

OPINIÓN N° 079-2023/DTN

Solicitante: Centro de formación en turismo - Cenfutur

Asunto: Contratación directa entre Entidades públicas

Referencia: Formato S/N de fecha 03.JUL.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la señora (ita) Sonia Bethsabe Pitcovsky Novoa, Jefa de la Oficina de Administración y Finanzas del Centro de Formación en Turismo - Cenfutur, formula diversas consultas referidas a la contratación directa entre entidades públicas, en el marco de lo dispuesto por 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. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y sus modificatorias (en adelante, la “Ley”).

¹ En atención a la competencia conferida a este despacho en virtud del literal n) del artículo 52 de la Ley, se ha revisado el contenido de la solicitud de consulta, a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N°3 del TUPA del OSCE “Solicitud de Consultas de Entidades públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que, de las cuatro (4) consultas planteadas, dos (2) de ellas (la tercera y la cuarta) no cumplen con dichos requisitos, ya que una plantea un supuesto específico sobre el cual se consulta si determinadas actividades (de autofinanciamiento) desvirtúan la habitualidad de actividades empresariales a que se refiere el literal a) del artículo 100 del Reglamento, aspecto que debe ser evaluado por cada Entidad contratante, según el caso concreto; por su parte, la otra consulta no cumple con estar vinculada a los dispositivo normativos que son materia de análisis en las consultas previas. Por lo tanto, en el marco de la presente Opinión, sólo se atenderán las primeras dos consultas del formulario.

- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF (en adelante, el “Reglamento”).

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

2.1. “¿La actividad empresarial del estado, para efectos de la contratación directa entre entidades de la Ley de Contrataciones del Estado, es aquella que tiene finalidad lucrativa, es decir tener utilidad o ganancia?” (Sic).

2.1.1. De manera previa, es pertinente señalar que la normativa de contrataciones del Estado establece supuestos en los que carece de objeto realizar una fase competitiva, toda vez que, por razones coyunturales, económicas o de mercado, la Entidad requiere contratar directamente con un determinado proveedor para satisfacer su necesidad. Dichos supuestos se encuentran establecidos en el artículo 27 de la Ley, y constituyen las causales de contratación directa.

Entre estas causales, se encuentra la referida en la consulta planteada, cuya regulación corresponde a lo dispuesto en el literal a) del artículo 27 de la Ley, en virtud del cual, 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*”.

Al respecto, el literal a) del artículo 100 del reglamento señala lo siguiente: “*La Entidad que actúe como proveedor no debe ser empresa del Estado o realizar actividad empresarial de manera habitual. Se considera por habitual la suscripción de más de dos (2) contratos en el objeto de la contratación en los últimos doce (12) meses*”. (El subrayado es agregado).

De esta manera, se aprecia que el uso de la contratación directa entre Entidades se encuentra supeditada al cumplimiento de las siguientes condiciones: i) que la contratación resulte técnicamente viable para satisfacer la necesidad de una Entidad; ii) que en razón de costos de oportunidad la contratación resulte más eficiente; y iii) **no se contravenga el principio de subsidiariedad contemplado en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.**

2.1.2. En relación con las condiciones antes señaladas, cabe precisar que la primera condición está referida a que el bien, servicio u obra que preste la Entidad que actúe como proveedora, sea técnicamente viable para satisfacer el requerimiento de la Entidad contratante; de lo contrario, esta última debe convocar un procedimiento de selección para contratar a un proveedor que esté en la capacidad de satisfacer - de forma integral- su requerimiento.

La segunda condición implica que la Entidad contratante (previa evaluación) determine que –en razón de los costos de oportunidad, es decir, considerando el tiempo, precio y otros factores relacionados con el objeto de la contratación- resulta más eficiente contratar la prestación del bien, servicio u obra directamente con otra Entidad, que contratar a cualquier otro proveedor a través de un procedimiento de selección.

Respecto de la tercera condición, es preciso señalar que, en virtud del *principio de subsidiariedad*, el Estado al realizar **actividad empresarial** debe actuar como un agente económico más, esto es, sin ningún tipo de prevalencia o ventaja sobre los agentes privados. En coherencia con ello, en el ámbito de la contratación pública, las empresas del Estado deben ser tratadas de la misma manera que las privadas, lo cual implica que deben participar en los procedimientos de selección convocados en las mismas condiciones que estas.

- 2.1.3. Ahora bien, es importante indicar que la tercera condición antes descrita se encuentra directamente vinculada con la restricción establecida en el literal a) del artículo 100 de la Ley, según la cual no se puede emplear la contratación directa sustentada en la causal de “contratación entre entidades” cuando quien vaya a proveer el bien, servicio u obra sea: i) una empresa del Estado; o ii) una entidad que –sin ser empresa del Estado– **realice actividad empresarial de manera habitual**. Cabe precisar que, respecto de este segundo supuesto, la normativa ha previsto que se considera como habitual la suscripción de más de dos (2) contratos en el objeto de la contratación, en los últimos doce (12) meses.

Como se puede apreciar, la normativa de Contrataciones del Estado **no** vincula la habitualidad **al ejercicio de cualquier actividad económica por un periodo determinado, sino únicamente a aquellas actividades referidas al objeto de contratación**. De esta manera, la restricción en comentario no será aplicable cuando los (más de dos) contratos suscritos por la entidad durante el periodo de doce (12) meses no estén referidos al objeto de la contratación requerida.

Sobre el particular, debe señalarse que **la “actividad empresarial” que realizan las empresas del Estado o determinadas Entidades –que no son empresas del Estado– denota la acción organizada para la provisión de bienes, servicios y obras, con fines de lucro**; debiendo precisar que este fin de lucro tiene como propósito obtener utilidades cuyo único destino es la satisfacción del interés del titular de la actividad empresarial.

- 2.1.4. Por lo expuesto, se advierte que en el marco del supuesto de contratación directa entre Entidades, regulado por los literales a) del artículo 27 de la Ley y a) del artículo 100 del Reglamento, respectivamente, la actividad empresarial de una empresa del Estado o de otra Entidad pública contratante se configura en virtud de aquellas actividades realizadas por éstas para la provisión de bienes, servicios y obras **que persigan un fin lucrativo**.

- 2.2. ***“¿La presunción de “habitualidad” de la actividad empresarial por parte de una Entidad Pública (no empresa del estado), con la suscripción de más o dos (02) contratos en el objeto de la contratación en lo últimos doce (12) meses para efectos de la contratación directa entre entidades (conforme el inciso a) del artículo 100 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) es una “presunción iuris tantum? (admite prueba en contrario)” (Sic).***

Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, en el marco del supuesto de contratación directa entre Entidades, regulado por los literales a) del artículo 27 de la Ley y a) del artículo 100 del Reglamento, respectivamente, la actividad empresarial de una empresa del Estado o de otra Entidad pública contratante se

configura en virtud de aquellas actividades realizadas por éstas para la provisión de bienes, servicios y obras que persigan un fin lucrativo.

En ese sentido, cabe precisar que la habitualidad de la actividad empresarial a que se refiere el literal a) del artículo 100 del Reglamento no constituye una presunción legal (*iuris tantum*), sino que constituye una condición objetiva que las Entidades deben verificar como parte del sustento² técnico y legal para la autorización de la contratación directa prevista en el literal a) del artículo 27 de la Ley. En ese contexto, corresponde a las Entidades efectuar dicha determinación y decidir sobre la aprobación de la contratación directa.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 En el marco del supuesto de contratación directa entre Entidades, regulado por los literales a) del artículo 27 de la Ley y a) del artículo 100 del Reglamento, respectivamente, la actividad empresarial de una empresa del Estado o de otra Entidad pública contratante se configura en virtud de aquellas actividades realizadas por éstas para la provisión de bienes, servicios y obras que persigan un fin lucrativo.
- 3.2 La habitualidad de la actividad empresarial a que se refiere el literal a) del artículo 100 del Reglamento no constituye una presunción legal (*iuris tantum*), sino que constituye una condición objetiva que las Entidades deben verificar como parte del sustento técnico y legal para la autorización de la contratación directa prevista en el literal a) del artículo 27 de la Ley. En ese contexto, corresponde a las Entidades efectuar dicha determinación y decidir sobre la aprobación de la contratación directa.

Jesús María, 3 de agosto de 2023

CARLA GABRIELA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

LAA/.

² Conforme a lo establecido en los artículos 101 y 102 del Reglamento, los cuales regulan -respectivamente- la aprobación y procedimientos para las contrataciones directas.