

OPINIÓN N° 048-2023/DTN

Solicitante: China Railway N° 10 Engineering Group Co, LTD – Sucursal del Perú
Asunto: Ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado
Referencia: Formulario S/N de fecha 30.MAR.2023 – Consulta sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Representante Legal de la empresa China Railway N° 10 Engineering Group Co, LTD – Sucursal del Perú, señor Zhang Kaiyu formula diversas consultas acerca de las Entidades bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado

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

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

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y sus modificatorias.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

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

2.1. “¿De acuerdo con el artículo 3 de la Ley de Contrataciones del estado, debe interpretarse que los organismos internacionales se encuentran comprendidos bajo el termino genérico de entidad pública?” (Sic).

2.1.1. En primer lugar, debe indicarse que el artículo 76° de la Constitución Política de 1993 señala que la ejecución de obras y la adquisición de suministros, con utilización de fondos o recursos públicos, se ejecutan obligatoriamente “*por contrata y licitación*”

pública”, así como también la adquisición o enajenación de bienes; por su parte, la contratación de servicios cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se realiza mediante “*concurso público*”. Adicionalmente, la mencionada norma prescribe que, por ley, se establecerá el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha precisado que “*La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos.*”¹ (El subrayado es agregado).

Como se desprende del artículo 76 de la Constitución Política y de lo señalado por el Tribunal Constitucional, la contratación de bienes, servicios y obras con fondos públicos debe realizarse, obligatoriamente, mediante los procedimientos que establezca la ley que desarrolla este precepto constitucional.

Así, 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 Al respecto, es preciso mencionar que el artículo 3 de la Ley delimita el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, teniendo en cuenta dos criterios: (i) **el criterio subjetivo**, referido a los sujetos que deben ajustar sus actuaciones a las disposiciones de la referida normativa; y (ii) **el criterio objetivo**, referido a las actuaciones que se encuentran bajo su ámbito.

De esta manera, el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley establece un listado de los órganos y organismos de la Administración Pública², bajo el término genérico de “Entidades”, que se encuentran en la obligación de aplicar la normativa de contrataciones del Estado, siendo estos los siguientes:

- a) Los Ministerios y sus organismos públicos, programas y proyectos adscritos.
- b) El Poder Legislativo, Poder Judicial y Organismos Constitucionalmente Autónomos.
- c) Los Gobiernos Regionales y sus programas y proyectos adscritos.
- d) Los Gobiernos Locales y sus programas y proyectos adscritos.
- e) Las universidades públicas.

¹ Numeral 12 de la Sentencia recaída sobre el EXP. N° 020-2003-AI/TC, de fecha 17 de mayo de 2004.

² A efectos de precisar el contenido de “administración pública”, resulta pertinente citar a 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*”. RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico, décima edición, 2009, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Pág. 65.

- f) Juntas de Participación Social.
- g) Las empresas del Estado pertenecientes a los tres niveles de gobierno.
- h) Los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o privado.

Por su parte, el numeral 3.2 del artículo 3 de la Ley establece que, en el marco de la normativa de Contrataciones del Estado, las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los órganos desconcentrados tienen el mismo tratamiento que las Entidades señaladas en el numeral anterior.

Adicionalmente, el numeral 3.3 del precitado artículo señala que la referida normativa aplica a las contrataciones que realizan las Entidades y órganos señalados en los numerales precedentes, así como a otras organizaciones que, para proveerse de los bienes, servicios u obras requeridos, asumen el pago correspondiente con cargo a fondos públicos³.

Precisando lo anterior, el artículo 3 del Reglamento establece que pueden realizar contrataciones en el marco de la Ley y el Reglamento, las organizaciones creadas conforme al ordenamiento jurídico nacional, así como los órganos desconcentrados de las Entidades siempre que cuenten con autonomía y capacidad para gestionar sus contrataciones, conforme a sus normas autoritativas.

De lo señalado puede advertirse que la normativa de contrataciones del Estado denomina como “Entidades Públicas” a aquellas organizaciones de los tres niveles de gobierno creadas conforme al **ordenamiento jurídico nacional**, incluidos los organismos constitucionalmente autónomos y empresas estatales, así como sus órganos desconcentrados siempre que cuenten con la autonomía y capacidad para gestionar sus contrataciones, conforme a sus normas autoritativas.

Bajo dicho razonamiento, puede advertirse que no se ha considerado como “Entidad Pública” a los **Organismos Internacionales**⁴ en tanto estos últimos son organizaciones constituidas por dos o más Estados soberanos que se rigen por el derecho internacional público, no habiendo sido creados ni se encuentran bajo el ámbito del ordenamiento jurídico nacional.

2.2 “¿De acuerdo con el numeral 109.2 del artículo 109 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sobre encargo a organismos internacionales, un organismo internacional podría estar comprendido bajo el término genérico de entidad pública?”
(Sic).

2.2.1 Al respecto, debe indicarse que de acuerdo con el numeral 109.2 del artículo 109 del Reglamento, las Entidades pueden **encargar** las actuaciones preparatorias y el

³ 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

⁴ De acuerdo con el Anexo de Definiciones del Reglamento, un Organismo Internacional es toda organización instituida por dos o más Estados soberanos mediante un tratado u otro instrumento regido por el derecho internacional público, que se encuentra dotada de personalidad jurídica internacional propia y que se encuentra debidamente acreditada en el Perú, a través del sector competente. Además de los Estados, los Organismos Internacionales pueden contar entre sus miembros con otras entidades públicas.

procedimiento de selección a **organismos internacionales** debidamente acreditados cuando se trate de objetos cuya contratación implica capacidad técnica con la que la Entidad no cuenta, tiene de manera insuficiente o cuando, dada la envergadura o complejidad del objeto, requiere de apoyo técnico de mayor especialización.

Como se puede advertir, el referido artículo no dota de la calidad de “Entidad Publica” a los organismos internacionales, sino que se limita a regular la figura del encargo del procedimiento de selección, precisando que, en determinados casos, una Entidad Publica *-comprendida bajo los alcances del artículo 3 de la Ley-* podría encargar las actuaciones preparatorias y el procedimiento de selección a organismos internacionales debidamente acreditados.

Cabe precisar que constituye requisito indispensable que el organismo internacional tenga dentro de sus fines el desarrollo de actividades objeto del encargo conforme a los instrumentos que lo rigen y, además, que cuente con procedimientos formales de carácter general, previamente establecidos, para ejecutar dicho objeto.

Asimismo, el encargo de las actuaciones preparatorias y/o el procedimiento de selección a un organismo internacional, no implica que dicha contratación se encuentre excluida del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado.

3. CONCLUSION

- 3.1. No se ha considerado como “Entidad Publica” *-según los alcances del artículo 3 de la Ley-* a los Organismos Internacionales en tanto estos últimos son organizaciones constituidas por dos o más Estados soberanos que se rigen por el derecho internacional público, no habiendo sido creados ni se encuentran bajo el ámbito del ordenamiento jurídico nacional.

Jesús María, 3 de mayo de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP.