

OPINIÓN N° 073-2019/DTN

Entidad: David Bernabé Medina Aiquipa
Asunto: Ámbito de aplicación de la Ley
Referencia: Carta S/N recibida el 27.MAR.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Ing. David Bernabé Medina Aiquipa, solicita que se emita una opinión acerca del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones 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 acápite 9 del Anexo N°2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS¹

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**Anterior Ley**” al Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley 26850; aprobado mediante D.S.N°083-2004-PCM, vigente desde el 29 de diciembre de 2004 hasta el 31 de enero de 2009.
- “**Anterior Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, vigente desde el 29 de diciembre de 2004 hasta el 31 de enero de 2009.

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas en el documento de la referencia, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 90 del TUPA del OSCE, “Consultas del Sector Privado o la Sociedad Civil, sobre la normativa de contrataciones del Estado”; al respecto, se podido advertir que las consultas N° 1 y 2 se encuentran referidas al ámbito de aplicación de la Ley, mientras que las consultas N°3, 4, 5, 6 y 7, versan sobre la acreditación de los requerimientos técnicos mínimos y la presentación de ofertas. En consecuencia, esta Dirección Técnico Normativa no podrá absolver las consultas N°3, 4, 5, 6 y 7, pues no se encuentran vinculadas a las dos (2) primeras.

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. ***“¿Cuál fue el periodo de vigencia del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N°83-2004 PCM (LCE) y su reglamento aprobado por D.S. N°84-2004 PCM (RLCE)?”***

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, en tanto que la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hacen por “*concurso público*”. Adicionalmente, la mencionada norma prescribe que, por ley, se establecerá el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

De esta forma, se verifica la existencia de un **régimen general** en materia de contrataciones y adquisiciones públicas, el mismo que regula las distintas **fases del proceso de contratación** al que debe someterse la Administración Pública para proveerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus fines —estableciendo los límites mínimos y máximos de actuación administrativa, así como los principios generales que inspiran el desarrollo de los procesos de selección específicos a que hubiera lugar—; sin perjuicio de ello, de acuerdo con lo previsto en el propio mandato constitucional (y en concordancia con la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 020-2003-AI/TC), están permitidas las excepciones a la aplicación de dicho ordenamiento general siempre que éstas se establezcan a través de una Ley.

En ese marco, en atención a la consulta formulada, corresponde mencionar que el T.U.O. de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley 26850, aprobado mediante D.S.N°083-2004-PCM; y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, eran las normas que desarrollaban el comentado precepto constitucional, mientras se mantuvieron vigentes, esto es, desde el 29 de diciembre del año 2004 hasta el 31 de enero del 2009².

2.2. ***“¿El TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 830-2004 PCM (LCE) y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N°84-2004 PCM (RLCE), es aplicable a todos los tipos de procesos de selección para Bienes, Servicios y Obras?”***

- 2.2.1. La anterior Ley, como toda norma de carácter especial, precisaba el ámbito de su aplicación, distinguiendo, para tal efecto, dos aspectos fundamentales: el subjetivo y el objetivo. El primer aspecto estaba referido a los sujetos que debían someter su comportamiento a las prescripciones establecidas en la Ley, cuando ejecutaban los actos previstos en la misma; el segundo aspecto estaba referido a la materia u objeto que pretendía regular la norma.

² De conformidad con el Artículo 1 del Decreto de Urgencia N° 014-2009, publicado el 31 enero 2009, que establece el inicio de la vigencia del Decreto Legislativo N° 1017 y, con ello, deroga la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y normas modificatorias.

Con referencia al aspecto subjetivo, el numeral 2.1 del artículo 2° de la Ley, enunciaba a los sujetos que —bajo el término genérico de Entidad— se encontraban comprendidos dentro del alcance de dicho cuerpo legal. Por su parte, el ámbito de aplicación objetivo se encontraba precisado en el artículo 1° y en el numeral 2.2 de la Ley, que establecía, de forma genérica, la obligación de las Entidades de someterse a los lineamientos establecidos en la Ley cuando requerían adquirir o contratar bienes, servicios u obras necesarias para el cumplimiento de sus funciones y por las cuales asuman el pago del precio o de la retribución correspondiente. Ello en concordancia con lo señalado en el artículo 76° de la Constitución Política del Perú.

En consecuencia, puede concluirse que, en términos generales, se encontraban dentro del ámbito de aplicación de la anterior Ley y el anterior Reglamento las adquisiciones y contrataciones que las Entidades enumeradas en el artículo 2° de la anterior Ley pretendían celebrar o perfeccionar, por las cuales el Estado asumía la obligación de retribuir con una suma dineraria al contratista por su prestación que podía consistir en la entrega de bienes, realización de servicios o ejecución de una obra.

2.2.2. Ahora bien, en las contrataciones y adquisiciones realizadas bajo el ámbito de la anterior normativa de contrataciones del estado, se podían distinguir con claridad tres fases: i) fase de programación y actos preparatorios; ii) fase de selección; y iii) fase de ejecución contractual.

En la fase de programación y actos preparatorios, la Entidad determinaba el objeto de contratación y sus características técnicas; asimismo, verificaba que la Entidad hubiese contado con los recursos financieros necesarios para asumir el pago. En la fase selectiva, se elegía en el marco de una libre competencia al proveedor con quien celebraría el contrato. Finalmente, en la ejecución contractual se ejecutaban las prestaciones acordadas.

Ahora, como se puede apreciar, la consulta planteada está referida a la fase selectiva de la contratación y adquisición de bienes.

Sobre el particular, es preciso anotar que la fase selectiva se viabilizaba mediante alguno de los procesos de selección que estaban contemplados en la anterior Ley.

Dicho esto, se debe mencionar que, de conformidad con lo prescrito por el artículo 14 de la anterior Ley, la Entidad disponía de cuatro (4) procesos de selección diferentes para elegir al proveedor con quien celebraría el contrato: i) Licitación Pública; ii) Concurso Público; iii) Adjudicación Directa y iv) Adjudicación Menor Cuantía. Es decir, toda vez que una Entidad hubiese necesitado contratar la entrega o suministro de un bien, la prestación de un servicio o la ejecución de una obra que hubiera estado dentro del ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado, debía haber utilizado alguno de los procesos de selección mencionados para elegir al proveedor con quien iba a celebrar el contrato.

Para culminar con este apartado es preciso hacer una última anotación. Como se sabe, por lo general, toda regla cuenta con excepciones. Bajo esta premisa, la obligatoriedad de la utilización de los procesos de selección encontraba su excepción en el acaecimiento de determinadas circunstancias que, a criterio de la anterior Ley, justificaban la exoneración del respectivo proceso de selección. Así, el artículo 19 de la anterior Ley, establecía de forma taxativa cuáles eran dichas circunstancias; no obstante, es preciso indicar que la exoneración del proceso de selección, no significaba que la entidad se encontraba habilitada para inaplicar la anterior Ley, sino que tenía la facultad de no utilizar alguno de los procesos establecidos en esta, quedando intacta la obligación de aplicar las disposiciones de la anterior Ley referidas a las actuaciones preparatorias y ejecución contractual³.

- 2.2.3.** De lo expuesto hasta este punto, y en atención a la consulta formulada, se debe mencionar que la Entidad debía verificar que la contratación que necesitaba llevar a cabo se encontraba dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. De ser ese el caso, debía aplicar dichas normas en cada una de las fases del proceso de contratación: i) fase de programación y actos preparatorios; **ii) fase selectiva**; y iii) fase de ejecución contractual.

Como se anotó, la fase selectiva se viabilizaba por medio de alguno de los cuatro (4) procesos de selección establecidos en la anterior Ley. Así, sea cual fuere el proceso de selección que se hubiese adoptado, la Entidad debía aplicar íntegramente las normas establecidas en la anterior normativa de contrataciones del Estado.

Finalmente, cabe precisar que el acaecimiento de las circunstancias que habilitaban a la Entidad a exonerarse del proceso de selección, no justificaban la inaplicación “total” de la normativa de contrataciones del Estado, sino únicamente de aquellas disposiciones referidas al proceso de selección. Por tanto, incluso en una contratación mediante exoneración, la Entidad tenía la obligación de aplicar los extremos de la normativa de contrataciones del Estado que estaban referidos a las actuaciones preparatorias y ejecución contractual.

3. CONCLUSIONES.

- 3.1. El T.U.O. de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley 26850; aprobado mediante D.S.N°083-2004-PCM; y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, eran las normas que desarrollaban el precepto contemplado en el artículo 76° de la Constitución Política del Perú, mientras se mantuvieron vigentes; esto es, desde el 29 de diciembre del año 2004 hasta el 31 de enero del 2009.
- 3.2. La Entidad debía verificar que la contratación que necesitaba llevar a cabo se encontraba dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. De ser el caso, debía aplicar dichas normas en cada una de las fases del proceso de contratación: i) fase de programación y actos

³ También es pertinente mencionar que la exoneración del proceso de selección, tampoco implicaba que la Entidad se hubiese encontrado habilitada para inaplicar otras normas de carácter administrativo, tales como aquellas referidas a los sistemas de control, presupuesto, tesorería, entre otros.

preparatorios; ii) fase selectiva; y iii) fase de ejecución contractual.

- 3.3. La fase selectiva se viabilizaba por medio de alguno de los cuatro (4) procesos de selección establecidos en la anterior Ley. Así, sea cual fuere el proceso de selección que se hubiese adoptado, la Entidad debía aplicar íntegramente las normas establecidas en la anterior normativa de contrataciones del Estado.

Jesús María, 10 de mayo de 2019

CARLA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

RVC.