

OPINIÓN N° 085-2023/DTN

Solicitante: OCI – Superintendencia de Banca, Seguros y AFP

Asunto: Contratación Directa por Servicio Personalísimo

Referencia: Formulario S/N 25.JUL.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la señora (ita) Lucy Libertad Revilla Calderón, Gerenta (e) de la Gerencia de Control Institucional de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP – SBS, formula consultas relacionadas con la Contratación Directa para servicios personalísimos.

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, 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 (en adelante, la “Ley”).
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, considerando sus ulteriores modificatorias (en adelante, el “Reglamento”).

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

2.1. “*Tratándose de la contratación directa por servicio personalísimo ¿Correspondería realizar la indagación de mercado?*” (Sic.)

2.1.1 De manera previa es pertinente indicar que la finalidad de la Ley es la de establecer normas que se encuentren orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover **la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados** en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal forma que tales

contrataciones se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitiendo el cumplimiento de los fines públicos y teniendo una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos¹.

Ahora, para viabilizar las contrataciones públicas, específicamente para elegir al proveedor que ejecutará el contrato, las entidades –por regla general- deben desarrollar un procedimiento de selección de naturaleza competitiva, pues la competencia efectiva es uno de los presupuestos que permiten a las entidades acceder a la mejor oferta del mercado.

No obstante, pese a esta regla general, la normativa de contrataciones del Estado establece supuestos taxativos en los que carece de objeto realizar un procedimiento de selección competitivo, toda vez que, por **razones coyunturales, económicas o de mercado, la Entidad requiere contratar directamente** –mediante un procedimiento de selección no competitivo– con un determinado proveedor para satisfacer la necesidad pública. Tales supuestos se encuentran establecidos en el artículo 27 de la Ley y constituyen las causales de contratación directa.

2.1.2 Ahora bien, entre las causales de contratación directa que prevé el citado artículo, se encuentra aquella establecida en su literal f), en virtud del cual, una Entidad puede contratar directamente, *“Para **los servicios personalísimos** prestados por personas naturales, que **cuenten con la debida sustentación.**”* (El énfasis es agregado).

En esa medida, se puede advertir que ante la configuración de un supuesto que califica como “Servicios personalísimo”, una Entidad puede decidir contratar directamente siempre y cuando se cuente con la debida sustentación.

Precisado lo anterior, resulta oportuno señalar que, a efectos de realizar una contratación directa de “Servicios personalísimos”, deben cumplirse las condiciones previstas en el literal f), del artículo 100 del Reglamento, el cual establece que:

“f. Servicios personalísimos

En este supuesto pueden contratarse servicios especializados profesionales, artísticos, científicos o tecnológico brindado por personas naturales, siempre que se sustente objetivamente lo siguiente:

f.1 Especialidad del proveedor, relacionada con sus conocimientos profesionales, artísticos, científicos o tecnológicos que permitan sustentar de modo razonable e indiscutible su adecuación para satisfacer la complejidad del objeto contractual.

f.2. Experiencia reconocida en la prestación objeto de contratación.

Las prestaciones que se deriven de los contratos celebrados al amparo del presente numeral no son materia de subcontratación.”

Como se observa, el citado numeral contempla las condiciones cuyo cumplimiento debe verificarse, a fin de que una Entidad pueda contratar directamente la prestación de **“Servicios personalísimos”**, tales como servicios especializados profesionales, artísticos, científicos o tecnológicos, brindados por personas naturales que poseen la cualidad requerida para satisfacer la necesidad pública que busca atenderse con dicha contratación. Es decir, son las aptitudes o cualidades singulares de una persona determinada las que justifican el empleo de esta causal de contratación directa; de ahí

¹ Conforme a lo establecido en el artículo 1 de la Ley.

que, por ejemplo, se encuentre proscrita la subcontratación.

Cabe dejar claro que, para efectuar una contratación directa sustentada en la presente causal, la Entidad debe sustentar objetivamente, tanto la especialidad del proveedor, como su experiencia reconocida en el objeto de la contratación.

2.1.3 Ahora bien, la presente consulta versa sobre la necesidad de llevar a cabo una indagación de mercado, cuando una Entidad emplee esta causal de contratación directa.

Sobre el particular, en principio, es importante precisar que, si bien en virtud de la aprobación de una “contratación directa” una Entidad puede contratar directamente con un proveedor determinado, **ello no enerva la obligación de la Entidad de aplicar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regulan las fases de actos preparatorios y ejecución contractual**, debiendo observarse los requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías propios de estas fases conforme se desprende del numeral 102.2 del artículo 102 del Reglamento: *“Las actuaciones preparatorias y contratos que se celebren como consecuencia de las contrataciones directas cumplen con los requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías establecidos en la Ley y el Reglamento, salvo lo previsto en el artículo 141, donde la entidad, en atención a su necesidad, define el plazo que le permita suscribir el contrato”*.

De lo dicho, se podría inferir que, incluso en las Contrataciones Directas, resulta necesario realizar una indagación, en tanto se trata de una de las actuaciones que realiza la Entidad en el marco de la fase de actos preparatorios de la Contratación Pública. No obstante, en ciertas causales de contratación directa, dicha indagación puede contar con características singulares que deben ser tenidas en cuenta (ello, sin perjuicio de aquellos supuestos en los que normativa estipula de forma expresa que resulta necesaria la indagación de mercado).

Para abordar este aspecto, es preciso traer a colación cuál es la finalidad de una indagación de mercado en el marco de los actos preparatorios de la contratación. Así, de acuerdo con el artículo 32 del Reglamento, la indagación de mercado tiene por finalidad: i) determinar el valor estimado de la contratación; y ii) determinar la existencia de pluralidad de marcas y postores.

Ahora, dicho esto se puede advertir que, en la causal que se analiza en la presente opinión, dado que el objeto de contratación se encuentra identificado con las cualidades y aptitudes singulares de la persona que ejecutará el servicio, carece de sentido que la indagación de mercado cuente con un análisis de pluralidad de postores; razón por la cual, dicha indagación estará dirigida principalmente a tomar las acciones correspondientes a determinar el valor estimado de la contratación.

2.1.4 En consecuencia, cuando se lleva a cabo una Contratación Directa sustentada en la causal contemplada en el literal f) del numeral 27.1 del artículo 27 de la Ley, la indagación de mercado que se realice como parte de los actos preparatorios del proceso de contratación estará dirigida principalmente a tomar las acciones correspondientes a determinar el valor estimado de la contratación.

2.2. ¿En qué otras causales de las contrataciones directas no correspondería ejecutar la indagación de mercado?

- 2.2.1. Como se anotó, incluso en las Contrataciones Directas, resulta necesario realizar una indagación, en tanto se trata de una de las actuaciones que realiza la Entidad en el marco de la fase de actos preparatorios de la Contratación Pública; siendo así, dicha indagación tendrá que hacerse efectiva en las contrataciones directas, salvo en los casos en los que la normativa de Contrataciones del Estado hubiese dispuesto expresamente que no es necesario². Sin perjuicio de ello, es necesario anotar, conforme a lo indicado en la absolución de la consulta precedente, que en determinadas causales, por virtud de las características del objeto de contratación, la indagación de mercado estará dirigida, esencialmente, a tomar las acciones correspondientes a determinar el valor estimado de la contratación.

3. CONCLUSIONES

- 3.1** Cuando se lleva a cabo una Contratación Directa sustentada en la causal contemplada en el literal f) del numeral 27.1 del artículo 27 de la Ley, la indagación de mercado que se realice como parte de los actos preparatorios del proceso de contratación estará dirigida principalmente a tomar las acciones correspondientes a determinar el valor estimado de la contratación.
- 3.2** Incluso en las Contrataciones Directas, resulta necesario realizar una indagación, en tanto se trata de una de las actuaciones que realiza la Entidad en el marco de la fase de actos preparatorios de la Contratación Pública; siendo así, dicha indagación tendrá que hacerse efectiva, salvo en los casos en los que la normativa de Contrataciones del Estado hubiese dispuesto expresamente que no es necesario. Sin perjuicio de ello, es necesario anotar, conforme a lo indicado en la presente opinión que, en determinadas causales, por virtud de las características del objeto de contratación, la indagación de mercado estará dirigida, esencialmente, a tomar las acciones correspondientes a determinar el valor estimado de la contratación.

Jesús María, 22 de agosto de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC.

² Así, el numeral 102.3 del artículo 102 del Reglamento establece de forma expresa que “*Tratándose de la Contratación Directa para la defensa de funcionarios, exfuncionarios, servidores, exservidores y miembros o ex miembros de las fuerzas armadas y la Policía Nacional del Perú, no corresponde realizar una indagación de mercado.*”