

Lima, 16 de abril de 2024.

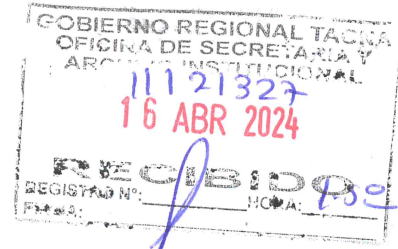
Carta N°003-2024/ARO/IEAMG-TACNA

Señores:

**GOBIERNO REGIONAL DE TACNA**

Av. Manuel A. Odría N°1245

Tacna. -



Af.: Ing. Jaime Carpio Camacho  
**Gerente General Regional**

Asunto: Absuelve traslado sobre hito de control

Ref.: a) Carta N°087-2024-GGR/GOB.REG.TACNA  
b) LP N°01-2024-GOB.REG.TACNA

Obra: "MEJORAMIENTO DEL SERVICIO DE EDUCACION PRIMARIA EN LA I.E. 42020 ALMIRANTE MIGUEL GRAU TACNA DEL DISTRITO DE TACNA - PROVINCIA DE TACNA DEL DEPARTAMENTO DE TACNA"



De nuestra consideración:

En atención a la Carta en referencia a), nuestra empresa, como Postor ganador de la Buena Pro correspondiente al procedimiento de selección de la Licitación Pública en ref., decimos:

1° Que, partiendo del análisis, es menester revisar el criterio e interpretación que se expresan sobre los siguientes principios mencionados en el artículo 2 de la Ley de Contrataciones del Estado - LCE:

- **Transparencia:** el cual refiere, como es claramente citado en el Informe, que la información debe ser clara y coherente para que todas las etapas de contratación sean comprendidas por los proveedores, hecho que, se ha dado en la totalidad del procedimiento de selección.
- **Publicidad:** refiera a que el objeto de la publicidad es de difundir el proceso de contratación para promover la libre concurrencia y competencia, habiéndose, como se sabe, llegando a la última etapa (firma del contrato) sin problemas de acceso alguno.

Como sabrá, las observaciones consignadas en el Hito de Control, tenor de su Informe, derivan de la ausencia de ciertos documentos técnicos, integrantes del Expediente Técnico, siendo la mención de los principios cuestionados, fuera de tópico para el presente procedimiento administrativo.

2° Ahora bien, sobre lo siguiente, citamos: "cualquier actuación que impida a los potenciales postores conocer la totalidad de la información del expediente técnico (...) repercutirá necesariamente en la formulación de sus respectivas ofertas" - folio 3 de la carta en referencia.

ARO CONSTRUCTORA Y MINEROS E.I.R.L.  
Oscar Angulo Ríos  
Titular Gerente

Partiendo de tal premisa, debemos aterrizar nuevamente que las observaciones por parte del Órgano de Control Interno señalan **que el Expediente Técnico publicado en el SEACE está incompleto**. Pues bien, tal hecho no afecta en ningún extremo a las ofertas de los Postores toda vez que la oferta es el monto postulado por cada participante del procedimiento de selección en aras de ser adjudicado finalmente con la buena pro. Y es que, en este caso, estos documentos no afectan directa ni indirectamente el monto a ofertar ni mucho menos.

Siguiendo la línea, en caso estas observaciones sean tomadas y se aplique la nulidad del presente procedimiento, **la declaración de nulidad SÍ estaría contraviniendo el principio de Eficacia y Eficiencia y consecuentemente el de legalidad**, ambos consignados en el literal f) del artículo 2 de la LCE por lo siguiente:

La razonabilidad de declarar nulo un procedimiento de selección en la etapa que se encuentra (PREVIO A LA FIRMA DE CONTRATO), momento donde el postor, séase nuestra empresa, como cualquier otra, ya se encuentra comprometida, tanto con los profesionales que se desempeñarán en sus puestos de especialistas, proveedores de materiales y demás actores principales de Obra; con el fundamento de la ausencia de algunos documentos integrantes del Expediente Técnico nos traería como conclusión **que las decisiones tomadas en el procedimiento de contratación, en razón de priorizar formalidades no esenciales (en el momento que nos encontramos), no se orientan al cumplimiento de los fines y objetivos de la Entidad**.

Hacemos hincapié en "*formalidades no esenciales para el momento*" en razón de lo dispuesto por el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual expresa en el literal d) de su numeral 176.1 que, para el inicio del Plazo de Obra, **la Entidad debe haber hecho entrega del Expediente Técnico de Obra completo**.

Es entonces que, cuestionamos: si fuere el caso de que el expediente técnico se encontrara incompleto, luego de haberse firmado el Contrato, dicha circunstancia SE ENCUENTRA EXPRESADA EN LA NORMA que rige las Contrataciones Públicas: ¿Con qué razonabilidad o criterio se estaría buscando declarar nulo el procedimiento de selección materia de las seguidas comunicaciones por encontrarse incompleto el Expediente Técnico aludiendo que tal hecho afecta a la OFERTA ECONÓMICA?

Y es, además de que la misma norma contemple tal situación que, en los numerales 176.4 y 176.6 del mismo artículo, se le otorgan herramientas y medios, tanto al Contratista como a la Supervisión para subsanar la documentación necesaria para el inicio de ejecución de Obra, entre ellos el **Expediente Técnico completo**.

3º Sobre el Informe de **Hito de Control N°033-2024-OCI/5352-SCC**, que se encuentra adjunto a su Carta en comento y que le sirve de motivación, decimos:

Que, como señala la Lic. Yasmani Ticona Chambilla, no se han registrado los siguientes documentos: "Memoria descriptiva de instalaciones eléctricas", "Planos de rutas de evacuación" y "Planos de Telecomunicaciones P2", instrumentos que, al contrario de lo desarrollado en dicho Informe, no resultan indispensables para la formulación de la Oferta económica, ello en razón de lo siguiente:

- **Sobre Memoria Descriptiva de Instalaciones Eléctricas**

Como sabemos, una memoria descriptiva es "*un conjunto de información descriptiva que identifica un proyecto*" – definición expedida por el SEACE. En ningún extremo, la ausencia de este instrumento, afecta al cálculo de la oferta económica de ningún

posterior en el procedimiento de selección toda vez que recién resulta crucial la obtención de ésta en la ejecución contractual, siendo ésta, la etapa (o procedimiento administrativo) posterior al procedimiento de selección. Asimismo, la memoria descriptiva puede ser requerida mediante Consulta, de acuerdo al procedimiento señalado por el artículo 193 del RLCE o Revisión de Expediente Técnico, contemplado en el artículo 177 del citado Reglamento, dentro de la ejecución de la Obra. Sin perjuicio de ello, se pudo calcular las partidas referentes a las Instalaciones Eléctricas al estar estas consignadas en el presupuesto mediante: Partidas 05.01 INSTALACIONES ELÉCTRICAS y ELECTROMECAÑICAS, folios 00037 al 00040 del Exp. Técnico, pudieron cuantificarse sin problema alguno.

- **Sobre el Plano de Rutas de Evacuación**

Resulta por menos llamativo el alegar que la falta de inclusión de un Plano de Rutas de Evacuación afecte por algún lado la Oferta Económica de los Postores. Un plano de Rutas de Evacuación es un instrumento donde figuran las salidas del predio donde se encontrará desarrollando la Obra en caso se produzca un siniestro, siendo entonces un documento claramente indispensable **EN LA EJECUCIÓN**, siendo irrelevante para la formulación de una Oferta económica. De igual forma que en el caso anterior, estos Planos pueden ser a su vez requeridos mediante Consulta (artículo 193 del RLCE) o en el momento de Revisión de Expediente Técnico (artículo 177 del RLCE) dentro de la ejecución de la Obra. Sin perjuicio de ello, se pudo calcular las partidas referentes a las Rutas de Evacuación al estar estas consignadas en el presupuesto mediante: Partida 01.03.02.13 SEÑALIZACIÓN Y EVACUACIÓN, folio 00026 del Exp. Técnico, pudiendo cuantificarse sin problema alguno.

- **Sobre el Planos de Telecomunicaciones P2**

Ciertamente, en donde correspondería que se encuentren los Planos de Telecomunicaciones, se encuentran los Planos de Estructuras. Tal deficiencia en el expediente puede ser aclarada mediante Consulta (artículo 193 del RLCE) o Revisión de Expediente Técnico (artículo 177 del RLCE) dentro de la ejecución de la Obra.

Sin perjuicio del error formal, también sostenemos que la omisión de los Planos de Telecomunicaciones no constituye una afectación del cálculo de la Oferta Económica para ninguno de los Postores, toda vez que el documento no resulta necesario para formularla, sino recién resulta crucial al momento de ejecución de Obra.

Como es de apreciarse, la afirmación del Informe de OCI donde señala que los documentos, antes mencionados y omitidos por la Entidad, resultan indispensables para la formulación de la Oferta Económica, no corresponde con la naturaleza técnica de dichos instrumentos, pues la información contenida en ellas no la hacen susceptibles de una cuantificación económica, conforme exponemos en el precedente.

Asimismo, es menester recalcar nuevamente que, la norma CONTEMPLA este supuesto, un Expediente Técnico incompleto o deficiente, por ello existen los artículos 176, 177 y 193 del RLCE, los cuales le confieren al Contratista la facultad tanto de solicitar los documentos faltantes, subsanación de estos para el inicio de la ejecución de Obra o en específico para el inicio de la partida que le corresponda, cuanto la observación del Expediente Técnico en su totalidad partiendo, claro está, de la debida diligencia, efectuando las acciones expuestas de manera oportuna en aras de no afectar el procedimiento constructivo ni el plazo de Obra consignado en los calendarios.

  
ARO CONSTRUCTORA Y  
MINEROS E.I.R.L.  
Oscar Angulo Rios  
Titular Gerente



Ahora bien, aunado a las razones expuestas, citamos el criterio legal que aplica al respecto la **Opinión N°198-2018/DTN**, la misma que dado su carácter vinculante a casos como el presente, sostiene:

*"3.1. Si un contratista consideraba que uno de los documentos que conformaban el Expediente Técnico contemplaba una partida con información inexacta, este podía formular una consulta; la misma que debía ser absuelta por el proyectista o la Entidad, según corresponda conforme a lo establecido en el artículo 196 del anterior reglamento; ello sin perjuicio de que, cuando dicho contratista fue participante -durante el proceso de selección- pudo formular consultas u observaciones." (el subrayado es nuestro)*

Es de apreciarse que, el Contratista, tiene la capacidad de formular consultas sobre inexactitudes del Expediente Técnico sin perjuicio de no haber formulado consultas u observaciones en el Procedimiento de Selección.

Como podrá validarse, tal Opinión tiene efectos vinculantes, aún amparándose en la anterior normativa toda vez que no se ha expedido a la fecha otra de la misma materia que reemplace o modifique el criterio, como menciona la **Opinión N°078-2021/DTN**. Así tenemos que de acuerdo a dicho dispositivo:

*"Si bien la normativa de contrataciones del Estado -vigente desde el 30 de enero de 2019- no establece de forma explícita que las opiniones emitidas por el OSCE tienen carácter vinculante, éstas deben ser observadas por los operadores de dicha normativa, al momento de su aplicación, toda vez que la emisión de las opiniones constituye el ejercicio de una competencia exclusiva, conferida por una ley especial, del Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública; en esa medida, corresponde observar los criterios vertidos en tales opiniones, incluyendo los referidos a la configuración del supuesto excluido previsto en el literal f) del artículo 5 de la Ley." (el subrayado es nuestro)*

Es en razón de la argumentación expuesta que dejamos en claro que lo observado por el OCI no configura vicios de nulidad sobre el procedimiento de selección que nos encontramos.

Es así que, sostenemos nuestra oferta **al considerar el Metrado y presupuesto idóneo para llevarse a cabo la ejecución de la Obra** materia de la Licitación Pública en referencia.

De acuerdo a ello, sírvase tener por absuelto el traslado conferido y proseguir con el procedimiento de firma de contrato, por tratarse de una obligación contemplada por el artículo 136 del citado Reglamento.

En complemento de la presente, anexamos los siguientes documentos:

- Impresión de la **Opinión N°198-2018/DTN**
- Impresión de la **Opinión N°078-2021/DTN**

Sin otro sobre el particular, nos suscribimos de Ud.

Atentamente,

  
ARO CONSTRUCTORA Y  
MINEROS E.I.R.L.  
Oscar Angulo Rios  
Titular Gerente



**OPINIÓN N° 198-2018/DTN**

Solicitante: Consejo Nacional de Magistratura

Asunto: Ejecución de partida con información incompleta en el Expediente Técnico

Referencia: Carta N° 000277-2018-PNE/CNM

---

**1. ANTECEDENTES**

Mediante el documento de la referencia, la Jefa del Proyecto Nuevo Local Institucional del Consejo Nacional de la Magistratura S.A.C formula una consulta relacionada con la obligación del contratista de ejecutar determinada partida que cuenta con información incompleta, en una obra convocada bajo el sistema a suma alzada.

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 o) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 (en adelante, la “Ley”), y la Tercera Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante, el “Reglamento”).

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

**2. CONSULTA Y ANÁLISIS**

De manera previa, corresponde señalar que con fecha 3 de abril de 2017 entraron en vigencia el Decreto Legislativo N° 1341 —*Decreto Legislativo que modifica la Ley*—, y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF —*Decreto Supremo que modifica el Reglamento*—, cuyas disposiciones rigen a partir de esa fecha; salvo para aquellos procedimientos de selección iniciados antes de esa fecha, los cuales se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria<sup>1</sup>.

En ese sentido, tomando en consideración que en el contenido del documento de la referencia se hace alusión al artículo 196 del anterior Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF” (en adelante, el “anterior Reglamento”); se advierte que la consulta planteada versa sobre la base de lo dispuesto en la anterior normativa de contrataciones del Estado, compuesta por el Decreto Legislativo N° 1017, que aprobó la anterior Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la “anterior Ley”), el anterior Reglamento y las demás disposiciones de carácter reglamentario emitidas por el OSCE,

---

<sup>1</sup> De acuerdo a lo establecido en la Disposición Complementaria Transitoria Única del Decreto Legislativo N° 1341.

vigentes hasta el 8 de enero de 2016; en razón de lo cual, el análisis de la presente Opinión se efectuará en el marco de dicha legislación.

Al respecto, la consulta formulada es la siguiente:

**2.1 “En una obra por el sistema de contratación de suma alzada es procedente solicitar al contratista la ejecución de la determinada partida que tiene información incompleta en los planos de obra”. (Sic.)**

2.1.1 Conforme a lo señalado en los antecedentes del presente documento, las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, motivo por el cual la presente opinión no versa sobre la ejecución de una partida perteneciente a un contrato en específico.

Aclarado ello, se debe señalar que el anterior reglamento definía al Expediente Técnico como “*El conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas<sup>2</sup>, planos de ejecución de obra, metrados<sup>3</sup>, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, Valor Referencial, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado<sup>4</sup>, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios.*”

Como puede apreciarse, el expediente técnico de obra estaba formado por un conjunto de documentos de ingeniería que definían, principalmente, las características, alcance y la forma de ejecución de una obra, así como las condiciones del terreno en las que esta se ejecutaría. De ello se infiere que dicho expediente tenía por finalidad brindar información a los postores sobre los requerimientos de la Entidad para la ejecución de la obra y las condiciones del terreno para que pudieran elaborar adecuadamente sus ofertas y, de ser el caso, ejecuten la obra cumpliendo las obligaciones técnicas establecidas por la Entidad y la normativa vigente en materia de ejecución de obras.

Para cumplir con la mencionada finalidad, era necesario que los documentos que integraban el expediente técnico se interpretaran en conjunto<sup>5</sup> y proporcionaran información suficiente, que permitiera formular adecuadamente las propuestas y ejecutar la obra en las condiciones requeridas por la Entidad y la normativa de la materia. En esa medida, corresponde señalar que los documentos que conformaban el Expediente Técnico contemplaban todas las partidas que eran necesarias para

<sup>2</sup> De conformidad con el numeral 21 del Anexo Único del Reglamento, Anexo de Definiciones, las *Especificaciones Técnicas* son “*Descripciones elaboradas por la Entidad de las características fundamentales de los bienes, suministros u obras a contratar.*” (El resaltado es agregado).

<sup>3</sup> De conformidad con el numeral 31 del Anexo Único del Reglamento, Anexo de Definiciones, el *Metrado* “*Es el cálculo o la cuantificación por partidas de la cantidad de obra a ejecutar.*”

<sup>4</sup> De conformidad con el numeral 5 del Anexo Único del Reglamento, Anexo de Definiciones, el *Calendario de avance de obra valorizado* es “*El documento en el que consta la programación valorizada de la ejecución de obra, por periodos determinados en las Bases o en el contrato.*”

<sup>5</sup> De conformidad con lo dispuesto por la Opinión N° 051-2011/DTN.

ejecutar la obra conforme a lo requerido por la Entidad.

- 2.1.2. De otro lado, de acuerdo a lo dispuesto en el primer párrafo del numeral 1) del artículo 40 del anterior Reglamento, el Sistema a suma alzada es “(...) aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas”. (El subrayado es agregado).

Asimismo, debe indicarse que el segundo párrafo del citado numeral establecía que “Tratándose de obras, el postor formulará dicha propuesta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra que forman parte del Expediente Técnico, en ese orden de prelación; considerándose que el desagregado por partidas que da origen a su propuesta y que debe presentar para la suscripción del contrato, es referencial”. (El énfasis es agregado).

Del dispositivo citado, cabe resaltar que el postor formulaba una oferta integral, la que debía contemplar la totalidad de los trabajos necesarios para la ejecución de las prestaciones requeridas por la Entidad, en atención a los planos y especificaciones técnicas que –entre otros documentos- conformaban el Expediente Técnico de Obra, cuya información se recogía en las Bases<sup>6</sup>.

Ahora bien, de acuerdo al anexo de definiciones del anterior Reglamento, las partidas eran “cada una de las partes o actividades que conforman el presupuesto de una obra”; por tanto, el postor al formular su oferta dentro de un proceso de selección convocado bajo el sistema de Suma Alzada, debía considerar todas las partidas contempladas en los documentos que conformaban el Expediente Técnico.

- 2.1.3. Adicionalmente, se debe señalar que conforme a lo establecido en el artículo 142 del anterior Reglamento, el contrato estaba conformado por el documento que lo contenía, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establecían obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.

Bajo esta consideración, una vez suscrito el contrato de obra a Suma Alzada, el contratista estaba obligado a ejecutar todas las prestaciones que estaban contempladas en los documentos que conformaban el contrato; entre ellos, se debe destacar la oferta, pues se entendía que esta – conforme a lo señalado en el numeral precedente– contemplaba todos los trabajos necesarios para la correcta ejecución de la obra.

<sup>6</sup> Conforme a lo previsto en el artículo 26 de la anterior Ley, “Las Bases de un proceso de selección serán aprobadas por el Titular de la Entidad o por el funcionario al que le hayan delegado esta facultad y deben contener obligatoriamente, con las excepciones establecidas en el Reglamento para la adjudicación de menor cuantía, lo siguiente: (...)”

b) El detalle de las características técnicas de los bienes, servicios u obras a contratar; el lugar de entrega, elaboración o construcción, así como el plazo de ejecución, según el caso. Este detalle puede constar en un Anexo de Especificaciones Técnicas o, en el caso de obras, en un Expediente Técnico”. (El énfasis es agregado).



Por tanto, en el marco de lo dispuesto por la anterior normativa de contrataciones del Estado, un proveedor que había suscrito un contrato de obra bajo el sistema a suma alzada, al estar obligado –en virtud de su oferta– a ejecutar “todos los trabajos que resulten necesarios”, debía ejecutar todas las partidas contempladas en los documentos que conformaban el Expediente Técnico.

En esta línea de ideas, en el contexto planteado, si durante la ejecución de un contrato de obra bajo el sistema a suma alzada, el contratista no cumplía con ejecutar la totalidad de las prestaciones a su cargo conforme a los términos contractuales –tales como la ejecución de ciertas partidas previstas en el Expediente Técnico de Obra–, la Entidad contratante debía requerirle el cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo a lo establecido en el artículo 169 del anterior Reglamento.

- 2.1.4. Para finalizar, es importante mencionar que, en el marco de la anterior normativa de Contrataciones del Estado, si un contratista consideraba que uno de los documentos que conformaban el Expediente Técnico contemplaba una partida con información inexacta, este podía formular una consulta; la misma que debía ser absuelta por el proyectista o la Entidad, según correspondiera, conforme a lo establecido en el artículo 196 del anterior reglamento; ello sin perjuicio de que, cuando dicho contratista fue participante –durante el proceso de selección– pudo formular consultas u observaciones.

### 3. CONCLUSIONES.

- 3.1. En el marco de lo dispuesto por la anterior normativa de contrataciones del Estado, si durante la ejecución de un contrato de obra bajo el sistema a suma alzada, el contratista no cumplía con ejecutar la totalidad de las prestaciones a su cargo conforme a los términos contractuales –tales como la ejecución de ciertas partidas previstas en el Expediente Técnico de Obra – la Entidad contratante debía requerirle el cumplimiento de sus obligaciones.
- 3.2. Si un contratista consideraba que uno de los documentos que conformaban el Expediente Técnico contemplaba una partida con información inexacta, este podía formular una consulta; la misma que debía ser absuelta por el proyectista o la Entidad, según corresponda conforme a lo establecido en el artículo 196 del anterior reglamento; ello sin perjuicio de que, cuando dicho contratista fue participante –durante el proceso de selección– pudo formular consultas u observaciones.

Jesús María, 13 de diciembre de 2018

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
Directora Técnico Normativa

RVC.

Expediente N°: 63856

T.D.: 19627894

**OPINIÓN N° 078-2021/DTN**

Solicitante: Instituto Nacional de Radio y Televisión del Perú - INRTP

Asunto: Supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado

Referencia: Consulta S/N de fecha 05.JUL.2021 - Sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

**1. ANTECEDENTES**

Mediante el documento de la referencia, la Gerenta General del Instituto Nacional de Radio y Televisión del Perú formula consulta relacionada a la observancia de las opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, respecto de casos concretos.

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<sup>1</sup>, 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<sup>2</sup>**

Tomando en consideración el contexto normativo al que se hace alusión en la solicitud planteada, en la presente Opinión se entenderá por:

<sup>1</sup> Conforme ha sido recogido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 13 de marzo de 2019.

Las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas a la interpretación del sentido y alcance de la normativa de Contrataciones del Estado, sin hacer referencia a situaciones particulares o casos concretos. En esa medida, se han revisado las consultas formuladas por la solicitante en el documento de la referencia, advirtiéndose que en las consultas N° 2 y 3 se desarrolla un **escenario particular** y no se refieren a disposiciones de la normativa de Contrataciones del Estado, por lo que su atención excedería la competencia contenida en el literal n) del artículo 52 de la Ley. Adicionalmente, la consulta N° 4 no formula, de manera clara y directa, una consulta referida a dicha normativa. Por tanto, dichas consultas no podrán ser atendidas en el marco de la presente opinión.



Firmado digitalmente por  
HOCANO DAVIS Christian César  
AU 20419026809 soft  
Motivo: Doy V° B°  
Fecha: 27.07.2021 16:52:27 -05:00



Firmado digitalmente por BURGOS  
JARDALES Patrick FAU  
AU 20419026809 soft  
Motivo: Doy V° B°  
Fecha: 27.07.2021 15:42:19 -05:00

- “Ley”, a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1444, vigente desde el 30 de enero de 2019.
- “Reglamento”, al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

**2.1. “¿Las opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del OSCE respecto a las contrataciones internacionales, son de carácter vinculante? Es decir, son de obligatorio cumplimiento en todos los casos o debe ser evaluado dependiendo cada caso en concreto.”**

2.1.1. En primer lugar, debe señalarse que con la finalidad de lograr el mayor grado de eficacia en las contrataciones públicas -esto es, que las Entidades obtengan los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, al menor precio y con la mejor calidad, de forma oportuna- y la observancia de principios básicos que aseguren la transparencia en las transacciones, la imparcialidad de la Entidad, la libre concurrencia de proveedores, así como el trato justo e igualitario<sup>3</sup>, el artículo 76 de la Constitución Política del Perú dispone que la contratación de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos se efectúe, obligatoriamente, por licitación o concurso, de acuerdo con los procedimientos y requisitos señalados en la ley.

Con relación a ello, debe indicarse que la Ley es la norma que desarrolla el citado precepto constitucional y, conjuntamente con su Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE, constituyen la normativa de contrataciones del Estado.

2.1.2. En dicho contexto, corresponde precisar que el artículo 3 de la Ley establece el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, teniendo en consideración dos criterios: uno *subjetivo*, referido a los sujetos que deben adecuar sus actuaciones a las disposiciones de dicha normativa, y otro *objetivo*, referido a las actuaciones que se encuentran bajo su ámbito; así, para verificar el ámbito de aplicación de la Ley, ambos elementos deben presentarse de forma concurrente.

Asimismo, el artículo 3 de la Ley establece un listado de los órganos u organismos de la Administración Pública<sup>4</sup> que se encuentran en la obligación de aplicar la normativa

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 020-2003-AI/TC.

<sup>4</sup> A efectos de precisar el contenido de “*administración pública*”, resulta pertinente citar lo señalado por Marcial Rubio: “*Los órganos del gobierno central, así como los gobiernos regionales, concejos municipales y varios organismos constitucionales con funciones específicas, tienen por debajo de sus jefes u organismos internos rectores, un conjunto más o menos amplio de funcionarios, organizados en distintas reparticiones, que son los que ejecutan, supervisan y evalúan las acciones propias del Estado y constituyen la administración pública.*” (El subrayado es agregado). RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, décima edición, 2009, Pág. 65.

Adicionalmente, el mismo autor indica que “*La administración pública está en todo el Estado: en el Congreso, en el Poder Judicial, en los órganos del Estado, y en los gobiernos regionales y locales. Pero la parte más importante de la Administración está en el Poder Ejecutivo (...)*” (el subrayado es agregado). RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal*



de contrataciones del Estado, a los cuales denomina bajo el término genérico de “Entidad”.

A su vez, el numeral 3.3 del referido artículo precisa que la normativa de contrataciones del Estado se aplica a las contrataciones que realicen las Entidades para proveerse de los bienes, servicios u obras, las cuales asumen el pago de la contraprestación correspondiente con cargo a fondos públicos.

De esta manera, las contrataciones que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado son aquellas que realizan las Entidades señaladas en el artículo 3 de la Ley, para proveerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo la obligación de pagar al proveedor con cargo a fondos públicos<sup>5</sup>.

- 2.1.3. No obstante, el artículo 4 de la Ley establece supuestos taxativos que, pese a verificarse en varios de ellos los criterios subjetivo y objetivo para la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, se encuentran fuera del ámbito de aplicación de ésta y no se encuentran sujetos a supervisión por parte del OSCE.

Por su parte, el artículo 5 de la Ley regula otros supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, los cuales sí se encuentran bajo la supervisión de este Organismo Técnico Especializado.

En esta medida, las contrataciones que se enmarquen dentro de los supuestos de inaplicación de la normativa de contrataciones del Estado, previstos en los artículos 4 y 5 de la Ley, podrán realizarse sin observar las disposiciones de dicha normativa, lo cual no enerva la obligación de observar los principios que rigen toda contratación pública, cuando corresponda<sup>6</sup>.

- 2.1.4. Sobre el particular, es oportuno señalar que conforme a lo establecido en el literal f) del artículo 5 de la Ley, se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, pero sujetas a supervisión del OSCE:

“(…)”

*f) Las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país cuando se cumpla una de las siguientes condiciones: i) se sustente la imposibilidad de realizar la contratación a través de los métodos de contratación de la presente norma; o ii) el*

---

*Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, primera edición, 2006, Pág. 210.

<sup>5</sup> Según el artículo 15 de la Ley N° 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, son fondos públicos los ingresos de naturaleza tributaria, no tributaria o por financiamiento que sirven para financiar todos los gastos del Presupuesto del Sector Público. De manera complementaria, el Anexo - Glosario de Definiciones de la Ley N° 28112, precisa que fondos públicos son los recursos financieros del Sector Público que comprende a las entidades, organismos, instituciones y empresas. Finalmente, el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado por Decreto Supremo N° 304-2012-EF, señala que los fondos públicos se orientan a la atención de los gastos que genere el cumplimiento de sus fines, independientemente de la fuente de financiamiento de donde provengan.

<sup>6</sup> De conformidad con lo establecido en la Opinión N° 047-2018/DTN.

*mayor valor de las prestaciones se realice en territorio extranjero. (...).*” (El énfasis es agregado).

Ahora bien, en relación con dicho supuesto excluido, el numeral 4.2 del artículo 4 del Reglamento establece lo siguiente:

*“4.2. Las contrataciones a las que se refieren los literales c) y f) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley requieren de informe técnico e informe legal que sustenten la configuración del supuesto de inaplicación”.* (El énfasis es agregado).

Como se aprecia, las contrataciones que realizan las Entidades al amparo de lo dispuesto en el literal f) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de Contrataciones del Estado; no obstante, aquellas requieren, obligatoriamente, contar de manera previa con los informes técnico y legal que sustenten la configuración de dicho supuesto excluido.

Al respecto, es importante indicar que dicho sustento implica constatar previamente la inexistencia de proveedores en el mercado nacional<sup>7</sup>, en capacidad de proveer el bien o prestar el servicio requerido para satisfacer la necesidad de la Entidad, o que el mayor porcentaje de las prestaciones se ejecutará en el extranjero. Para tal efecto, resulta necesario que la Entidad realice una indagación de mercado, producto de la cual se advierta que el bien o servicio requerido no puede ser prestado por ningún proveedor en el mercado nacional, tal como lo ha señalado este Organismo Supervisor en opiniones previas<sup>8</sup>.

- 2.1.5. Precisado lo anterior, resulta necesario anotar que conforme a lo establecido en el literal n) del artículo 52 de la Ley, una de las funciones atribuidas al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) consiste en la absolución de consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas por las Entidades, así como por el sector privado y la sociedad civil.

Sobre el particular, debe indicarse que si bien no se establece de forma explícita en la normativa de contrataciones del Estado vigente que las opiniones emitidas por el OSCE cuentan con carácter vinculante, dichas opiniones constituyen documentos en los que el Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública analiza la aplicación de la citada normativa, interpreta sus disposiciones<sup>9</sup> e, incluso, integra sus

<sup>7</sup> Cabe precisar que la necesidad de verificar la inexistencia de proveedores en el mercado nacional como condición para llevar a cabo una contratación en el extranjero responde, principalmente, a las siguientes razones: la naturaleza excepcional de los supuestos de inaplicación de la Ley, las cautelas que mantiene el Estado cuando contrata sometido a sus normas internas en salvaguarda de los fondos públicos involucrados, y la existencia de políticas de fomento e incentivo en la contratación estatal.

<sup>8</sup> Conforme a las Opiniones N° 102-2016/DTN, N° 084-2011/DTN y N° 009-2011/DTN, entre otras.

<sup>9</sup> “La teoría de la interpretación jurídica, de esta manera, es la parte de la teoría general del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico – jurídico interno de la norma.” RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema jurídico, décima edición, 2009, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Pág. 220.



normas<sup>10</sup> para salvar vacíos o lagunas legales<sup>11</sup>, según corresponda a la formulación de la consulta.

Es decir, el OSCE, en su calidad de Organismo Técnico Especializado en materia de contratación estatal, tiene asignada la competencia de establecer el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado a través de la emisión de opiniones; por tanto, ninguna otra entidad de la administración pública –salvo que en una norma de igual rango se establezca que comparte tal competencia– puede ejercer dicha función, de conformidad con el Principio de organización e integración<sup>12</sup> contemplado en el artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 29158 “Ley Orgánica del Poder Ejecutivo”.

De esta manera, siendo que la competencia interpretativa de las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado ha sido conferida mediante ley especial, en concordancia con lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente 020-2003-PI/TC<sup>13</sup>, de manera exclusiva al OSCE, puede concluirse que la naturaleza de los criterios interpretativos desarrollados por este Organismo Técnico Especializado –por ejemplo, aquellos que son desarrollados a través de las Opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa– es la de una interpretación auténtica, en el sentido kelseniano del término<sup>14</sup>, de la citada normativa, y por ende,

<sup>10</sup> “La integración jurídica, a diferencia de la interpretación, se produce cuando no hay norma jurídica aplicable y se debe, o se considera que se debe, producir una respuesta jurídica al caso planteado. La integración jurídica, así, no aplica normas sino que en realidad crea una norma para el caso. Lo particular de la integración jurídica es que produce normatividad pero no mediante las fuentes formales del Derecho, sino mediante la aplicación del Derecho mismo (...) Por ello, está sujeta a ciertas condiciones, reglas y métodos. Además, su utilización es restrictiva y no extensiva, debido precisamente a que constituye una excepción al principio predominante en el sistema Romano – germánico, en el sentido de que las normas las da, principalmente, el organismo que tiene atribución normativa.” Ibídem Pág. 260.

<sup>11</sup> “La laguna del Derecho puede ser definida como aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debiera estar regulado por el sistema jurídico. Estrictamente hablando, el suceso que da origen a la laguna no está previsto en ninguno de los supuestos existentes en las normas vigentes del sistema jurídico, o puede ocurrir también que, a la consecuencia prevista, deba añadirse otra no prevista por el mismo supuesto.” Ibídem, Pág. 261.

<sup>12</sup> En virtud del Principio de organización e integración, las entidades del Poder Ejecutivo ejercen las funciones y competencias que le son asignadas, evitando la duplicidad y superposición de ellas.

<sup>13</sup> Dicha sentencia estableció que el artículo 76 de la Constitución debe ser desarrollado por ley, y esta ley, que constituye el régimen general, es la ley de contrataciones del Estado, y precisamente esta ley es la que le asigna al OSCE la competencia de interpretar el sentido y alcance de sus disposiciones.

<sup>14</sup> Al respecto, Hans Kelsen en su prestigiosa obra “Teoría Pura del Derecho” (1960) señalaba que la interpretación de las normas legales detentaba una esencia en virtud del sujeto (intérprete) que la desarrollaba; de esta forma, para el autor citado “Tenemos así dos tipos de interpretación, que deben ser nítidamente distinguidas entre sí: la interpretación del derecho por el órgano jurídico de aplicación, y la interpretación del derecho que no se efectúa por un órgano jurídico, sino por una persona privada y, especialmente por la ciencia del derecho”<sup>14a</sup>. Sobre ello, Isabel Lifante (2015) menciona que Kelsen “(...) realiza una clasificación exhaustiva de la interpretación atendiendo al sujeto que interpreta, pues distingue entre lo que llama “interpretación auténtica”, que sería aquella realizada por los órganos aplicadores del Derecho y la “interpretación no auténtica”, que englobaría todos los supuestos que no encajan en la primera categoría.<sup>14b</sup> (El resaltado es agregado).



deben ser observados por todos los operadores al momento de su aplicación.

En relación con lo anterior, es importante considerar que la labor de definir el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado tiene especial importancia para el cumplimiento de las demás funciones contempladas en el artículo 52 de la Ley, en particular aquella prevista en su literal a)<sup>15</sup>.

En ese sentido, es necesario aclarar que siendo las Opiniones un desarrollo del criterio interpretativo de la normativa de contrataciones del Estado, estas no versan, de manera directa, a situaciones concretas; las Opiniones desarrollan líneas y criterios interpretativos sobre la normativa de contrataciones del Estado que deben ser considerados al momento de analizar sus disposiciones, mas no analizan ni establecen presupuestos de hecho y por ende no pueden configurar ni constituir precedentes administrativos.

- 2.1.6. Por lo expuesto, si bien la normativa de contrataciones del Estado –vigente desde el 30 de enero de 2019- no establece de forma explícita que las opiniones emitidas por el OSCE tienen carácter vinculante, estas deben ser observadas por los operadores de dicha normativa, al momento de su aplicación, toda vez que la emisión de las opiniones constituye el ejercicio de una competencia exclusiva, conferida por una ley especial, del Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública<sup>16</sup>; en esa medida, corresponde observar los criterios vertidos en tales opiniones, incluyendo los referidos a la configuración del supuesto excluido previsto en el literal f) del artículo 5 de la Ley.

### 3. CONCLUSIÓN

Si bien la normativa de contrataciones del Estado –vigente desde el 30 de enero de 2019- no establece de forma explícita que las opiniones emitidas por el OSCE tienen carácter vinculante, éstas deben ser observadas por los operadores de dicha normativa, al momento de su aplicación, toda vez que la emisión de las opiniones constituye el ejercicio de una competencia exclusiva, conferida por una ley especial, del Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública; en esa medida, corresponde observar los criterios vertidos en tales opiniones, incluyendo los referidos a la configuración del supuesto excluido previsto en el literal f) del artículo 5 de la Ley.

Jesús María, 26 de julio de 2021



Firmado digitalmente por SEMINARIO  
ZAVALA Patricia Mercedes FAU  
20419026809 soft  
Motivo: Soy el autor del documento  
Fecha: 27.07.2021 20:25:40 -05:00

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
**Directora Técnico Normativa**

**LAA**

<sup>15</sup> “Velar y promover que las Entidades realicen contrataciones eficientes, bajo los parámetros de la Ley, su reglamento y normas complementarias, la maximización del valor de los fondos públicos y la gestión por resultados”.

<sup>16</sup> De esta manera se ha pronunciado la Dirección Técnico Normativa en la Opinión N° 211-2017/DTN.