

OPINIÓN N° 076-2023/DTN

Solicitante: Centro de Formación en Turismo - Cenfortur

Asunto: Configuración del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado y las contrataciones entre Entidades.

Referencia: Formulario S/N de fecha 28.JUN.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Jefa de la Oficina de Administración y Finanzas del Centro de Formación en Turismo - Cenfortur formula varias consultas referidas al término genérico “Entidad” y la configuración del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y las contrataciones celebradas entre Entidades en el marco 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 la Ley N° 30225 y sus modificatorias.
- “Reglamento” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “¿Los Organismos Públicos Ejecutores o los Organismos Públicos Técnico Especializados adscritos a un Ministerio se encuentran dentro del ámbito de aplicación del artículo 3 de la Ley de Contrataciones con el Estado?” (Sic.).

2.1.1. De manera preliminar, corresponde señalar que el artículo 76 de la Constitución Política del Perú establece que la ejecución de obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, remitiendo a la ley el desarrollo de los procedimientos, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

Sobre el particular, corresponde indicar que la Ley es la norma que desarrolla el citado precepto constitucional y, juntamente con su Reglamento y las demás normas de carácter reglamentario emitidas por el OSCE, constituyen la normativa de contrataciones del Estado¹.

2.1.2. Ahora bien, corresponde señalar que la Ley establece su ámbito de aplicación en su artículo 3 tomando en consideración dos criterios: (i) el criterio subjetivo, referido a los sujetos que deben adecuar sus actuaciones a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado; y, (ii) el criterio objetivo, referido a las actuaciones que se encuentran bajo el ámbito de la mencionada normativa. Cabe precisar que el ámbito de aplicación de la ley se configura cuando se encuentran de manera concurrente ambos criterios señalados.

En relación con el criterio subjetivo, el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley establece un listado de las organizaciones de la Administración Pública que, bajo el término genérico de “Entidad”, se encuentran en la obligación de aplicar la normativa de contrataciones del Estado. Asimismo, el artículo 3 del Reglamento precisa 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*”.

En adición a ello, debe precisarse que el literal a) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley establece que se encuentran comprendidos bajo el término de “Entidad” a “*Los Ministerios y sus organismos públicos, programas y proyectos adscritos*”.

2.1.3. La consulta solicita que se determine si los Organismos Públicos Ejecutores o los Organismos Públicos Técnico Especializados adscritos a un Ministerio se enmarcan en el concepto de “Entidad” que contempla el artículo 3 de la Ley.

Sobre el particular, es pertinente indicar que el artículo 30 de la Ley N° 29158 “Ley Orgánica del Poder Ejecutivo” (LOPE) establece que los Organismos Públicos Ejecutores “*(...) ejercen funciones de ámbito nacional. Se crean cuando existen las*

¹ En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en el numeral 19 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 020-2003-AI/TC, indicando: “*(...) la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76° de la Constitución (...)*”.

siguientes condiciones: // 1. Se requiera una entidad con administración propia, debido a que la magnitud de sus operaciones es significativa; o // 2. se requiera una entidad dedicada a la prestación de servicios específicos; o // 3. se requiera una entidad dedicada a la producción de conocimiento y tecnología a través de la investigación científica, el desarrollo tecnológico y la transferencia de tecnología, denominada instituto público de investigación (IPI)”; asimismo, el dispositivo precisa que dichos Organismos “Están sujetos a los lineamientos técnicos del Sector del que dependen (...).”

Por otra parte, el artículo 31 de la Ley N° 29158 “Ley Orgánica del Poder Ejecutivo” establece que “*Los Organismos Públicos Especializados tienen independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su Ley de creación. Están adscritos a un ministerio y son de dos tipos: // 1. Organismos Reguladores. // 2. Organismos Técnicos Especializados*”.

Como es de verse, los Organismos Público Ejecutores y los Organismos Públicos Especializados son organizaciones públicas que dependen o están adscritas a un ministerio (sector), siendo así, para catalogarlas como organizaciones que se encuentran enmarcadas en el término genérico “Entidad” de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley y el artículo 3 del Reglamento, debe verificarse que, además, —la organización que es objeto de análisis— cuente con autonomía y capacidad para gestionar sus contrataciones, conforme a sus normas autoritativas.

Sobre el particular, es importante aclarar que la sujeción de determinadas contrataciones a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado será obligatoria cuando quien pretende satisfacer sus necesidades de bienes, servicios y obras tiene la calidad de “Entidad”, en los términos referidos en el artículo 3 de la Ley y si, además, para tales efectos, debe asumir el pago con cargo a fondos públicos; condiciones que —como ya se señaló— deben presentarse de forma concurrente.

2.1.4. En definitiva, los Organismos Públicos Ejecutores y los Organismos Públicos Especializados pueden cumplir con el criterio subjetivo previsto en el artículo 3 de la Ley y, por tanto, ser considerados “Entidad” en el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, siempre que cuenten con autonomía y capacidad para gestionar sus contrataciones, conforme a sus normas autoritativas.

2.2. “*¿Las Entidades Públicas que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del artículo 3 de la Ley de Contrataciones con el Estado, pueden ser proveedores del Estado?*” (Sic.).

2.2.1. De manera preliminar, corresponde señalar que el criterio subjetivo contemplado en el artículo 3 de la Ley que forma parte del supuesto que configura el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, es distinta e independiente de la posible situación en que una organización pública pueda intervenir en un procedimiento de selección en calidad de proveedor.

2.2.2. Preciado lo anterior, debe indicarse que el artículo 27 de la Ley establece un listado de causales que, al configurarse, habilitan a las Entidades Públicas a emplear el

procedimiento de selección de contratación directa. De esta forma, cuando se configura alguna de las referidas causales, las Entidades se encuentran facultadas a usar el referido procedimiento de selección no competitivo que consiste en contratar directamente con un determinado proveedor sin realizar las actuaciones que forman parte de los procedimientos de selección clásicos.

Entre dichas causales de contratación directa se tiene al establecido en el literal a) del numeral 27.1 del artículo 27 de la Ley, el cual prevé que las Entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor *“Cuando se contrate con otra Entidad, siempre que en razón de costos de oportunidad resulte más eficiente y técnicamente viable para satisfacer la necesidad, y no se contravenga lo señalado en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú”*.

Sobre el particular, es pertinente señalar que el artículo 60 de la Constitución Política del Perú contempla el principio de subsidiariedad el cual postula que *“Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”*.

En ese entender, una Entidad Pública puede contratar directamente con otra Entidad Pública siempre que en razón de costos de oportunidad resulte más eficiente y técnicamente viable para satisfacer la necesidad y, además, que la Entidad con la que se pretenda contratar, no debe ser empresa del Estado o realizar actividad empresarial de manera habitual, cabe indicar, que conforme lo dispuesto en el literal a) del artículo 100 del Reglamento se considera por habitual la suscripción de más de dos (2) contratos en el objeto de la contratación en los últimos doce (12) meses.

2.2.3. En definitiva, una organización pública que cumple con las condiciones para ser catalogada como “Entidad” de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley, podría también intervenir en un proceso de contratación pública en calidad de proveedor, siempre que, por ley expresa, se encuentre autorizada a realizar subsidiariamente actividad empresarial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú. El que una organización pública cumpla con las condiciones para ser catalogada como “Entidad” en el marco de la normativa de contrataciones del Estado no le otorga automáticamente las condiciones para poder participar en procesos de contratación en calidad de proveedora.

2.3. *“Las Entidades Públicas cuando sean proveedores de instituciones privadas o que sean pagados sus bienes y servicios con fondos privados, dichas contrataciones se encontrarían dentro del ámbito de la Ley de Contrataciones con el Estado?”* (Sic.).

2.3.1. Como se señaló al absolver la primera consulta, el ámbito de aplicación de la Ley se configura cuando se tiene una contratación que va a ser celebrada por una Entidad de la Administración Pública con la **finalidad de abastecerse** de bienes, servicios u obras cuyo pago efectúen con cargo a fondos públicos.

2.3.2. De esta forma, se advierte que los contratos que se encuentran bajo el ámbito de



aplicación de la Ley son aquellos **en donde una de las partes es una Entidad Pública que busca abastecerse** de bienes, servicios u obras y que, como contraprestación realizará un pago usando fondos públicos para tales efectos.

Por tanto, aquellos contratos en los que una Entidad Pública participa en calidad de proveedor de una organización privada y en donde se empleen únicamente fondos privados para hacer efectivo el pago, no se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Los Organismos Públicos Ejecutores y los Organismos Públicos Especializados pueden cumplir con el criterio subjetivo previsto en el artículo 3 de la Ley y, por tanto, ser considerados “Entidad” en el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, siempre que cuenten con autonomía y capacidad para gestionar sus contrataciones, conforme a sus normas autoritativas.
- 3.2. Una organización pública que cumple con las condiciones para ser catalogada como “Entidad” de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley, podría también intervenir en un proceso de contratación pública en calidad de proveedor, siempre que, por ley expresa, se encuentre autorizada a realizar subsidiariamente actividad empresarial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú. El que una organización pública cumpla con las condiciones para ser catalogada como “Entidad” en el marco de la normativa de contrataciones del Estado no le otorga automáticamente las condiciones para poder participar en procesos de contratación en calidad de proveedora.
- 3.3. Aquellos contratos en los que una Entidad Pública participa en calidad de proveedor de una organización privada y en donde se empleen únicamente fondos privados para hacer efectivo el pago, no se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado.

Jesús María, 17 de julio de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS