

OPINIÓN N° 094-2023/DTN

Solicitante: Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - SUNAFIL
Asunto: Acondicionamiento en arrendamiento de bienes inmuebles
Referencia: Formulario S/N de fecha 10.AGO.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la señora (ita) Rosa Elena Gonzáles Marchena, Jefa de la Oficina de Administración de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL, formula consultas referidas al acondicionamiento en los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles y a la participación en consorcio en dichos contratos, 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. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y sus modificatorias (en adelante, la “Ley”).

¹ En atención a la competencia conferida a esta Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por el solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N°3 del TUPA del OSCE “Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que las consultas N°02, N°04, N°05, N°06 y N° 07, además de no encontrarse vinculadas a las consultas N°01 y N°03, no han sido planteadas en términos genéricos ni están referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sino que busca que este Organismo Técnico Especializado determine si cada supuesto específico planteado en tales consultas constituye un vicio que habilita a la Entidad a declarar la nulidad del contrato conforme a lo establecido en el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley, situación que corresponde ser determinada por cada Entidad conforme a las particularidades del caso materia de análisis. Por tal motivo, dichas consultas no serán absueltas en la presente opinión, pues excede las facultades conferidas a este Organismo Técnico Especializado a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.

- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF considerando sus posterior modificatorias (en adelante, el “Reglamento”).

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “En el marco de la ley y el Reglamento, ¿Cuál es el alcance normativo de la definición “Primer Acondicionamiento” para la contratación de las prestaciones a través de la contratación directa para arrendamiento de inmueble?, existen restricciones de contrataciones que no constituirían primer acondicionamiento.”

2.1.1. En principio, es necesario indicar que de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley, el área usuaria es la responsable de elaborar el requerimiento de los bienes, servicios u obras que la Entidad necesita para el cumplimiento de sus funciones.

Para tales efectos, dicha dependencia debe formular de manera objetiva y precisa las Especificaciones Técnicas, los Términos de Referencia, o el Expediente Técnico de Obra, proporcionando acceso al proceso de contratación en condiciones de igualdad, y evitando la creación de obstáculos y direccionamiento que perjudiquen la competencia en el referido proceso².

Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el numeral 29.1 del artículo 29 del Reglamento, las Especificaciones Técnicas, los Términos de Referencia o el Expediente Técnico de Obra, elaborados por el área usuaria, **contienen la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales para cumplir la finalidad de la contratación; así como, las condiciones en las que dicha contratación se ejecuta**, las cuales, están referidas a las consideraciones bajo las cuales se debe ejecutar las prestaciones que son objeto de la contratación, tales como la forma, el lugar y plazo de ejecución entre otras que resulten pertinentes para su correcta ejecución³.

Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado establece que las Especificaciones Técnicas, los Términos de Referencia o el Expediente Técnico de Obra que integran el requerimiento, deben definir de manera objetiva y precisa las características y/o requisitos funcionales de las prestaciones que son objeto de la contratación, así como a las condiciones bajo las cuales deben ejecutarse a fin de cumplir la finalidad pública que subyace a la contratación.

2.1.2. Precisado lo anterior, es oportuno indicar que la normativa de contrataciones del Estado contempla un listado de supuestos en los cuales, de manera excepcional, por motivos coyunturales, económicos o de mercado, las Entidades Públicas pueden contratar directamente con un determinado proveedor, sin la necesidad de realizar un procedimiento de selección de naturaleza competitiva. Dichos supuestos se encuentran previstos en el artículo 27 de la Ley y constituyen las causales que habilitan la contratación de bienes, servicios y obras mediante el procedimiento de Contratación Directa.

² Cabe precisar que además de contener las Especificaciones Técnicas, Términos de Referencia, Expediente Técnico de obra, el requerimiento debe justificar la finalidad pública de la contratación e incluir los requisitos de calificación que se consideren necesarios de acuerdo con el objeto de la contratación.

³ De conformidad con el criterio contenido en la Opinión N°035-2022/DTN.

Entre estas casuales se encuentra la establecida en el literal j) del numeral 27.1 del artículo 27 de la Ley, en virtud de la cual la Entidad se encuentra habilitada a contratar directamente **el servicio de arrendamiento de bienes inmuebles, que puede incluir el primer acondicionamiento realizado por el arrendador para asegurar el uso del predio.**

Al respecto, el literal j) del artículo 100 del Reglamento establece que, para efectos del arrendamiento de bienes inmuebles, se entiende por acondicionamiento a “*la prestación destinada a habilitar un espacio físico, adecuando las dimensiones y disposición de sus espacios, así como la dotación de las instalaciones y equipamiento que posibiliten a la Entidad la adecuada realización de las funciones para las que requiere el inmueble*”.

De lo señalado se advierte que, el acondicionamiento en el marco de la normativa de contrataciones del Estado constituye una prestación que puede ser objeto de la contratación del servicio de arrendamiento de bienes inmuebles, y que está destinada a habilitar correctamente un espacio físico a fin de que la Entidad realice adecuadamente sus funciones institucionales, y de esta manera cumpla la finalidad pública que subyace a la contratación. Por tanto, cuando la Entidad decida incorporar dicha prestación en la contratación del servicio de arrendamiento de bienes inmuebles, las actividades, características y requisitos que dicho acondicionamiento conlleva, así como, las condiciones que determinan su ejecución deben encontrarse definidas de manera objetiva y precisa en el requerimiento formulado por el área usuaria de acuerdo con las necesidades de la Entidad.

2.2. “En el marco de la Ley y el reglamento, ¿resulta viable en un contrato de arrendamiento con primer acondicionamiento, que un consorciado no sea propietario del inmueble y cuya participación en el contrato de consorcio no incluya la actividad de arrendar?.”

2.2.1. De manera previa, cabe indicar que –conforme a 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 en términos genéricos y vinculadas entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos. En ese contexto, el OSCE no es competente para determinar la viabilidad de un contrato de arrendamiento de bien inmueble, pues ello excede la habilitación legal conferida a este despacho conforme al literal n) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de lo expuesto, a continuación se desarrollarán aspectos generales relacionados a la participación en consorcio en la contratación del servicio de arrendamiento de bienes inmuebles.

2.2.2. Realizada la precisión anterior, corresponde anotar que de conformidad con el numeral 13.1 del artículo 13 de la Ley en los procedimientos de selección “*pueden participar varios proveedores agrupados en consorcio con la finalidad de complementar sus calificaciones, independientemente del porcentaje de participación de cada integrante, según las exigencias de los documentos del procedimiento de selección y para ejecutar conjuntamente el contrato, con excepción de los procedimientos que tengan por objeto implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco (...)*”

Del precitado dispositivo normativo se advierte que dos o más proveedores pueden agruparse en consorcio para complementar sus capacidades y así tener mejores

oportunidades en los procedimientos de selección realizados por las Entidades, así como mejores condiciones para la ejecución del contrato.

Cabe precisar que el numeral 13.1 del artículo 13 de la Ley también señala que: *“En ningún caso, la participación en consorcio implica la obligación de crear una persona jurídica diferente”*.

Como se aprecia, la participación de “varios proveedores” agrupados en un consorcio no implica la creación de una persona jurídica diferente, es decir, la conformación del consorcio no significa la creación de un ente que tenga una existencia autónoma respecto de las personas que la conforman⁴. La falta de autonomía del consorcio respecto de las personas que lo conforman implica –entre otros aspectos– que cuando se celebra un contrato público con proveedores agrupados en consorcio, todos y cada uno de estos tenga la calidad de contratista dentro del contrato suscrito; ello significa que –en sentido estricto– son las personas naturales o jurídicas que integran el consorcio quienes detentan los derechos y obligaciones que emanen del contrato⁵.

- 2.2.3. Mencionado lo anterior, es pertinente señalar que la normativa de Contrataciones del Estado establece determinados requisitos y formalidades que deben cumplir todos los proveedores que deseen participar en consorcio en los procesos de contratación organizados por las Entidades. Así, de conformidad con el artículo 52 del Reglamento, los proveedores que participen agrupados en consorcio, durante el procedimiento de selección, deben presentar como parte integrante de su oferta la promesa formal de consorcio legalizada en la que se consigne –entre otros aspectos– las obligaciones a las que se compromete cada uno de los integrantes del consorcio, así como el porcentaje equivalente a dichas obligaciones.

En concordancia con ello, el numeral 7.4.2. de la Directiva N°005-2019-OSCE/CD establece que la promesa formal de consorcio – y en consecuencia el contrato de consorcio–, debe contener las obligaciones que corresponden a cada uno de los integrantes del consorcio; precisando que cuando el objeto de la contratación sea la provisión de bienes y servicios, cada integrante debe señalar las obligaciones a las que se compromete en la ejecución del objeto de la contratación, estén o no vinculadas directamente a dicho objeto; asimismo debe determinarse el porcentaje total respecto del contrato, de las obligaciones que corresponde de cada consorciado.

- 2.2.4. Ahora bien, respecto de la consulta formulada, cabe mencionar que la contratación del servicio de arrendamiento de bien inmueble puede implicar la ejecución de las siguientes prestaciones: i) el primer acondicionamiento realizado por el arrendador para asegurar el uso del bien, y ii) el arrendamiento como tal⁶.

En ese sentido, si en la contratación del precitado servicio, participan proveedores agrupados en consorcio, cada uno de los integrantes de dicho consorcio, puede comprometerse a ejecutar cualquiera de las prestaciones que forman parte del objeto de la contratación⁷. Cabe precisar que el proveedor que se comprometa a ejecutar la prestación referida al arrendamiento como tal, debe contar con la capacidad legal

⁴ Lo señalado concuerda con lo establecido en el artículo 78 del Código Civil.

⁵ De acuerdo con el criterio contenido en la Opinión N°04-2021/DTN.

⁶ En virtud de esta prestación el contratista se obliga a ceder temporalmente a la Entidad arrendataria el uso de un bien inmueble a cambio de una renta predeterminada.

⁷ Incluso podrían encontrarse obligados a realizar actividades que no están vinculados directamente al objeto de la contratación tales como aspectos administrativos, económicos, financieros, entre otros.

suficiente para ejecutar dicha prestación; es decir deberá acreditar la propiedad del bien inmueble, o que cuenta con los poderes o facultades legales que le permitan disponer del bien inmueble.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 El acondicionamiento en el marco de la normativa de contrataciones del Estado constituye una prestación que puede ser objeto de la contratación del servicio de arrendamiento de bienes inmuebles, y que está destinada a habilitar correctamente un espacio físico a fin de que la Entidad realice adecuadamente sus funciones institucionales, y de esta manera cumpla la finalidad pública que subyace a la contratación. Por tanto, cuando la Entidad decida incorporar dicha prestación en la contratación del servicio de arrendamiento de bienes inmuebles, las actividades, características y requisitos que dicho acondicionamiento conlleva, así como, las condiciones que determinan su ejecución deben encontrarse definidas de manera objetiva y precisa en el requerimiento formulado por el área usuaria de acuerdo con las necesidades de la Entidad.
- 3.2. Si en la contratación del servicio de arrendamiento de bien inmueble, participan proveedores agrupados en consorcio, cada uno de los integrantes de dicho consorcio, puede comprometerse a ejecutar cualquiera de las prestaciones que forman parte del objeto de la contratación. Cabe precisar que el proveedor que se comprometa a ejecutar la prestación referida al arrendamiento como tal, debe contar con la capacidad legal suficiente para ejecutar dicha prestación; es decir deberá acreditar la propiedad del bien inmueble, o que cuenta con los poderes o facultades legales que le permitan disponer del bien inmueble.

Jesús María, 6 de septiembre de 2023



Firmado digitalmente por SEMINARIO
ZAVALA Patricia Mercedes FAU
20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 07.09.2023 09:36:15 -05:00

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

ZCH.