

OPINIÓN N° 015-2023/DTN

Solicitante: Banco de la Nación

Asunto: Plan Anual de Contrataciones

Referencia: Formulario S/N de fecha 28.DIC.2022 – Consulta sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Christian Nelson Alcalá Negrón, Subgerente de Compras de la Gerencia de Administración y Logística del Banco de la Nación, formula consultas sobre la obligación de incluir en el Plan Anual de Contrataciones los supuestos excluidos a los que se refiere el literal a) del artículo 4 de la Ley, así como su registro en el SEACE.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, así como por el numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

- “Ley” a la aprobada mediante la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias¹.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “¿Los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado detallados en el artículo 4 de la norma citada, deben ser registrados en el Plan Anual de Contrataciones (PAC)?”

2.1.1. De manera previa, corresponde indicar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado versan sobre la interpretación general de las disposiciones

¹ La última modificación al Reglamento ha sido efectuada mediante el Decreto Supremo N° 308-2022-EF, vigente desde el 24 de diciembre de 2022.

contenidas en la normativa de contrataciones del Estado; en ese sentido, se brindarán alcances generales sobre la consulta formulada.

2.1.2. 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 igualitario², 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.

En dicho contexto, debe indicarse que el artículo 3 de la Ley delimita el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, tomando en consideración dos criterios: (i) el criterio subjetivo, referido a los órganos u organizaciones de la Administración Pública que se encuentran obligados a aplicar las disposiciones de dicho cuerpo normativo y (ii) el criterio objetivo, referido a las contrataciones que se encontraban bajo el ámbito de aplicación de la referida normativa.

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.

No obstante, téngase presente que la Ley ha establecido en sus artículos 4 y 5 —de manera expresa—, una lista de supuestos que se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado; así, al configurarse alguno de los mencionados supuestos, la contratación puede realizarse sin emplear las disposiciones contenidas en la mencionada normativa, sin perjuicio de la observancia al cumplimiento de los principios que deben regir a toda a contratación pública³.

Así, dentro de los referidos supuestos excluidos de ámbito de aplicación se tiene el previsto en el literal a) del artículo 4 de la Ley, que señala que **la norma no es aplicable para: “Contratos bancarios y financieros que provienen de un servicio financiero, lo que incluye a todos los servicios accesorios o auxiliares a un servicio de naturaleza financiera, salvo la contratación de seguros y el arrendamiento financiero, distinto de aquel que se regula en la Ley 28563 o norma que la sustituya.”** (El énfasis es agregado)

² El Tribunal Constitucional ha señalado en el numeral 19 de la Sentencia recaída sobre el Expediente N° 020-2003-AI/TC que “(...) ningún mecanismo de adquisición será válido si no se respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario”.

³ En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, señalando en el numeral 19 de la Sentencia recaída en el Expediente N°020-2003-AI/TC, lo siguiente: “(...) si bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76° de la Constitución, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución, y cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública. **Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario**”. (El énfasis es agregado)

Sobre el particular, cabe señalar que mediante Decreto Supremo N° 169-2022-EF⁴, entre otros, se brindó alcances sobre la denominación de los contratos bancarios y financieros referidos en el literal a) del artículo 4 de la Ley. Así en su artículo 2, el referido decreto estableció que los contratos bancarios y financieros a los que hace referencia el literal a) del artículo 4 de la Ley son: a) Los que tienen por objeto realizar operaciones y servicios del sistema financiero, así como, aquellos que tienen por objeto prestar servicios accesorios o auxiliares que permiten viabilizar una operación o servicio del sistema financiero, contemplados en la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, y disposiciones emitidas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) ; y, b) Los que tienen por objeto realizar operaciones y servicios en el mercado de valores, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 861, Ley del Mercado de Valores.

2.1.3. En otro orden de ideas, cabe indicar que de conformidad con el artículo 15 de la Ley, el Plan Anual de Contrataciones (PAC) aprobado debía prever las contrataciones de bienes, servicios y obras cubiertas con el Presupuesto Institucional de Apertura y el valor estimado de dichas contrataciones, con independencia que se sujeten al ámbito de aplicación de la presente Ley o no, y de la fuente de financiamiento, asimismo se precisa que el PAC se publica en el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (SEACE) y el portal institucional de la respectiva Entidad.

Cabe indicar que, dicha publicación se realiza dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la aprobación del Plan Anual de Contrataciones o de sus modificaciones, e incluye la publicación del correspondiente documento aprobatorio o modificatorio, de ser el caso, de conformidad al artículo 6 del Reglamento.

De forma complementaria, la Directiva N° 002-2019-OSCE/CD⁵ “Plan Anual de Contrataciones” —en su numeral 6.1 del Apartado VI— define al PAC como un instrumento de gestión para planificar, ejecutar y evaluar las contrataciones programadas en el Cuadro Multianual de Necesidades, vinculadas con el Plan Operativo Institucional y el Presupuesto Institucional de la Entidad.

Asimismo, en su numeral 7.2 del Apartado VII de la Directiva N° 002-2019-OSCE/CD establece los procedimientos de selección y las contrataciones que debe contener el PAC; así, entre otros, incluye “e) **Las contrataciones previstas en el literal f⁶ del artículo 4 del TUO de la Ley, así como en los literales d⁷, e⁸ y f⁹ del numeral 5.1 del artículo 5 del TUO de la Ley. Asimismo, deben incluirse contrataciones que se realicen en el marco de los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga a los que hace referencia**

⁴ Publicado en el Diario Oficial el Peruano el 24 de julio de 2022.

⁵ Aprobada mediante Resolución N° 014-2019-OSCE/PRE, publicada en el Diario oficial El Peruano el 29 de enero de 2019 y modificada mediante Resolución N° 213-2021-OSCE/PRE.

⁶ “Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estados o entidades cooperantes, siempre que se deriven de operaciones de endeudamiento externo y/o donaciones ligadas a dichas operaciones.”

⁷ “Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estados o entidades cooperantes, que se deriven de donaciones efectuadas por estos, siempre que dichas donaciones representen por lo menos el 25% del monto total de las contrataciones involucradas en el convenio suscrito para tal efecto o provengan de organismos multilaterales financieros.”

⁸ “Las contrataciones que realice el Estado peruano con otro Estado.”

⁹ “Las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país cuando se sustente la imposibilidad de realizar la contratación a través de los métodos de contratación de la presente Ley.”

el literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 del TUO de la Ley.” (El énfasis es agregado)

Como se aprecia la Directiva N° 002-2019-OSCE/CD establece los procedimientos de selección y demás contrataciones que debe incluir el PAC de forma obligatoria. En tal medida, de conformidad al literal e) del numeral 7.2 del Apartado VII de la Directiva debe contener, entre otras, las contrataciones que se encuentran comprendidas como supuestos excluidos del ámbito de aplicación previstas en el literal f) del artículo 4 de la Ley, así como en los literales d), e) y f) del numeral 5.1 del artículo 5 Ley.

Por lo expuesto, el supuesto excluido del ámbito de aplicación previsto en el literal a) del artículo 4 de la Ley **no** se encuentra comprendido en los procedimientos de selección ni en las contrataciones que deben ser incluidas en el PAC según el numeral 7.2 del Apartado VII de la Directiva N° 002-2019-OSCE/CD; consecuentemente, **no resulta exigible su inclusión en el PAC.**

2.2. “De ser afirmativa la respuesta, ¿Cuál sería el procedimiento para registrarlos en el PAC a través del SEACE?”

2.2.1. De acuerdo con lo señalado al absolver la consulta anterior, teniendo en cuenta que supuesto excluido del ámbito de aplicación previsto en el literal a) del artículo 4 de la Ley no se encuentra comprendido en los procedimientos de selección ni en las contrataciones que deben ser incluidas en el PAC según el numeral 7.2 del Apartado VII de la Directiva N° 002-2019-OSCE/CD; en tal medida, carece de objeto pronunciarse sobre el extremo de la consulta formulada.

3. CONCLUSIÓN

El supuesto excluido del ámbito de aplicación previsto en el literal a) del artículo 4 de la Ley no se encuentra comprendido en los procedimientos de selección ni en las contrataciones que deben ser incluidas en el PAC según el numeral 7.2 del Apartado VII de la Directiva N° 002-2019-OSCE/CD; consecuentemente, no resulta exigible su inclusión en el PAC.

Jesús María, 24 de enero de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

PMR/GMS