

OPINIÓN N° 183-2019/DTN

Solicitante: Contraloría General de la República
Asunto: Supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley
Referencia: Oficio N°001944-2019-2019- CG/CRLA

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Sr. Walther Coello Ynope, Gerente Regional de Control de Lambayeque, formula varias consultas referidas a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 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 2 del Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada 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, antes de las modificatorias efectuadas mediante D.L. N°1341, vigente desde 09 de enero de 2016 hasta el 02 de abril de 2017.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, antes de las modificatorias efectuadas mediante el D.S. N° 056- 2017- EF, cuyas disposiciones se encontraron vigentes desde el 09 de enero de 2016 hasta el 02 de abril de 2017.

La consulta formulada es la siguiente:

2.1. “¿Qué normativa resulta aplicable a las contrataciones efectuadas por una entidad pública, realizadas en el marco de un Acuerdo Institucional celebrado con una entidad extranjera para el financiamiento y ejecución de un proyecto de inversión pública, en el que se acuerda un importe financiero (sin retorno) por parte de la entidad extranjera mayor al 25% del monto total del proyecto, siendo la diferencia

cubierta con aporte de la Entidad Pública? ¿Nos encontramos dentro del supuesto de exclusión establecido en el literal "f" del artículo 4° de la Ley n°30225, Ley de Contrataciones del Estado?

2.1.1. En primer lugar, debe indicarse 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, motivo por el cual es posible definir si determinados contratos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, pues ello excede la habilitación establecida en el literal n) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de ello, corresponde analizar los alcances de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado.

2.1.2. En primer lugar, debe indicarse que el artículo 3 de la Ley delimita 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.

En este orden de ideas, el citado artículo establece un listado de los órganos u organismos de la Administración Pública¹, bajo el término genérico de "Entidad", que se encuentran en la obligación de aplicar la normativa de contrataciones del Estado. De igual forma, prescribe que la normativa de contrataciones del Estado se aplica a las contrataciones de bienes, servicios u obras, que realicen estas Entidades asumiendo el pago de la retribución correspondiente al proveedor con cargo a fondos públicos².

En esta medida, una contratación se encuentra bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, cuando la misma tiene por objeto que una Entidad se abastezca de bienes, servicios u obras para el cumplimiento de sus funciones, **asumiendo el pago con cargo a fondos públicos.**

¹ A efectos de precisar el contenido de "administración pública", resulta pertinente citar a 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, décima edición, 2009, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Pág. 65.

² Según el artículo 15 de la Ley N° 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público (**vigente durante el contexto de la consulta**) 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.

2.1.3. Por su parte, los artículos 4 y 5 de la Ley contemplan supuestos en los cuales no resulta aplicable la normativa de contrataciones del Estado.

Así, el literal d) del artículo 5 de la Ley señala que se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, sin perjuicio de encontrarse sujetas a supervisión del OSCE, "*Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estados o entidades cooperantes, que se deriven de **donaciones efectuadas por estos, siempre que dichas donaciones representen por lo menos el 25% del monto total de las contrataciones involucradas en el convenio suscrito para tal efecto o provengan de organismos multilaterales financieros.***" (El resaltado es agregado).

Como se aprecia, se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado aquellas contrataciones que reúnan las siguientes condiciones:

- (i) Que se realicen de acuerdo a las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estados o Entidades cooperantes (lo cual supone que tales organizaciones internacionales, Estados o Entidades cooperantes cuenten con procedimientos específicos formales de contratación³);
- (ii) **Que deriven de donaciones efectuadas por dicha organización, Estados o Entidades cooperantes;** y,
- (iii) Que las referidas donaciones representen, al menos, el veinticinco por ciento (25%) del monto total de las contrataciones involucradas en el convenio suscrito para tal efecto, o, que en su defecto, dichas donaciones provengan de organismos multilaterales financieros.

Asimismo, cabe precisar que el numeral 68.1 del artículo 68 de la Ley N° 28411 "Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto", (**vigente durante el contexto de la consulta**) disponía que las contrataciones que se hubiesen realizado en el marco de convenios internacionales para formalizar **donaciones** u operaciones oficiales de crédito a favor del Estado peruano, se sometían a las reglas y procedimientos establecidos en el convenio, sin que deba verificarse el cumplimiento de requisitos adicionales, conforme a lo siguiente: "*Las Entidades que utilicen fondos públicos provenientes de donaciones o de operaciones oficiales de crédito sujetarán la ejecución del gasto y los procesos de Licitación y Concurso a lo establecido en los respectivos Convenios de Cooperación y en los documentos anexos, así como, supletoriamente, a las disposiciones contenidas en la Ley General y las Leyes de Presupuesto del Sector Público*". (El resaltado es agregado).

En tal sentido, cuando en el marco de un convenio de cooperación se determine la utilización, por parte de la Entidad involucrada, de fondos públicos derivados de donaciones que superen el porcentaje previsto o provengan de organismos

³ Cabe precisar que, de conformidad con lo señalado en la Opinión N° 071-2015/DTN, en caso los organismos internacionales, Estados o Entidades cooperantes, según corresponda, no hayan establecido las exigencias y procedimientos específicos aplicables, la Entidad deberá efectuar las referidas contrataciones respetando la normativa de contrataciones del Estado.

multilaterales financieros, las contrataciones que se lleven a cabo con dichos fondos se sujetarán a las disposiciones del convenio suscrito, documentos anexos y supletoriamente serán de aplicación la normativa de contrataciones del Estado⁴, la Ley N° 28411 y demás normativa presupuestaria del Sector al cual pertenece la Entidad.

- 2.1.4.** Ahora bien, un supuesto distinto al anterior, se encuentra regulado en el literal f) del artículo 4 de la Ley, en virtud del cual se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado “*Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estados o entidades cooperantes, siempre que se deriven de **operaciones de endeudamiento externo y/o donaciones ligadas a dichas operaciones***”. (El resaltado es agregado).

Como se advierte, a diferencia del postulado desarrollado en el numeral anterior, el supuesto previsto el literal f) del artículo 4 de la Ley se encuentra vinculado a la formalización de “**operaciones de endeudamiento externo**”⁵ y comprende, además, solo aquellas donaciones realizadas en el marco de dichas operaciones, en tanto estas coadyuven a viabilizar su concertación. Asimismo, el presente supuesto no ha previsto regla alguna relacionada al porcentaje o cantidad de aportes que deba efectuar la organización internacional, Estado o entidad cooperante para que dicha(s) contratación(es) se encuentren fuera del ámbito de aplicación, **bastando, únicamente, con que tal aporte derive de una operación de endeudamiento externo y/o donación ligada a dicha operación.**

En esa medida, corresponde a la Entidad definir cuál es el supuesto de exclusión que resulta aplicable a un determinado caso en concreto, en atención a las

⁴ La Primera Disposición Complementaria Final de la Ley, precisa que dicha Ley y su Reglamento son de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que no se sujeten al ámbito de aplicación de la mencionada Ley, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las normas específicas que las regulan y sirvan para cubrir vacíos o deficiencias de dichas normas. Por tanto, a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación, entre ellos las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estados o entidades cooperantes, siempre que se deriven de operaciones de endeudamiento externo y/o donaciones ligadas a dichas operaciones, previsto en el literal f) del artículo 4 de la Ley N° 30225, se les aplica supletoriamente la referida normativa.

⁵ De conformidad con lo previsto en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 28563, Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento, por “operaciones de endeudamiento externo” debe entenderse a todas aquellas modalidades de financiamiento sujetas a reembolso, celebradas por una Entidad del Sector Público con una persona natural o jurídica no domiciliada en el Perú. Dichas operaciones pueden materializarse a través de:

- a) Préstamos;
- b) Emisión y colocación de bonos, títulos y obligaciones constitutivos de empréstitos;
- c) Adquisiciones de bienes y servicios a plazos;
- d) Aavales, garantías y fianzas;
- e) Asignaciones de líneas de crédito;
- f) Leasing financiero;
- g) Titulizaciones de activos o flujos de recursos; y,
- h) Otras operaciones similares, incluidas aquellas que resulten de la combinación de una o más de las modalidades mencionadas en los literales precedentes.

características, condiciones y presupuestos que presente cada contratación⁶.

En relación con lo anterior, corresponde anotar que en caso se hubiesen cumplido las condiciones exigidas en el literal f) del artículo 4 de la Ley o en el literal d) del artículo 5°, no será obligatorio aplicar la normativa de contrataciones del Estado, sino que tales contrataciones deberán llevarse a cabo conforme a las exigencias y procedimientos específicos de la organización internacional.

Adicionalmente, cabe precisar que la excepción del uso obligatorio de la normativa de contrataciones del Estado para contratar bienes, servicios y obras con cargo a fondos públicos derivados de donaciones u operaciones oficiales de crédito, tiene por finalidad no desincentivar a los potenciales prestatarios o donantes de fondos, ya que someterlos a reglas unilaterales impuestas por un Estado podría afectar las condiciones y requerimientos exigidos para ejecutar las referidas donaciones o préstamos; motivo por el cual, se prefiere el uso de normas consensuadas, las cuales son definidas por las partes en el respectivo convenio o contrato.

2.2. *En el marco de la consulta anterior. ¿resultaría correcto que como parte de los acuerdos se establezca que las contrataciones a realizar deberán efectuarse en el marco de las normas establecidas por la entidad extranjera, y que estas formen parte del citado acuerdo?*

Como se indicó al absolver la consulta anterior, los artículos 4 y 5 de la Ley establecen aquellos supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley.

En ese marco, y en relación con la consulta formulada, las contrataciones derivadas de **un convenio celebrado entre una entidad pública y una organización internacional se encontrarán excluidas del ámbito de aplicación de la Ley, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el literal f) del artículo 4 de la Ley o en el literal d) del artículo 5°**. De ser ese el caso, tales contrataciones se realizarán de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de la organización internacional, las cuales podrán estar contempladas en el correspondiente convenio o documentos vinculados con este.

Cabe reiterar que la excepción del uso obligatorio de la normativa de contrataciones del Estado para contratar bienes, servicios y obras con cargo a fondos públicos derivados de donaciones u operaciones oficiales de crédito, tiene por finalidad no desincentivar a los potenciales prestatarios o donantes de fondos, ya que someterlos a reglas unilaterales impuestas por un Estado podría afectar las condiciones y requerimientos exigidos para ejecutar las referidas donaciones o préstamos; motivo por el cual, se prefiere el uso de normas consensuadas, las cuales son definidas por las partes en el respectivo convenio o contrato.

2.3. *En caso nos encontremos dentro del supuesto de exclusión indicado, ¿resulta correcto que, en todo lo que no esté previsto en las bases, contratos y demás documentos celebrados con los proveedores en el marco del citado Acuerdo Interinstitucional, se podría aplicar de forma supletoria la Ley y Reglamento de*

⁶ Asimismo, es responsabilidad de la Entidad verificar que se cumplan los presupuestos y requisitos para la configuración de los supuestos excluidos, previstos en los artículos 4 y 5 de la Ley, debiendo cuidar que, a través de estos, no se esté eludiendo la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado.

Contrataciones del Estado, tomando en cuenta que los operadores de dichas normas son funcionarios públicos y como tales pasibles de responsabilidades, penal?

Debe reiterarse 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.

Sin perjuicio de ello, es importante mencionar que la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley establece lo siguiente: "La presente Ley y su reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. Asimismo, son de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que no se sujeten al ámbito de aplicación de la presente Ley, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las normas específicas que las regulan y sirvan para cubrir un vacío o deficiencia de dichas normas."

Por tanto, ante cualquier vacío o deficiencia en el marco legal aplicable a las contrataciones previstas en los artículos 4 y 5 de la Ley, se aplica supletoriamente las disposiciones de la Ley y el Reglamento, siempre que ello no resulte incompatible con las normas específicas que regulan dichas contrataciones.

2.4. En dicho contexto ¿resulta correcto que, para el desarrollo de los diferentes servicios de control a realizar por el Sistema Nacional de Control a las contrataciones celebradas en el marco del citado Acuerdo Interinstitucional, se utilice y/o aplique como marco normativo, las exigencias, procedimientos y disposiciones establecidas en dicho Acuerdo y en las bases, contratos y demás documentos celebrados con los proveedores; así como, de manera supletoria, la Ley Reglamento de Contrataciones del Estado y demás normativa nacional aplicable?

Este Organismo Técnico Especializado no tiene competencia para determinar el modo en que los organismos que conforman el Sistema Nacional de Control deben llevar a cabo las actividades propias de sus funciones. Sin embargo, independientemente de la entidad u organismo que se trate, los criterios desarrollados en la presente opinión deberán ser tenidos en cuenta a efectos de la interpretación y aplicación de la normativa de Contrataciones del Estado.

3. CONCLUSIONES.

3.1. Las contrataciones derivadas de un convenio celebrado entre una entidad pública y una organización internacional se encontrarán excluidas del ámbito de aplicación de la Ley, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el literal f) del artículo 4 de la Ley o en el literal d) del artículo 5°. De ser ese el caso, tales contrataciones se realizarán de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de la organización internacional, las cuales podrán estar contempladas en el correspondiente convenio o documentos vinculados con este.

3.2. Ante cualquier vacío o deficiencia en el marco legal aplicable a las contrataciones

previstas en los artículos 4 y 5 de la Ley, se aplica supletoriamente las disposiciones de la Ley y el Reglamento, siempre que ello no resulte incompatible con las normas específicas que regulan dichas contrataciones.

Jesús María, 21 de octubre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC