

Expediente N°: 63856

T.D.: 19627894

### OPINIÓN N° 078-2021/DTN

Solicitante: Instituto Nacional de Radio y Televisión del Perú - INRTP

Asunto: Supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado

Referencia: Consulta S/N de fecha 05.JUL.2021 - Sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

---

#### 1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Gerenta General del Instituto Nacional de Radio y Televisión del Perú formula consulta relacionada a la observancia de las opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, respecto de casos concretos.

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 vinculadas 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<sup>1</sup>, 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, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

#### 2. CONSULTA Y ANÁLISIS<sup>2</sup>

Tomando en consideración el contexto normativo al que se hace alusión en la solicitud planteada, en la presente Opinión se entenderá por:

---

<sup>1</sup> Conforme ha sido recogido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 13 de marzo de 2019.

<sup>2</sup> Las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas a la interpretación del sentido y alcance de la normativa de Contrataciones del Estado, sin hacer referencia a situaciones particulares o casos concretos. En esa medida, se han revisado las consultas formuladas por la solicitante en el documento de la referencia, advirtiéndose que en las consultas N° 2 y 3 se desarrolla un **escenario particular** y no se refieren a disposiciones de la normativa de Contrataciones del Estado, por lo que su atención excedería la competencia contenida en el literal n) del artículo 52 de la Ley. Adicionalmente, la consulta N° 4 no formula, de manera clara y directa, una consulta referida a dicha normativa. Por tanto, dichas consultas no podrán ser atendidas en el marco de la presente opinión.

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

**2.1. “¿Las opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del OSCE respecto a las contrataciones internacionales, son de carácter vinculante? Es decir, son de obligatorio cumplimiento en todos los casos o debe ser evaluado dependiendo cada caso en concreto.”**

2.1.1. 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 igualitario<sup>3</sup>, 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.

2.1.2. En dicho contexto, corresponde precisar que el artículo 3 de la Ley establece el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, teniendo en consideración dos criterios: uno *subjetivo*, referido a los sujetos que deben adecuar sus actuaciones a las disposiciones de dicha normativa, y otro *objetivo*, referido a las actuaciones que se encuentran bajo su ámbito; así, para verificar el ámbito de aplicación de la Ley, ambos elementos deben presentarse de forma concurrente.

Asimismo, el artículo 3 de la Ley establece un listado de los órganos u organismos de la Administración Pública<sup>4</sup> que se encuentran en la obligación de aplicar la normativa

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 020-2003-AI/TC.

<sup>4</sup> A efectos de precisar el contenido de “*administración pública*”, resulta pertinente citar lo señalado por 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.*” (El subrayado es agregado). RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, décima edición, 2009, Pág. 65.

Adicionalmente, el mismo autor indica que “La administración pública está en todo el Estado: en el Congreso, en el Poder Judicial, en los órganos del Estado, y en los gobiernos regionales y locales. Pero la parte más importante de la Administración está en el Poder Ejecutivo (...)” (el subrayado es agregado). RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal*

de contrataciones del Estado, a los cuales denomina bajo el término genérico de “Entidad”.

A su vez, el numeral 3.3 del referido artículo precisa que la normativa de contrataciones del Estado se aplica a las contrataciones que realicen las Entidades para proveerse de los bienes, servicios u obras, las cuales asumen el pago de la contraprestación correspondiente con cargo a fondos públicos.

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<sup>5</sup>.

- 2.1.3. No obstante, el artículo 4 de la Ley establece supuestos taxativos que, pese a verificarse en varios de ellos los criterios subjetivo y objetivo para la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, se encuentran fuera del ámbito de aplicación de ésta y no se encuentran sujetos a supervisión por parte del OSCE.

Por su parte, el artículo 5 de la Ley regula otros supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, los cuales sí se encuentran bajo la supervisión de este Organismo Técnico Especializado.

En esta medida, **las contrataciones que se enmarquen dentro de los supuestos de inaplicación de la normativa de contrataciones del Estado, previstos en los artículos 4 y 5 de la Ley, podrán realizarse sin observar las disposiciones de dicha normativa, lo cual no enerva la obligación de observar los principios que rigen toda contratación pública, cuando corresponda**<sup>6</sup>.

- 2.1.4. Sobre el particular, es oportuno señalar que conforme a lo establecido en el literal f) del artículo 5 de la Ley, se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, pero sujetas a supervisión del OSCE:

“(…)

**f) Las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país cuando se cumpla una de las siguientes condiciones: i) se sustente la imposibilidad de realizar la contratación a través de los métodos de contratación de la presente norma; o ii) el**

---

*Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, primera edición, 2006, Pág. 210.

<sup>5</sup> 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. Finalmente, el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado por Decreto Supremo N° 304-2012-EF, señala que los fondos públicos se orientan a la atención de los gastos que genere el cumplimiento de sus fines, independientemente de la fuente de financiamiento de donde provengan.

<sup>6</sup> De conformidad con lo establecido en la Opinión N° 047-2018/DTN.

*mayor valor de las prestaciones se realice en territorio extranjero. (...).*” (El énfasis es agregado).

Ahora bien, en relación con dicho supuesto excluido, el numeral 4.2 del artículo 4 del Reglamento establece lo siguiente:

*“4.2. Las contrataciones a las que se refieren los literales c) y f) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley requieren de informe técnico e informe legal que sustenten la configuración del supuesto de inaplicación”.* (El énfasis es agregado).

Como se aprecia, las contrataciones que realizan las Entidades al amparo de lo dispuesto en el literal f) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de Contrataciones del Estado; no obstante, aquellas requieren, obligatoriamente, contar de manera previa con los informes técnico y legal que sustenten la configuración de dicho supuesto excluido.

Al respecto, es importante indicar que dicho sustento implica constatar previamente la inexistencia de proveedores en el mercado nacional<sup>7</sup>, en capacidad de proveer el bien o prestar el servicio requerido para satisfacer la necesidad de la Entidad, o que el mayor porcentaje de las prestaciones se ejecutará en el extranjero. Para tal efecto, resulta necesario que la Entidad realice una **indagación de mercado**, producto de la cual se advierta que el bien o servicio requerido no puede ser prestado por ningún proveedor en el mercado nacional, tal como lo ha señalado este Organismo Supervisor en opiniones previas<sup>8</sup>.

2.1.5. Preciado lo anterior, resulta necesario anotar que 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.

Sobre el particular, debe indicarse que si bien no se establece de forma explícita en la normativa de contrataciones del Estado vigente que las opiniones emitidas por el OSCE cuentan con carácter vinculante, dichas opiniones constituyen documentos en los que el Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública analiza la aplicación de la citada normativa, interpreta sus disposiciones<sup>9</sup> e, incluso, integra sus

<sup>7</sup> Cabe precisar que la necesidad de verificar la inexistencia de proveedores en el mercado nacional como condición para llevar a cabo una contratación en el extranjero responde, principalmente, a las siguientes razones: la naturaleza excepcional de los supuestos de inaplicación de la Ley, las cautelas que mantiene el Estado cuando contrata sometido a sus normas internas en salvaguarda de los fondos públicos involucrados, y la existencia de políticas de fomento e incentivo en la contratación estatal.

<sup>8</sup> Conforme a las Opiniones N° 102-2016/DTN, N° 084-2011/DTN y N° 009-2011/DTN, entre otras.

<sup>9</sup> “La teoría de la interpretación jurídica, de esta manera, es la parte de la teoría general del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico – jurídico interno de la norma.” RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema jurídico, décima edición, 2009, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Pág. 220.

normas<sup>10</sup> para salvar vacíos o lagunas legales<sup>11</sup>, según corresponda a la formulación de la consulta.

Es decir, el OSCE, en su calidad de Organismo Técnico Especializado en materia de contratación estatal, tiene asignada la competencia de establecer el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado a través de la emisión de opiniones; por tanto, ninguna otra entidad de la administración pública –salvo que en una norma de igual rango se establezca que comparte tal competencia- puede ejercer dicha función, de conformidad con el Principio de organización e integración<sup>12</sup> contemplado en el artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 29158 “Ley Orgánica del Poder Ejecutivo”.

De esta manera, siendo que la competencia interpretativa de las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado ha sido conferida mediante ley especial, en concordancia con lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente 020-2003-PI/TC<sup>13</sup>, de manera exclusiva al OSCE, puede concluirse que la naturaleza de los criterios interpretativos desarrollados por este Organismo Técnico Especializado –por ejemplo, aquellos que son desarrollados a través de las Opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa- es la de una interpretación auténtica, en el sentido kelseniano del término<sup>14</sup>, de la citada normativa, y por ende,

---

<sup>10</sup> “La integración jurídica, a diferencia de la interpretación, se produce cuando no hay norma jurídica aplicable y se debe, o se considera que se debe, producir una respuesta jurídica al caso planteado. La integración jurídica, así, no aplica normas sino que en realidad crea una norma para el caso. Lo particular de la integración jurídica es que produce normatividad pero no mediante las fuentes formales del Derecho, sino mediante la aplicación del Derecho mismo (...) Por ello, está sujeta a ciertas condiciones, reglas y métodos. Además, su utilización es restrictiva y no extensiva, debido precisamente a que constituye una excepción al principio predominante en el sistema Romano – germánico, en el sentido de que las normas las da, principalmente, el organismo que tiene atribución normativa.” *Ibidem* Pág. 260.

<sup>11</sup> “La laguna del Derecho puede ser definida como aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debiera estar regulado por el sistema jurídico. Estrictamente hablando, el suceso que da origen a la laguna no está previsto en ninguno de los supuestos existentes en las normas vigentes del sistema jurídico, o puede ocurrir también que, a la consecuencia prevista, deba añadirse otra no prevista por el mismo supuesto.” *Ibidem*, Pág. 261.

<sup>12</sup> En virtud del Principio de organización e integración, las entidades del Poder Ejecutivo ejercen las funciones y competencias que le son asignadas, **evitando la duplicidad y superposición** de ellas.

<sup>13</sup> Dicha sentencia estableció que el artículo 76 de la Constitución debe ser desarrollado por ley, y esta ley, que constituye el régimen general, es la ley de contrataciones del Estado, y precisamente esta ley es la que le asigna al OSCE la competencia de interpretar el sentido y alcance de sus disposiciones.

<sup>14</sup> Al respecto, Hans Kelsen en su prestigiosa obra “*Teoría Pura del Derecho*” (1960) señalaba que la interpretación de las normas legales detentaba una esencia en virtud del sujeto (intérprete) que la desarrollaba; de esta forma, para el autor citado “*Tenemos así dos tipos de interpretación, que deben ser nítidamente distinguidas entre sí: la interpretación del derecho por el órgano jurídico de aplicación, y la interpretación del derecho que no se efectúa por un órgano jurídico, sino por una persona privada y, especialmente por la ciencia del derecho*”<sup>14</sup>. Sobre ello, Isabel Lifante (2015) menciona que Kelsen “(...) realiza una clasificación exhaustiva de la interpretación atendiendo al sujeto que interpreta, pues distingue entre lo que llama “**interpretación auténtica**”, que sería aquella **realizada por los órganos aplicadores del Derecho** y la “interpretación no auténtica”, que englobaría todos los supuestos que no encajan en la primera categoría.<sup>14</sup>” (El resaltado es agregado).

deben ser observados por todos los operadores al momento de su aplicación.

En relación con lo anterior, es importante considerar que la labor de definir el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado tiene especial importancia para el cumplimiento de las demás funciones contempladas en el artículo 52 de la Ley, en particular aquella prevista en su literal a)<sup>15</sup>.

En ese sentido, es necesario aclarar que siendo las Opiniones un desarrollo del criterio interpretativo de la normativa de contrataciones del Estado, estas no versan, de manera directa, a situaciones concretas; las Opiniones desarrollan líneas y criterios interpretativos sobre la normativa de contrataciones del Estado que deben ser considerados al momento de analizar sus disposiciones, mas no analizan ni establecen presupuestos de hecho y por ende no pueden configurar ni constituir precedentes administrativos.

2.1.6. Por lo expuesto, si bien la normativa de contrataciones del Estado –vigente desde el 30 de enero de 2019- no establece de forma explícita que las opiniones emitidas por el OSCE tienen carácter vinculante, estas deben ser observadas por los operadores de dicha normativa, al momento de su aplicación, toda vez que la emisión de las opiniones constituye el ejercicio de una competencia exclusiva, conferida por una ley especial, del Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública<sup>16</sup>; en esa medida, corresponde observar los criterios vertidos en tales opiniones, incluyendo los referidos a la configuración del supuesto excluido previsto en el literal f) del artículo 5 de la Ley.

### 3. CONCLUSIÓN

Si bien la normativa de contrataciones del Estado –vigente desde el 30 de enero de 2019- no establece de forma explícita que las opiniones emitidas por el OSCE tienen carácter vinculante, éstas deben ser observadas por los operadores de dicha normativa, al momento de su aplicación, toda vez que la emisión de las opiniones constituye el ejercicio de una competencia exclusiva, conferida por una ley especial, del Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública; en esa medida, corresponde observar los criterios vertidos en tales opiniones, incluyendo los referidos a la configuración del supuesto excluido previsto en el literal f) del artículo 5 de la Ley.

Jesús María, 26 de julio de 2021

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
**Directora Técnico Normativa**

**LAA**

<sup>15</sup> “Velar y promover que las Entidades realicen contrataciones eficientes, bajo los parámetros de la Ley, su reglamento y normas complementarias, la maximización del valor de los fondos públicos y la gestión por resultados”.

<sup>16</sup> De esta manera se ha pronunciado la Dirección Técnico Normativa en la Opinión N° 211-2017/DTN.