

OPINIÓN N° 016-2024/DTN

Solicitante: Unidad Ejecutora de Programas Regionales – PROREGION

Asunto: Modificación a las bases y contrato

Referencia: Formulario S/N de fecha 15.FEB.2024 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor César Augusto Plasencia Fernández, Director Ejecutivo de la Unidad Ejecutora de Programas Regionales PROREGION, formula varias consultas relacionadas con la posibilidad de modificar las bases integradas o el contrato con la finalidad de cambiar la modalidad de aseguramiento de la devolución de adelantos de Fideicomiso a Carta Fianza.

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, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas 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, Ley de Contrataciones del Estado modificada mediante Decreto Legislativo N°1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

¹ De la revisión del documento de la referencia se ha podido advertir lo siguiente: (i) la consulta n°5 no se ha formulado de manera clara, pues hace referencia a una “*variación parcial de la constitución del fideicomiso*”, expresión cuyo sentido no puede identificarse de manera inequívoca; y (ii) la consulta n° 6 parte del planteamiento de una situación específica en la que habría información discordante entre lo indicado en el expediente técnico de obra y lo indicado en otra sección de las bases. Cabe precisar que, entre otros requisitos del TUPA del OSCE, las consultas deben formularse de manera clara y no hacer alusión a casos particulares; dado que las referidas consultas n°5 y n°6 no cumplen con estos requisitos, no podrán ser absueltas.

- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias², vigente a partir del 30 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “Para el otorgamiento de los adelantos, directo y de materiales, insumos, equipamiento y mobiliario, el postor adjudicado, en la oportunidad de la presentación de los requisitos para el perfeccionamiento del contrato ¿Puede solicitar a la Entidad la variación de la constitución del fideicomiso establecido en las bases integradas y en la proforma del contrato por garantía de adelantos a través de cartas fianza?”

- 2.1.1 En primer lugar, debe indicarse que las bases son los documentos que contienen las reglas que regirán los procedimientos de selección de Licitación Pública, Concurso Público, Adjudicación Simplificada y Subasta Inversa Electrónica.

De acuerdo con el Reglamento, las bases pueden ser objeto de consultas y observaciones por parte de los participantes, las que—una vez formuladas— deben ser absueltas por la Entidad; incluso, en los casos Licitación Pública y Concurso Público, estas consultas y observaciones no acogidas por la Entidad pueden ser elevadas al OSCE, a efectos de que este se pronuncie de manera definitiva.

Ahora, aquellas consultas y observaciones que hubieran sido acogidas y que propicien la modificación de las bases deben ser incorporadas a estas últimas, a fin de dar paso a las bases integradas. Así, se puede afirmar que **las bases integradas** son los documentos que contienen las reglas definitivas del procedimiento de selección, las cuales —por regla general— **no pueden ser modificadas ni directamente por la Entidad ni a solicitud de los proveedores**, pues resulta necesario dotar de predictibilidad al procedimiento de selección a fin de cumplir con los principios de la contratación pública como el de competencia efectiva, transparencia y eficacia y eficiencia.

- 2.1.2 En otro orden de ideas, el numeral 184.1 del artículo 184 del Reglamento señala que la Entidad **puede incorporar en las bases la obligación de constituir un fideicomiso** para la administración de los adelantos destinados a la ejecución de la obra, con el fin de garantizar que dichos recursos, durante su ejecución, se apliquen exclusivamente a la obra contratada.

De este modo, son las bases las que determinan si es que resulta obligatorio o no que los adelantos para la ejecución de la obra se administren mediante la constitución de un fideicomiso, debiendo tanto el proveedor y la Entidad cumplir con lo indicado en las mismas. No obstante, es preciso mencionar que el numeral 184.9 del artículo 184 del Reglamento, contempla la siguiente habilitación:

“184.9 Cuando la Entidad no haya incorporado en las bases la obligación de constituir un fideicomiso para la administración de los adelantos destinados a la ejecución de obra, las

² Realizadas mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF, vigente desde el 15 de diciembre de 2019; Decreto Supremo N° 168-2020-EF, vigente desde el 01 de julio de 2020; Decreto Supremo N° 250-2020-EF, vigente desde el 05 de setiembre de 2020; Decreto Supremo N° 162-2021-EF, vigente desde el 12 de julio de 2021; Decreto Supremo N° 234-2022-EF, vigente desde el 28 de octubre de 2022; y, Decreto Supremo N° 308-2022-EF, vigente desde el 24 de diciembre de 2022.

partes pueden acordar la incorporación de una cláusula en el contrato para la constitución del fideicomiso. Para tal efecto, se tiene en cuenta lo siguiente:

- a) *En la oportunidad de la presentación de los requisitos para perfeccionar el contrato, el postor adjudicado puede presentar la solicitud a la Entidad para la constitución del fideicomiso. En caso la Entidad acepte la solicitud se incorpora en el contrato a suscribirse la cláusula que prevé la constitución del fideicomiso; o,*
- b) *Dentro de los ocho (08) días siguientes a la suscripción del contrato, el contratista puede presentar la solicitud a la Entidad para la constitución del fideicomiso, siempre que los adelantos aún no hayan sido entregados; vencido dicho plazo no procede la solicitud. En caso la Entidad acepte la solicitud, dentro de los siete (7) días siguientes de recibida la mencionada solicitud, se incorpora en el contrato la cláusula que prevé la constitución del fideicomiso. Desde el día siguiente de la incorporación de esta cláusula, computa el plazo establecido en el numeral 184.2”*

Como se advierte, si bien, por regla general, una vez integradas, las bases no pueden ser modificadas, de manera excepcional y **por disposición expresa del Reglamento**, las partes, durante el perfeccionamiento del contrato, pueden acordar su modificación para incorporar el fideicomiso como modalidad para la administración de adelantos en aquellos casos en que ello no se hubiera previsto.

- 2.1.3 Ahora bien, la presente consulta versa sobre la posibilidad de que, durante el perfeccionamiento del contrato, se modifiquen las bases integradas (incluyendo la proforma de contrato), con el fin de variar la obligación de constituir un fideicomiso para la administración de adelantos.

Sobre el particular, corresponde reiterar que **las bases integradas** son los documentos que contienen las reglas definitivas del procedimiento de selección, las cuales –por regla general- **no pueden ser modificadas ni directamente por la Entidad ni a solicitud de los proveedores**, pues resulta necesario dotar de predictibilidad al procedimiento de selección a fin de cumplir con los principios de la contratación pública como el de competencia efectiva, transparencia y eficacia y eficiencia.

De este modo, las bases integradas, al ser las reglas definitivas del procedimiento de selección, en principio, no son pasibles de modificación, salvo aquellos supuestos -como el citado numeral 184.9 del artículo 184 del Reglamento- expresamente contemplados en el Reglamento. Siendo así, se puede concluir que, en aquellos casos en que las bases hubiesen contemplado la obligación del constituir un fideicomiso para la administración de adelantos, durante el perfeccionamiento del contrato, no era posible modificarlas para suprimir tal exigencia y cambiarla por la obligación de presentar una carta fianza, pues el Reglamento vigente no ha contemplado disposición expresa que lo permita³.

- 2.2 **“De ser positiva a la consulta anterior, ¿la Entidad incorporará en el contrato la cláusula que prevé los adelantos a través de cartas fianza teniendo en cuenta los plazos estipulados en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado?”**

³ En este extremo es preciso mencionar que, de conformidad con el Principio de Legalidad establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N°27444, que rige el ejercicio de la Función Administrativa del Estado, *las autoridades administrativas deben actuar con respecto a la Constitución a la Ley y al Derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidos.*

Como se anotó, las bases integradas, al ser las reglas definitivas del procedimiento de selección, en principio, no son pasibles de modificación, salvo aquellos supuestos -como el citado numeral 184.9 del artículo 184 del Reglamento- expresamente contemplados en el Reglamento. Siendo así, se puede concluir que, en aquellos casos en que las bases hubiesen contemplado la obligación del constituir un fideicomiso para la administración de adelantos, durante el perfeccionamiento del contrato, no era posible modificarlas para suprimir tal exigencia y cambiarla por la obligación de presentar una carta fianza, pues el Reglamento vigente no ha contemplado disposición expresa que lo permita

2.3 “Dentro de los ocho (08) días siguientes a la suscripción del contrato y siempre que no se hubiera constituido el contrato de fideicomiso, ni se haya entregado los adelantos al fiduciario, ¿el contratista puede solicitar a la Entidad la variación de la constitución del fideicomiso establecido en las bases por la garantía de adelantos a través de carta fianza?”

Sobre el particular, debe mencionarse que, una vez suscrito el contrato, este puede ser modificado únicamente en los casos expresamente establecidos por la normativa de Contrataciones del Estado. Así, el numeral 34.2 del artículo 34 de la Ley, señala que el contrato puede ser modificado en los siguientes supuestos: (i) ejecución de prestaciones adicionales; (ii) reducción de prestaciones; (iii) autorizaciones de ampliaciones del plazo; y (iv) **otros contemplados en la Ley y el Reglamento.**

Como se advierte, el Reglamento puede contemplar supuestos de modificación contractual, siendo uno de ellos, aquel previsto en el literal b) del numeral 184.9 del artículo 184 del Reglamento. De acuerdo con este dispositivo, **cuando la Entidad no haya contemplado en las bases la obligación de constituir un fideicomiso para la administración de adelantos,** dentro de los ocho (08) días siguientes a la suscripción del contrato, el contratista puede presentar la solicitud a la Entidad para la constitución del fideicomiso, siempre que los adelantos aún no hayan sido entregados; vencido dicho plazo no procede la solicitud. En caso la Entidad acepte la solicitud, dentro de los siete (7) días siguientes de recibida, se incorpora en el contrato la cláusula que prevé la constitución del fideicomiso.

No obstante lo anterior, la presente consulta plantea la situación de un contrato en el que ***sí se habría contemplado como obligación la constitución de un fideicomiso*** para la administración de adelantos, a fin de determinar si es posible que este se modifique para suprimir dicha exigencia y cambiarla por la obligación de presentar una carta fianza; ello, ***dentro de los ocho (08) días siguientes a su suscripción y siempre que no se hubiera constituido el contrato de fideicomiso, ni se haya entregado los adelantos al fiduciario.***

Sobre el particular, debe reiterarse que, la Ley establece de forma expresa los supuestos en que se puede modificar el contrato una vez celebrado, siendo uno de ellos, aquel contemplado en el literal b) del numeral 184.9 del artículo 184 del Reglamento. Siendo así, no se advierte que dicho dispositivo o algún otro habiliten a las partes a modificar un contrato que ha contemplado la obligación de constituir un fideicomiso para la administración de adelantos para suprimir esta exigencia y cambiarla por la obligación de presentar una carta fianza; razón por la cual, no es posible realizar dicha modificación.

2.4 “De ser positiva las respuestas a las consultas anteriores, ¿la Entidad tendrá que determinar, a través de una adenda al contrato, los plazos para la presentación de la solicitud y el pago de los adelantos directos y de materiales, insumos, equipamiento y mobiliario?”

Como se indicó en la absolución de la consulta anterior, la Ley establece de forma expresa los supuestos en que se puede modificar el contrato una vez celebrado, siendo uno de ellos, aquel contemplado en el literal b) del numeral 184.9 del artículo 184 del Reglamento. Siendo así, no se advierte que dicho dispositivo o algún otro habiliten a las partes a modificar un contrato que ha contemplado la obligación de constituir un fideicomiso para la administración de adelantos para suprimir esta exigencia y cambiarla por la obligación de una carta fianza; razón por la cual, no es posible realizar dicha modificación.

3. CONCLUSIONES

- 3.1** Las Bases integradas, al ser las reglas definitivas del procedimiento de selección, en principio, no son pasibles de modificación, salvo aquellos supuestos -como el citado numeral 184.9 del artículo 184 del Reglamento- expresamente contemplados en el Reglamento. Siendo así, se puede concluir que, en aquellos casos en que las bases hubiesen contemplado la obligación de constituir un fideicomiso para la administración de adelantos, durante el perfeccionamiento del contrato, no era posible modificarlas para suprimir tal exigencia y cambiarla por la obligación de presentar una carta fianza, pues el Reglamento vigente no ha contemplado disposición expresa que lo permita.
- 3.2** La Ley establece de forma expresa los supuestos en que se puede modificar el contrato una vez celebrado, siendo uno de ellos, aquel contemplado en el literal b) del numeral 184.9 del artículo 184 del Reglamento. Siendo así, no se advierte que dicho dispositivo o algún otro habiliten a las partes a modificar un contrato que ha contemplado la obligación de constituir un fideicomiso para la administración de adelantos para suprimir esta exigencia y cambiarla por la obligación de presentar una carta fianza; razón por la cual, no es posible realizar dicha modificación.

Jesús María, 14 de marzo de 2024

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC