FIRMA DIGITAL
VIVIENDA
Firmado digitalmente por ROJAS MONTREUIL Rosa Nelly FAU 20602547443 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 13.09.2024 20:38:58 -05:00

REPÚBLICA DEL PERÚ

Resolución Directoral

RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 00022-2024-VIVIENDA/VMCS-PASLC-3.3

San Isidro, 13 de Setiembre de 2024

VISTOS:

El Memorando N° D00375-2024-VIVIENDA/VMCS/PASLC-4.2, de fecha 29 de agosto de 2024, de la Unidad de Obras; el Informe N° D00010-2024-VIVIENDA/VMCS/PASLC-3.3, de fecha 13 de setiembre de 2024, de la Unidad de Administración y el Informe Legal N° D0023-2024-VIVIENDA-VMCS-PASLC-UAL de fecha 13 de setiembre de 2024, de la Unidad de Asesoría legal; y,

CONSIDERANDO:

Que, 10 de mayo de 2024, se convocó en el SEACE la Licitación Pública N° 03-2024-PASLC-1 para la Contratación de la "Ejecución del Saldo de Obra del proyecto: "Sectorización del Sistema de Agua Potable y Alcantarillado de la Parte Alta de Chorrillos: Matriz Próceres - Chorrillos". CUI 2403504, Tipología C, bajo el esquema Diseño y Construcción con Estudio Básico de Ingeniería", por un valor referencial ascendente a S/ 92,292,430.73 (Noventa y dos millones doscientos noventa y dos mil cuatrocientos treinta con 73/100 Soles);

Que, el 2 de agosto de 2024, se registró en el SEACE el consentimiento de la buena pro a favor del CONSORCIO PALACIOS (integrado por CAMPOS HERNANDEZ JORGE LUIS, BERAKA 0915 SOCIEDAD ANONIMA CERRADA, ESTUDIOS, DISEÑOS Y PROYECTOS DE SANEAMIENTO AMBIENTAL S.R.L. -EDYPSA S.R.L., S. NOVISA EIRL), en lo sucesivo, el Consorcio Palacios, por el monto de S/ 88,084,215.20 (Ochenta y ocho millones ochenta y cuatro mil doscientos veinticinco con 20/100 soles);

Que, mediante Informe N° D00166-2024-VIVIENDA/VMCS-PASLC-UA-UFA, de fecha 26 de agosto de 2024, la Unidad Funcional de Abastecimiento señala que en los Términos de Referencia, correspondiente a la Licitación Pública N° 03-2024-PASLC-1, se consignó lo siguiente: *"El desembolso al fiduciario: 10% del monto definido en el ítem 13.1.4, numeral a), para el diseño"*, lo que vulneraría lo estipulado en los artículos 153, 184 y 185 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que recomendó a la Unidad de Administración se corra traslado a la Unidad de Obras y al postor adjudicado para que se pronuncien en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, sobre la posible transgresión normativa advertida;

Que, mediante Memorando N° D00125-2024-VIVIENDA/VMCS-PASLC-3.3, de fecha 26 de agosto de 2024, la Unidad de Administración solicitó a la Unidad de Obras,

Firmado digitalmente por VIGIL SALAZAR Maria Teresa FAU 20602547443 soft
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 13.09.2024 20:37:57 -05:00

en su calidad de área usuaria de la contratación, emita pronunciamiento sobre la posible transgresión a la normativa de contratación pública, de acuerdo a lo advertido por la Unidad Funcional de Abastecimiento en su Informe N° D00166-2024-VIVIENDA/VMCS-PASLC-UA-UFA;

Que, mediante Memorando N° D00375-2024-VIVIENDA/VMCS-PASLC-4.2, de fecha 29 de agosto de 2024, la Unidad de Obras comunicó a la Unidad de Administración que *"no correspondería aplicar el Adelanto Directo por FIDEICOMISO, para la prestación del servicio de Elaboración del Expediente Técnico"*, para lo cual cita las Opiniones Nos. 017-2011/DTN y 032-2021/DTN, considerando que han sido emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en su calidad de ente rector en materia de contrataciones;

Que, según señala la Unidad de Obras, en dichas opiniones se indica que si bien la modalidad de concurso oferta tiene como finalidad la ejecución de una obra, para alcanzar dicha finalidad es necesario ejecutar varias prestaciones de naturaleza distinta, por lo que prima la naturaleza de cada una de las prestaciones ejecutadas. En ese sentido, a efectos de lograr un tratamiento jurídico adecuado en su ejecución, es necesario establecer como regla general que a cada prestación involucrada en este tipo de contratos se le aplican las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que sean compatibles con su naturaleza. Por tanto, para la elaboración del expediente técnico se aplican las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regulan servicios, y para la ejecución de la obra se aplican las disposiciones de dicha normativa que regulaban obras;

Que, respecto la posible transgresión a la normativa de contratación pública, de acuerdo a lo advertido por la Unidad Funcional de Abastecimiento en su Informe N° D00166-2024-VIVIENDA/VMCS-PASLC-UA-UFA, cabe señalar que el numeral 128.2 del artículo 128 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que, cuando la Entidad advierta de oficio posibles vicios de nulidad del procedimiento de selección, corre traslado a las partes, según corresponda, para que se pronuncie en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles;

Que, mediante Carta N° D00029-2024-VIVIENDA/VMCS/PASLC-3.3, de fecha 26 de agosto de 2024, la Unidad de Administración solicita al Consorcio Palacios su opinión sobre los posibles vicios de nulidad advertidos en el marco de la Licitación Pública N° 03-2024-PASLC-1, para lo cual se le otorgó el plazo de cinco (5) días hábiles;

Que, mediante correo electrónico <navellaneda@vivienda.gob.pe> (Néstor Avellaneda Mazur) de fecha 04 de septiembre de 2024, el asistente de trámite documentario del PASLC, informa que con relación a la Carta D00029-2024-VIVIENDA/VMCS-PASLC-3.3 a la fecha solo se ha recibido la Carta N° 05-2024-CP-RS referente a los documentos para el perfeccionamiento del contrato. Por lo señalado, la Unidad de Administración ha informado que el Consorcio Palacios no cumplió con emitir su pronunciamiento dentro del plazo otorgado para dicho efecto;

Que, con Informe N° D00010-2024-VIVIENDA/VMCS/PASLC-3.3, de fecha 13 de septiembre de 2024, la Unidad de Administración informa a la Unidad de Asesoría Legal que en la Licitación Pública N° 03-2024-PASLC-l se ha vulnerado lo estipulado en los artículos 153, 184 y 185 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que señala que se ha configurado un vicio de nulidad por la causal de contravención a las normas legales, el cual resulta trascendente, por lo que no es posible aplicar la figura de conservación del acto, al estar referido a una contravención normativa,

requiriendo que esta unidad se pronuncie sobre la viabilidad legal de proceder con la nulidad del procedimiento de selección antes indicado;

Que, en dicho Informe la Unidad de Administración, de acuerdo al marco de sus funciones y atribuciones, concluye lo siguiente:

> *"Conforme se colige de los párrafos anteriores en las contrataciones convocadas bajo la modalidad de concurso oferta, el postor ofertó la elaboración del expediente técnico y la ejecución de una obra, siendo la finalidad última de esta modalidad contractual la ejecución de una obra. Asimismo, las prestaciones involucradas (elaboración de expediente técnico y ejecución de obra) son independientes, de ejecución sucesiva y típicas (la elaboración del expediente técnico constituye la prestación del contrato de consultoría de obra y la ejecución de obra constituye la prestación de un contrato de obra).*
>
> *En el caso de los procesos convocados bajo la modalidad de Concurso Oferta, como es el caso del procedimiento de selección Licitación pública N°03-2024-PASLC-l, y conforme a la regla general señalada en la opinión N° 032-2021/DTN* ***en el caso del adelanto directo para la elaboración de expediente técnico la normativa de contrataciones ha establecido que este será efectuado contra la presentación de una garantía****,* ***siendo posible la constitución de un fideicomiso únicamente para el caso de contrataciones destinadas a la ejecución de obras****. Razón por la cual se ha vulnerado lo estipulado en los artículos 153°, 184° y 185° del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y nos encontramos ante la concurrencia de un vicio de nulidad por la causal de contravención a las normas legales.*
>
> *El vicio en el que se advierte se incurrido, resulta trascendente, no siendo posible aplicar la figura de conservación del acto, al estar referido a una contravención normativa. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la contravención a la ley, es causal de nulidad del acto administrativo, el cual no resulta conservable. Por lo tanto, ante la verificación de un defecto en el procedimiento de selección, la normativa otorga a la Administración la posibilidad de corregir sus errores u omisiones a través de la declaración de nulidad del acto viciado por ello, en el caso de autos, corresponde declarar la nulidad del procedimiento de selección".*

Que, de acuerdo a lo antes expuesto, la Unidad de Asesoría Legal, a través del Informe Legal N° D0023-2024-VIVIENDA- VMCS-PASLC-UAL, de fecha 13 de setiembre de 2024, concluye que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 del TUO de la LCE, corresponde que se declare la nulidad del procedimiento de selección de la Licitación Pública N° 03-2024-PASLC-1, debiendo retrotraerse el mismo hasta la etapa de convocatoria, previa reformulación de Bases, a fin de que el Comité de Selección cumpla las disposiciones de la normativa de contratación pública que resulten aplicables;

Que, de la revisión efectuada a los informes y documentos presentados, se advierte que la Licitación Pública N° 03-2024-PASLC-1 tiene por objeto la Contratación de la "Ejecución del Saldo de Obra del proyecto: "Sectorización del Sistema de Agua Potable y Alcantarillado de la Parte Alta de Chorrillos: Matriz Próceres - Chorrillos". CUI 2403504, Tipología C, bajo el esquema Diseño y Construcción con Estudio Básico de Ingeniería";

Que, en lo que concierne a la garantía por adelanto directo, se observa que originalmente el "Requerimiento" contempló lo siguiente:

> *"**13.1.7 Adelantos***

La Entidad ha previsto la entrega de los siguientes adelantos:

a) ***ADELANTO DIRECTO del 10% del monto del contrato original**, considerando el plazo en el cual el Contratista debe solicitarlo, así como el plazo de entrega del mismo, conforme a lo previsto en RLCE.*

Cabe precisar que no se requiere la presentación de la garantía, debido a que se establece la obligación de constituir un fideicomiso para el manejo de los recursos que el contratista reciba a título de adelantos para la ejecución de obra.

Asimismo, para el desembolso del adelanto directo se realizará el 10% para el diseño y 10% para la construcción, de los montos ofertados correspondientes.

- *El desembolso al fiduciario: 10% del monto definido en el item 13.1.4, numeral a), para el **diseño,** será hasta los 30 días hábiles de la firma del contrato original y;*
- *El desembolso del10% del monto definido en el item 13.1.4, numeral b), para la **construcción** será hasta los 30 días hábiles de la aprobación del primer diseño (expediente técnico parcial).*

Se precisa que el adelanto, del 10% del diseño y 10% de la construcción, corresponde o equivale al 10% del Valor Referencial".

Que, en virtud de lo previsto en el "Requerimiento", las Bases Integradas de la Licitación Pública N° 03-2024-PASLC-1 establecieron que la constitución del fideicomiso para el desembolso del adelanto directo tanto para el diseño, como para la construcción;

Que, bajo ese entendido, se advierte que el artículo 38 del TUO de la LCE establece lo siguiente:

"Artículo 38. Adelantos

38.1 La Entidad puede entregar adelantos al contratista, siempre que haya sido previsto en los documentos del procedimiento de selección, con la finalidad de otorgarle financiamiento y/o liquidez para la ejecución del contrato.

38.2 El reglamento establece los tipos, condiciones y monto de cada adelanto, así como la forma en que este se amortiza luego de otorgado.

*38.3 Tratándose de la **ejecución de obras**, la Entidad puede solicitar en los documentos del procedimiento que el contratista constituya un **fideicomiso para el manejo de los recursos que reciba a título de adelanto**, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente. El reglamento desarrolla los requisitos y condiciones para la operatividad de la figura del fideicomiso".*
(El resaltado es nuestro)

Que, en concordancia con lo preceptuado en el TUO de la LCE, en el Reglamento se establece lo siguiente:

*"**Artículo 153. Garantía por adelantos***

153.1 La Entidad solo puede entregar los adelantos directos y por materiales contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto. La presentación de esta garantía no puede ser exceptuada en ningún caso.

(…)

*153.5. En el **caso de obras**, no se exige la presentación de garantía por adelantos cuando los documentos del procedimiento de selección establezcan la obligación de **constituir un fideicomiso** para el manejo de los recursos que el contratista reciba a título de adelanto".*
(El resaltado es nuestro)

Que, por su parte, el artículo 184 del Reglamento de la LCE señala lo siguiente:

"Artículo 184. Fideicomiso de adelanto de obra.

*184.1. La Entidad puede incorporar en las bases la obligación de **constituir un fideicomiso para la administración de los adelantos destinados a la ejecución de obra**, con el fin de garantizar que dichos recursos, durante su ejecución, se apliquen exclusivamente a la obra contratada.*

184.2. Una vez suscrito el contrato de obra entre el contratista y la Entidad; esta última, tiene un plazo de treinta (30) días calendarios contados desde la firma de este para realizar los trámites correspondientes para la constitución del fideicomiso; y, de esta forma, el contratista poder recibir el adelanto directo.

(…)" (El resaltado es nuestro)

Que, como es posible advertir, de acuerdo a lo regulado en la normativa de contratación pública, siempre que haya sido previsto en las Bases del procedimiento de selección, solo es posible constituir fideicomiso para el manejo de los recursos que reciba el contratista a título de adelanto, en los casos de ejecución de obra;

Que, mediante Opinión N° 040-2023/DTN, el OSCE, al absolver consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado[1], señaló lo siguiente:

> *"Ahora bien, los adelantos antes mencionados solo pueden ser entregados al contratista, contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto; sin embargo, el contratista queda exceptuado de cumplir esta exigencia cuando en las contrataciones que tienen por objeto la ejecución de una obra, se haya contemplado la obligación de constituir un fideicomiso para el manejo de tales adelantos.*
>
> *(…)*
>
> *Por lo expuesto, se advierte que en los contratos que deriven de procedimientos de selección convocados a partir de la entrada en vigor del Decreto Supremo N°234- 2022-EF (esto es, a partir del 28 de octubre de 2022), y **cuyo objeto sea la ejecución de una obra, la constitución de un fideicomiso para la administración de los adelantos destinados a la ejecución de la obra, será posible cuando dicha obligación se encuentre prevista en los documentos del procedimiento de selección**, o en su defecto, cuando las partes hayan acordado su incorporación al contrato conforme a lo establecido en el numeral 184.9 del artículo 184 del Reglamento".* (El resaltado es nuestro)

Que, en el presente caso, tal como se ha indicado, el objeto de la contratación de la Licitación Pública N° 03-2024-PASLC-1 no solo es la ejecución de obra, sino la elaboración del expediente técnico, a partir del Estudio Básico de Ingeniería, por lo cual, dicha contratación se encuentra bajo la modalidad de ejecución de obra que incluye diseño y construcción con Estudio Básico de Ingeniería;

Que, el numeral 212.1 del artículo 212 del Reglamento de la LCE señala que *"Los Ministerios y sus organismos públicos, programas y proyectos adscritos; así como las empresas bajo el ámbito de FONAFE pueden contratar obras que incluyan el diseño y construcción a través de las modalidades llave en mano que incluye el expediente técnico de obra, o concurso oferta, según corresponda, siempre que el presupuesto estimado del proyecto o valor referencial corresponda a una Licitación Pública y que por su naturaleza utilice el sistema de suma alzada. (…)"*:

---

[1] 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. La naturaleza de los criterios interpretativos desarrollados en las opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del OSCE es la de una interpretación auténtica de la citada normativa y, por ende, deben ser observados por los operadores al momento de su aplicación. Ver Opinión N° 120-2023/DTN.

Que, sobre la modalidad de contratación de concurso oferta, el artículo 36 del Reglamento señala que dicha modalidad se configura cuando el postor oferta la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra;

Que, en torno a la modalidad de concurso oferta y las obras que incluyen diseño y construcción, el OSCE ha emitidos diversas opiniones, tales como las Opiniones N° 092-2020/DTN, 056-2022/DTN, 032-2021/DTN, 030-2024/DTN, 016-2024/DTN, 099-2023/DTN y 066-2023/DTN. Así, es de advertirse que en la Opinión N° 032-2021/DTN, se señaló lo siguiente:

> *"2.1.2 Al respecto, es importante señalar que el numeral 1 del artículo 41 del anterior Reglamento definía a la "llave en mano" como una modalidad de ejecución contractual mediante la cual el postor ofertaba en conjunto la construcción, equipamiento y montaje hasta la puesta en servicio de determinada obra, y de ser el caso la elaboración del expediente técnico.*
>
> *Por su parte, el numeral 2 del referido artículo definía al "concurso oferta" como aquella modalidad de ejecución contractual en mérito a la cual el postor debía ofertar la elaboración del expediente técnico, ejecución de la obra y, de ser el caso, el terreno.*
>
> *De los precitados dispositivos normativos se aprecia que la finalidad última de ambas modalidades era la ejecución de una obra; para tal efecto debían ejecutarse prestaciones de naturaleza distinta. En ese sentido, en el supuesto de que el contrato fuera ejecutado bajo la modalidad de llave en mano que incluía la elaboración del expediente técnico, las prestaciones a realizar eran las siguientes: i) la elaboración del expediente técnico de obra, y ii) la construcción, equipamiento y montaje, hasta la puesta en servicio de la obra; mientras que, cuando el contrato era ejecutado bajo la modalidad de concurso oferta, las prestaciones a realizar eran: i) la venta del terreno (cuando así lo establecían las Bases), iii) la elaboración del expediente técnico, y iii) la ejecución de la obra.*
>
> *Como se advierte, las prestaciones involucradas en los contratos celebrados bajo las precitadas modalidades, además de ser independientes y de ejecución sucesiva, eran típicas de otros contratos nominados; así pues, la elaboración del expediente técnico constituía la prestación del contrato de consultoría de obra y la ejecución de obra era la prestación de un contrato de obra.*
>
> *Cabe precisar que pese a la naturaleza distinta de las referidas prestaciones, éstas pertenecían a un mismo contrato y eran necesarias para alcanzar la finalidad perseguida por la Entidad contratante, de ahí que los contratos celebrados bajo cualquiera de las mencionadas modalidades sean una expresión de los contratos mixtos, puesto que,"(…) no se trata de una pluralidad de contratos unidos entre sí, sino de un contrato unitario, pero cuyos elementos esenciales de hecho están regulados, en todo o en parte, por disposiciones relativas a diversas especies típicas de contrato"; es decir, no existen varios contratos, sino un solo y en esa medida surge la relación de necesaria complementariedad, inseparabilidad o interdependencia de las prestaciones combinadas al interior del contrato mixto, así como la naturaleza autónoma originaria de esas prestaciones.*
>
> *En ese sentido, considerando que en los contratos celebrados bajo las modalidades de llave en mano –siempre que hubiera incluido la elaboración de expediente técnico– y concurso oferta coexistían prestaciones de otros contratos (consultoría de obra y ejecución de obra), a efectos de lograr un tratamiento jurídico adecuado en su ejecución, es necesario establecer como regla general que a cada prestación involucrada en este tipo de contratos se le aplicaban las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que eran compatibles con su naturaleza, esto es lo que en la doctrina se denomina "tesis de la combinación de las normas".*
>
> *En consecuencia, para la elaboración del expediente técnico se aplicaban las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regulaban servicios, y para la ejecución de la obra se aplicaban las disposiciones de dicha normativa que regulaban obras".* (El subrayado es nuestro)

Que, en la misma línea, para el caso de la ejecución de obras que incluyen el diseño y la construcción, en la Opinión N° 066-2023/DTN el OSCE señaló lo siguiente

> *"(…) se puede concluir que un contrato de obra que incluye diseño y construcción, bajo la modalidad llave en mano, se encuentra conformado por obligaciones claramente diferenciadas: (i) la elaboración del expediente técnico de obra; (ii) la construcción, equipamiento, mobiliario o montaje hasta la puesta en servicio; e incluso puede consistir en (iii) la operación asistida de la obra.*
>
> *Como se advierte, las prestaciones involucradas en los contratos celebrados bajo la referida modalidad llave en mano, además de ser independientes y de ejecución sucesiva, eran típicas de otros contratos nominados; así pues, la elaboración del expediente técnico constituía la prestación del contrato de consultoría de obra y la ejecución de obra era la prestación de un contrato de obra. Cabe precisar que pese a la naturaleza distinta de las referidas prestaciones, éstas pertenecían a un mismo contrato y eran necesarias para alcanzar la finalidad perseguida por la Entidad contratante, de ahí que los contratos celebrados bajo la modalidad llave en mano sean una expresión de los contratos mixtos, puesto que,"(…) no se trata de una pluralidad de contratos unidos entre sí, sino de un contrato unitario, pero cuyos elementos esenciales de hecho están regulados, en todo o en parte, por disposiciones relativas a diversas especies típicas de contrato"; es decir, no existen varios contratos, sino uno solo y en esa medida surge la relación de necesaria complementariedad, inseparabilidad o interdependencia de las prestaciones combinadas al interior del contrato mixto, así como la naturaleza autónoma originaria de esas prestaciones.*
>
> *En ese sentido, considerando que en los contratos celebrados bajo la modalidad de llave en mano –siempre que hubiera incluido la elaboración de expediente técnico– coexistían prestaciones de otros tipos contractuales (consultoría de obra y ejecución de obra), a efectos de lograr un tratamiento jurídico adecuado en su ejecución, es necesario establecer como regla general que a cada prestación involucrada en este tipo de contratos se le aplicaban las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que eran compatibles con su naturaleza, esto es lo que en la doctrina se denomina "tesis de la combinación de las normas".*
>
> *En consecuencia, para la elaboración del expediente técnico se aplicaban las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regulaban la consultoría de obras, y para la ejecución de la obra se aplicaban las disposiciones de dicha normativa que regulaban la ejecución de obras*. (El subrayado es nuestro)

Que, de lo señalado por el OSCE en sus diversas opiniones, es posible inferir que la modalidad de ejecución de obras que incluyen diseño y construcción implica la elaboración del expediente técnico y ejecución de obra, es decir, contempla dos (2) prestaciones claramente diferenciadas, manteniendo la unidad del contrato, por lo que corresponde que a cada prestación involucrada en este tipo de contratos se le apliquen las disposiciones de la normativa aplicable que sean compatibles con su naturaleza, para la elaboración del expediente técnico se aplican las disposiciones que regulan las consultorías de obras, y para la ejecución de la obra se aplican las disposiciones de dicha normativa que regulan obras;

Que, dicho esto, se tiene que tratándose de la ejecución de obras que incluyen diseño y construcción, en lo que corresponde a la prestación referida a la ejecución de obra, le resulta aplicable las disposiciones en materia de obras previstas en el TUO de la LCE y su Reglamento. En ese sentido, considerando que el artículo 38 del TUO de la LCE, así como los artículos 153 y 184 del Reglamento de la LCE señalan que solo es posible que las Bases establezcan la obligación de constituir un fideicomiso para la administración de los adelantos destinados a la ejecución de obra, se infiere que las Bases de la Licitación Pública N° 03-2024-PASLC debieron haber previsto que únicamente para el adelanto por la ejecución de obra se constituya un fideicomiso;

Que, en ese sentido, debe tenerse en cuenta que, en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, la constitución del fideicomiso no está prevista para la elaboración del expediente técnico;

Que, sin embargo, en el Requerimiento ―que forma parte de las Bases Integradas― se indicó que el desembolso del adelanto directo se realizaría a través de un fideicomiso sobre el 10% para el diseño, esto quiere decir, que se consideró dicha figura para la prestación referida a la elaboración del expediente técnico, lo cual trasgrede el artículo 38 del TUO de la LCE, así como los artículos 153 y 184 del Reglamento de la LCE, y por ende la naturaleza de la modalidad de ejecución de obras que incluyen diseño y construcción, en el que confluyen las prestaciones de elaboración de expediente y ejecución de obra, toda vez que la constitución del fideicomiso para el manejo de adelantos exclusivamente ha sido previsto para la ejecución de obra[2];

Que, se evidencia una clara contravención a la normativa de contratación pública, configurándose así un vicio de nulidad que impide continuar con el desarrollo del procedimiento de selección;

Que, debe tenerse presente que, en virtud del Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS: *"Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas"*;

Que, considerando que la normativa en contrataciones del Estado ha establecido que la constitución del fideicomiso solo está permitida para la ejecución de obras, para lo cual se ha previsto una serie de disposiciones, en concordancia con el Principio de Legalidad, su cumplimiento es obligatorio, no pudiendo extenderse su aplicación para otro objeto de contratación, como es el caso de la elaboración del expediente técnico, en la medida que la autoridad administrativa debe sujetar sus decisiones a las normas de contratación pública que constituyen normas de orden público;

Que, al respecto, el numeral 44.2 del artículo 44 del Reglamento de la LCE señala lo siguiente:

> ***"Artículo 44. Declaratoria de nulidad***
> *44.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida, la etapa a la que se retrotrae el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.*
> *44.2 El Titular de la Entidad declara de oficio la nulidad de los actos del procedimiento de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, solo hasta antes del perfeccionamiento del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación. (…)"*
>
> *44.3 La nulidad del procedimiento y del contrato ocasiona la obligación de la Entidad de efectuar el deslinde de responsabilidades a que hubiere lugar".* (El subrayado es nuestro)

Que, asimismo, el numeral 72.7 del artículo 72 del Reglamento de la LCE prescribe lo siguiente:

---

[2] Nótese que en la absolución de consultas y observaciones se incorporó la figura del fideicomiso para la prestación referida a la elaboración del expediente técnico.

*"**Artículo 72. Consultas, observaciones e integración de bases***

(…)

72.7. En caso el pliego de absolución de consultas y observaciones e integración de bases incurra en alguno de los supuestos previstos en el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley, corresponde al Titular de la Entidad declarar la nulidad de este acto. Esta facultad es delegable".

Que, sobre la figura de la nulidad del procedimiento de selección, en la Resolución N° 2698-2024-TC-S1 el Tribunal de Contrataciones del Estado ha señalado lo siguiente:

«(…)

27. Al respecto, cabe precisar que la nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades, en el ámbito de la contratación pública, una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones. Eso implica que la anulación del acto administrativo puede encontrarse motivada en la propia acción, positiva u omisiva, de la Administración o en la de otros participantes del procedimiento, siempre que dicha actuación afecte la decisión final tomada por la administración.

En ese sentido, el legislador establece los supuestos de "gravedad máxima a los que no alcanza la cobertura de interés público y a los que, en consecuencia, aplica la sanción máxima de nulidad absoluta que, de este modo, queda convertida en algo excepcional". Ello obedece a que, en principio, todos los actos administrativos se presumen válidos y, por tanto, para declarar su nulidad, es necesario que concurran las causales expresamente previstas por el legislador y al declarar dicha nulidad, se apliquen ciertas garantías tanto para el procedimiento en el que se declara la nulidad como para el administrado afectado con el acto.»

Que, en el presente caso, se advierte que el Requerimiento transgrede el artículo 38 del TUO de la LCE, así como los artículos 153 y 184 del Reglamento de la LCE, lo cual constituye un vicio transcendente que no es pasible de conservación del acto, ***al haberse contravenido normas de orden público*** y la naturaleza del objeto de la contratación, por lo que está comprometida la validez y legalidad de dicho acto, razón por la cual resulta viable que se disponga la nulidad del procedimiento de selección y se retrotraiga hasta el momento en que se cometió el acto viciado, a efectos que el mismo sea corregido;

Que, en adición a ello, debe recalcarse que la administración se encuentra sujeta al principio de legalidad, recogido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual constituye antecedente necesario para cualquier interés público de su actuación, por ello, la posibilidad de la nulidad de oficio implica una vía para la restitución de la legalidad afectada por un acto administrativo, debiendo tenerse en cuenta que las autoridades no pueden pretender sobrepasar los límites legales o actuar al margen de ella;

De conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, así como lo dispuesto en el Decreto Supremo Nº 008-2017-VIVIENDA; la Resolución Ministerial Nº 128- 2018-VIVIENDA, que aprueba el Texto Actualizado del Manual de Operaciones del Programa Agua Segura para Lima y Callao; y las facultades conferidas a través del artículo Primero de la Resolución Directoral N° 23-2024-VIVIENDA-VMCS-PASLC, de fecha 02 de mayo de 2024, modificada a través de la Resolución Directoral Nº 25-2024-VIVIENDA-VMCS/PASLC, de fecha 22 de mayo del año en curso, contando con el visto bueno de la Unidad de Asesoría Legal;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR la nulidad de oficio de la Licitación Pública N° 03-2024-PASLC-1 para la Contratación de la "Ejecución del Saldo de Obra del proyecto: "Sectorización del Sistema de Agua Potable y Alcantarillado de la Parte Alta de Chorrillos: Matriz Próceres - Chorrillos". CUI 2403504, Tipología C, bajo el esquema Diseño y Construcción con Estudio Básico de Ingeniería" y retrotraer hasta la etapa de convocatoria, conforme los alcances del artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, por los fundamentos expuestos en la presente Resolución;

Artículo 2.- DISPONER que la Unidad Funcional de Abastecimiento registre la presente Resolución en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE, para los fines pertinentes;

Artículo 3.- DISPONER que la Secretaria Técnica de Procedimientos Administrativos Disciplinarios del Programa Agua Segura para Lima y Callao efectúe las acciones que correspondan para el deslinde de responsabilidades a que hubiere lugar, conforme a lo establecido en el numeral 44.3 del artículo 44 de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado;

Artículo 4.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional del Programa Agua Segura para Lima y Callao;

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Firmado digitalmente por
ROSA NELLY ROJAS MONTREUIL
DIRECTORA
UNIDAD DE ADMINISTRACION
Ministerio de Vivienda, Construcción
y Saneamiento