

OPINIÓN N° 135-2019/DTN

Solicitante: Martin Consultores Abogados S.C.R.L.
Asunto: Ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado
Referencia: Comunicación S/N recibida el 28.JUN.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General de Martin Consultores Abogados S.C.R.L. formula varias consultas sobre el ámbito de aplicación 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, Ley N° 30225, y el acápite 9 del Anexo N° 2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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:

- “**Anterior Ley**” a la aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, vigente hasta el 8 de enero de 2016.
- “**Anterior Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, vigente hasta el 8 de enero de 2016.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. *“Tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1017, ¿qué aspectos deben tener en cuenta para determinar si una contratación de bienes, servicios y obras se encuentra comprendida dentro de su ámbito de aplicación? Dichos aspectos, ¿deben concurrir de manera simultánea, o basta la existencia de alguno/s de ellos?”* (Sic).

2.1.1 En principio, debe señalarse que con la finalidad de lograr el mayor grado de eficiencia en las contrataciones públicas —esto es, que las Entidades obtengan los

bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, contratando de manera oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad— 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, el artículo 76 de la Constitución Política del Perú dispone que la contratación de bienes, servicios y obras que se realizan con cargo a fondos públicos se efectúe, obligatoriamente, por licitación o concurso, de acuerdo con los procedimientos y requisitos señalados mediante ley.

De esta forma, se verifica la existencia de un **régimen general** en materia de contrataciones 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 contexto, la anterior Ley era la norma que desarrollaba el citado precepto constitucional, y conjuntamente con el anterior Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE, constituían la anterior normativa de contrataciones del Estado.

- 2.1.2 Efectuada la precisión correspondiente, la anterior Ley en su artículo 3 establecía el ámbito de aplicación de la referida normativa tomando en cuenta dos criterios: (i) el criterio subjetivo, referido a aquellos sujetos que debían adecuar sus actuaciones a las disposiciones de la anterior normativa de contrataciones del estado; y (ii) el criterio objetivo, referido a aquellas contrataciones que se encontraban bajo su ámbito de aplicación.

Así el numeral 3.1 del artículo 3 de la anterior Ley establecía un listado de los órganos y organismos de la Administración Pública, bajo el término genérico de “Entidades”, que se encontraban en la obligación de aplicar la normativa de contrataciones del Estado.

Sumado a ello, el numeral 3.2 del mismo artículo señalaba que la normativa de contrataciones del Estado se aplicaba a las contrataciones que realizaban las Entidades para proveerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago correspondiente con cargo a fondos públicos, y demás obligaciones derivadas de la calidad de contratante.

Por lo tanto, se encontraban bajo el ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado, en principio, todas aquellas contrataciones que reunían **de manera concurrente** los criterios subjetivo y objetivo que contemplaba el artículo 3 de la anterior Ley; es decir, aquellas contrataciones que realizaban las Entidades señaladas en el numeral 3.1 del artículo 3 de la anterior Ley, para proveerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo la obligación de realizar el pago con cargo a fondos públicos.

- 2.2. *“Tomando en cuenta que el numeral 3.1. del artículo 3° de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017, establece quiénes son los sujetos que se encuentran sometidos a su aplicación bajo el término genérico de entidad, ¿se puede extender su aplicación a sujetos distintos a los expresamente previstos en dicho numeral? De ser así, ¿qué consideraciones se deberán tomar en cuenta para determinar quiénes son estos sujetos? Y, ¿cuál es el sustento legal que habilita a aplicar esta norma a sujetos distintos, tomando en cuenta que el Decreto Legislativo N° 1017 no prevé una disposición como la existente en el numeral 3.3 del artículo 3° del TUO de la Ley N° 30225?”* (Sic).

Conforme a lo señalado al absolver la consulta anterior, el artículo 3 de la anterior Ley establecía los criterios que debían concurrir para determinar si una contratación se encontraba bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado.

Al respecto, debe precisarse que el numeral 3.1 del artículo 3 de la anterior Ley establecía un listado de los órganos u organismos que debían ser considerados Entidades para efectos de la aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado.

Así, el literal j) del referido numeral señalaba que se consideraban Entidades dentro del ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado a los proyectos, programas, fondos, órganos desconcentrados, organismos públicos del Poder Ejecutivo, instituciones y demás unidades orgánicas, funcionales, ejecutoras y/o operativas de los Poderes del Estado; así como los organismos a los que alude la Constitución Política del Perú **y demás que sean creados y reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional, siempre que cuenten con autonomía administrativa, económica y presupuestal.**

Como se observa, si bien el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley establecía un listado de Entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado, el literal j) del referido dispositivo permitía que sean considerados Entidades los demás organismos creados y reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional, siempre que así lo determinara su nivel de autonomía administrativa, económica y presupuestal.

- 2.3. *“De acuerdo con lo estipulado en el artículo 3° de la Ley de Contrataciones del Estado, ¿es posible que una persona jurídica de derecho privado (sociedad anónima, asociación civil, entre otros), ajena a la estructura orgánica del Estado, se encuentre sometida a la aplicación del Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento?”* (Sic).

Como se señaló al absolver la consulta anterior, el numeral 3.1 del artículo 3 de la anterior Ley establecía un listado de los órganos u organismos que debían ser considerados Entidades para efectos de la aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado; no era posible extender el ámbito de aplicación de la mencionada normativa a Entidades que no estuvieran comprendidas en dicho listado.

En ese sentido, las personas jurídicas de derecho privado no eran consideradas

Entidades de acuerdo a lo establecido en el numeral 3.1 del artículo 3 de la anterior Ley, para efectos de determinar el ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado.

- 2.4. ***“De acuerdo con lo estipulado en el artículo 3° de la Ley de Contrataciones del Estado, ¿es posible afirmar que una persona jurídica de derecho privado (sociedad anónima, asociación civil, entre otros) que no forma parte de la estructura orgánica del Estado, ni depende funcionalmente de este o se encuentra adscrita a ninguna de sus dependencias, se debe someter a la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento para la contratación de bienes, servicios y obra, por el hecho de ser beneficiaria de subvenciones otorgadas por el Estado? ¿Aplicarían a este tipo de operaciones los principios que la Ley de Contrataciones del Estado consagra en materia de contratación pública?”*** (Sic).

En principio, resulta pertinente señalar que la anterior normativa de contrataciones del Estado **no** regulaba aspectos de naturaleza presupuestal, como lo son las subvenciones.

Por otra parte, como ya se señaló, para determinar si una contratación se encontraba bajo el ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado, debían concurrir los criterios subjetivo y objetivo contemplados en el artículo 3 de la Ley; al respecto, debe reiterarse que las personas jurídicas de derecho privado no eran consideradas Entidades de acuerdo a lo establecido en el numeral 3.1 del artículo 3 de la anterior Ley.

- 2.5. ***“En el escenario planteado en ocasión de la pregunta anterior, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 3° de la Ley de Contrataciones del Estado, ¿es aplicable la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento a las contrataciones de bienes, servicios y obras que realice dicha persona jurídica con terceros, si la subvención ha sido otorgada para la organización de un evento que ha sido declarado de interés nacional? ¿Aplicarían a este tipo de operaciones los principios que la Ley de Contrataciones del Estado consagra en materia de contratación pública?”*** (Sic).

Debe recalarse que para determinar si una contratación se encontraba bajo el ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado, debían concurrir los criterios subjetivo y objetivo contemplados en el artículo 3 de la Ley; las personas jurídicas de derecho privado no eran consideradas Entidades de acuerdo a lo establecido en el numeral 3.1 del artículo 3 de la anterior Ley.

- 2.6. ***“En el supuesto que la respuesta a la pregunta anterior fuera positiva, ¿cuál sería él o los artículos de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento que sustentarían dicha afirmación? ¿Cómo podría aplicarse una disposición normativa pensada para sujetos dotados de una estructura orgánica eminentemente estatal a un sujeto de derecho privado carente de la misma?”*** (Sic).

Para determinar si una contratación se encontraba bajo el ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado, debían concurrir los criterios subjetivo y objetivo contemplados en el artículo 3 de la Ley; las personas jurídicas de derecho privado no eran consideradas Entidades de acuerdo a lo establecido en

el numeral 3.1 del artículo 3 de la anterior Ley.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Se encontraban bajo el ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado, todas aquellas contrataciones que reunían de manera concurrente los criterios subjetivo y objetivo que contemplaba el artículo 3 de la anterior Ley; es decir, aquellas contrataciones que realizaban las Entidades señaladas en el numeral 3.1 del artículo 3 de la anterior Ley, para proveerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo la obligación de realizar el pago con cargo a fondos públicos.
- 3.2. El numeral 3.1 del artículo 3 de la anterior Ley establecía un listado de los órganos u organismos que debían ser considerados Entidades para efectos de la aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado; no era posible extender el ámbito de aplicación de la mencionada normativa a Entidades que no estuvieran comprendidas en dicho listado.
- 3.3. Las personas jurídicas de derecho privado no eran consideradas Entidades de acuerdo a lo establecido en el numeral 3.1 del artículo 3 de la anterior Ley, para efectos de determinar el ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado.

Jesús María, 9 de agosto de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC