las disposiciones generales sobre el contenido de la proforma del contrato que integra las bases estándar, en el marco de lo dispuesto 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 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 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. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225, modificada por Decreto Legislativo N°1444 (en adelante, la “Ley”).
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF (en adelante, el “Reglamento”).

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. “SI LA ENTIDAD O EL COMITÉ DE SELECCIÓN PUEDEN REALIZAR PRECISIONES A LA CLÁUSULA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ESTABLECIDA EN LA PROFORMA DEL CONTRATO AL MOMENTO DE ELABORAR LAS BASES DEL PROCESO DE SELECCIÓN, SEÑALANDO EN DICHA OPORTUNIDAD SI ES UN ARBITRAJE AD HOC O INSTITUCIONAL -EN LOS CASOS QUE CORRESPONDA-, LA CANTIDAD DE ÁRBITROS, Y/O LAS INSTITUCIONES ARBITRALES DENTRO DE LAS CUALES SE ELEGIRÍA LA**

INSTITUCIÓN A LAS QUE SE SOMETERÁN AMBAS PARTES?*

- 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 y, conjuntamente con su Reglamento y **las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE, constituye la normativa de contrataciones del Estado**.

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

- 2.1.2. Efectuadas las precisiones anteriores, corresponde anotar que las Directivas emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE⁴ forman parte integrante de la normativa en mención, razón por la cual, los operadores de la contratación pública también deben observar las disposiciones contenidas en ellas.

Así, en atención al tenor de la consulta planteada, resulta importante contemplar lo dispuesto en la Directiva N° 001-2019-OSCE/CD (en adelante, la “Directiva”), la cual 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 elaborar los documentos del procedimiento de selección correspondiente, 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 se encarga de: “*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, 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 la normativa⁸, y una **sección específica**, la cual comprende –además de los formatos y anexos, como **la proforma del contrato**– las condiciones particulares del procedimiento de selección. En esta última, corresponde a **cada Entidad consignar la información relativa al objeto de la convocatoria, conforme a lo establecido en el numeral 7.2 de la Directiva.**

2.1.3. Ahora bien, respecto a la sección específica de los documentos estándar aprobados por el OSCE, se advierte que cada Entidad debe incluir en ella **la información correspondiente al objeto de la convocatoria, a su naturaleza y complejidad, y a las condiciones particulares que se hayan requerido para su contratación;** para dicho efecto, tales documentos estándar incorporan notas denominadas “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 de la sección específica de los documentos estándar del 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 la cual se establecen los términos y condiciones del contrato a suscribirse, tales como los referidos en la cláusula de solución de controversias, entre otros.

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 particularidades del requerimiento, **puediendo incluso incluir en dicha proforma cláusulas adicionales¹⁰ o la adecuación de aquellas que se encuentran preestablecidas, siempre que las disposiciones a ser incorporadas no resulten contrarias a la normativa**

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 subrayado 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 En concordancia con lo dispuesto en el numeral 7.3 de la Directiva N° 001-2019-OSCE/CD, aprobada por Resolución N°013-2019-OSCE/PRE, el cual establece expresamente que “*En el caso de la sección específica, ésta debe ser modificada mediante la incorporación de la información que corresponde a la contratación en particular, según las instrucciones previstas en dicha sección. **Respecto de la proforma del contrato puede incluirse cláusulas adicionales a las previstas o adecuar las que se encuentran propuestas en dicha proforma, dependiente del objeto del contrato, siempre que dichas incorporaciones o adecuaciones no resulten contrarias a la normativa de contrataciones del Estado**”.* (El énfasis es agregado).

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 cual guarda coherencia con el principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 51 de la Constitución, el cual 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 al momento de elaborar los documentos del procedimiento de selección, que incluye la proforma del contrato, **la Entidad puede plantear en ésta los términos y condiciones aplicables** a la solución de controversias de la ejecución contractual, según corresponda al objeto de la contratación y a las particularidades propias del requerimiento de la Entidad, siempre que las disposiciones a ser incorporadas en la cláusula de solución de controversias -como por ejemplo, las referidas al procedimiento de arbitraje, a su tipo, cantidad de árbitros y/o a las instituciones arbitrales, entre otras- no contravengan lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado¹¹.

- 2.2. ***“EN CASO SEA NEGATIVA LA RESPUESTA, CONSIDERANDO QUE EL ARTÍCULO 225 DEL REGLAMENTO DE LA LEY N°30225, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO HACE REFERENCIA A QUE LAS PARTES PUEDAN PACTAR LOS TÉRMINOS DEL CONVENIO ARBITRAL (ESTABLECIENDO EL TIPO DE ARBITRAJE AD HOC O INSTITUCIONAL), INDICAR SI ESTÁS PRECISIONES DEBERÁN SER EFECTUADAS AL MOMENTO DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO, PERMITIENDO INCLUSIVE CONSIGNAR EN LA CLÁUSULA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONDICIONES ADICIONALES A LAS CUALES SE SUJETARÁN AMBAS PARTES”***. (Sic).

- 2.2.1. Sobre el particular, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado establece, en los artículos 45 de la Ley y 225 del Reglamento, las disposiciones generales que deben observarse para someter a arbitraje las discrepancias derivadas de la fase de ejecución contractual.

Al respecto, el numeral 45.1 del referido dispositivo dispone que puede recurrirse al arbitraje institucional por acuerdo entre las partes, y al arbitraje ad hoc solo en los supuestos excepcionales que se encuentren previstos en el reglamento; por su parte, el numeral 225.3 del artículo 225 del Reglamento dispone lo siguiente: *“Las partes pueden recurrir al arbitraje ad hoc cuando las controversias deriven de procedimientos de selección cuyo valor estimado o valor referencial, según sea el caso, sea menor o igual a cinco millones y 00/100 soles (S/ 5 000 000,00)”*. (El subrayado es agregado).

Como se advierte, conforme a lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado, es posible establecer el sometimiento de las controversias a arbitraje ad hoc, siempre que aquellas correspondan a contratos derivados de procedimientos de selección con valor estimado o referencial inferior o igual a cinco millones de soles (S/ 5 000 000,00); no obstante ello, debe precisarse que en caso las partes no lo hayan pactado expresamente en el convenio arbitral, dichas controversias podrán ser sometidas a un arbitraje institucional, conforme a lo establecido en los artículos 225 y 226¹² del Reglamento.

¹¹ Sin perjuicio de lo establecido en el numeral 226.3 del artículo 226 del Reglamento, en virtud del cual, durante la ejecución contractual, *“Las partes pueden establecer estipulaciones adicionales o modificatorias del convenio arbitral, en la medida que no contravengan las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado”*. (El subrayado es agregado).

¹² De conformidad con lo dispuesto en el literal d) del numeral 226.2 del artículo 226 del Reglamento, el arbitraje es iniciado ante cualquier institución arbitral “Cuando en el convenio arbitral no se haya

- 2.2.2. Precisado lo anterior, debe anotarse que en atención al tenor de la consulta planteada, el numeral 226.3 del artículo 226 del Reglamento establece que “Las partes pueden establecer estipulaciones adicionales o modificatorias del convenio arbitral, en la medida que no contravengan las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado” (El subrayado es agregado).

En ese contexto, se advierte que conforme a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, es posible establecer estipulaciones adicionales o modificatorias del convenio arbitral, en la medida que éstas no vulneren las disposiciones de la normativa en mención; así, tales estipulaciones pueden ser incorporadas por la Entidad -conforme a lo señalado al absolver la primera consulta- al elaborar las bases del procedimiento de selección, y durante la ejecución contractual según lo hayan determinado las partes, quienes incluso podrían establecer dicha incorporación con ocasión del perfeccionamiento del contrato, de considerarlo pertinente¹³.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 Al momento de elaborar los documentos del procedimiento de selección, que incluye la proforma del contrato, la Entidad puede plantear en ésta los términos y condiciones aplicables a la solución de controversias de la ejecución contractual, según corresponda al objeto de la contratación y a las particularidades propias del requerimiento de la Entidad, siempre que las disposiciones a ser incorporadas en la cláusula de solución de controversias -como por ejemplo, la referidas al procedimiento de arbitraje, a su tipo, cantidad de árbitros y/o a las instituciones arbitrales, entre otras- no contravengan lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado.
- 3.2. Conforme a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, es posible establecer estipulaciones adicionales o modificatorias del convenio arbitral, en la medida que éstas no vulneren las disposiciones de la normativa en mención; así, tales estipulaciones pueden ser incorporadas por la Entidad -conforme a lo señalado al absolver la primera consulta- al elaborar las bases del procedimiento de selección, y durante la ejecución contractual según lo hayan determinado las partes, quienes incluso podrían establecer dicha incorporación con ocasión del perfeccionamiento del contrato, de considerarlo pertinente.

Jesús María, 10 de agosto de 2023

CARLA GABRIELA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

LAA/mga.

precisado el tipo de arbitraje”.

¹³ Decisión que, además de sustentarse en lo dispuesto en el numeral 7.3 de la Directiva N° 001-2019-OSCE/CD, y en el numeral 226.3 del artículo 226 del Reglamento, resulta coherente con el Principio de Eficacia y Eficiencia que contempla el artículo 2 de la Ley.