

OPINIÓN N° 188-2019/DTN

Solicitante: Fondo Mi Vivienda S.A.
Asunto: Contratación Directa
Referencia: Carta N°192-2019- FMV/GL

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Sr. Pedro Elías Zanelli formula una consulta sobre Contratación Directa.

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, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión, se entenderá por:

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

Las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. “ *En caso cualquier empresa del Estado tenga la necesidad de arrendar un inmueble de propiedad de otra empresa del Estado, es factible que recurra a la contratación directa en aplicación del literal j) del artículo 27 de la Ley de Contrataciones del Estado, sin que constituya un impedimento legal lo indicado en el literal a) del artículo 100 del Reglamento de la referida Ley? Cabe precisar que ambas empresas no tienen parte de su objeto social dedicarse de forma habitual al arrendamiento de inmuebles.*”

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 directa¹.

Entre estas causales, se encuentra la del literal j), según la cual, excepcionalmente, una Entidad puede contratar directamente con un determinado proveedor "*Para la adquisición de bienes inmuebles existentes y para el arrendamiento de bienes inmuebles*". (El subrayado es agregado).

Como puede advertirse, la normativa vigente considera el arrendamiento y adquisición de bienes inmuebles existentes como un supuesto de contratación directa, esto atendiendo a que su gestión a través de un procedimiento de selección es inviable, por tratarse de contrataciones que una Entidad requiere efectuar con determinado proveedor, debido a que el bien que éste posee cuenta con determinadas características particulares que la Entidad precisa para satisfacer su necesidad.

En efecto, cuando una Entidad requiere la contratación de un arrendamiento o adquisición de un bien inmueble existente, esta obedece a la necesidad de localizarse en un área determinada, requiriendo incluso que el inmueble posea determinadas características específicas para que la Entidad pueda cumplir con sus funciones institucionales.

De esta manera, resulta inviable realizar un procedimiento de selección competitivo, donde concurren distintas ofertas de inmuebles con diferentes características que buscan igualmente suplir la necesidad de la Entidad, toda vez que como ya se ha indicado, en el arrendamiento o la adquisición de un bien inmueble, es fundamental que el bien cumpla con determinadas características particulares que la Entidad ya ha identificado y que le permitirán cumplir con sus funciones institucionales.

Hechas estas precisiones, se debe mencionar que la normativa no ha establecido que la circunstancia de que el proveedor con quien se suscribiría el contrato de arrendamiento sea una empresa del Estado se constituya –por sí misma– como una restricción para el uso de la contratación directa para el arrendamiento de inmuebles.

- 2.1.3. En relación con lo anterior, a fin de brindar un mayor desarrollo respecto de la consulta formulada, es importante definir los alcances de la Contratación Directa sustentada en la causal denominada “Contratación entre Entidades”.

De conformidad con el literal a) del artículo 27 de la Ley, 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*

¹ Cabe señalar que en la anterior Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1017, se consideraba contrataciones exoneradas a aquellas contrataciones que no contaban con una fase competitiva y que correspondían a las causales de exoneración reguladas en su artículo 20.

técnicamente viable para satisfacer la necesidad, y no se contravenga lo señalado en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú”

Por su parte, 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”*.”

Como se puede apreciar, 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.

La primera condición está referida a que el bien, servicio u obra que preste la Entidad que actúe como proveedor, sea técnicamente viable para satisfacer el requerimiento de la Entidad; 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 (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

Ahora, respecto de la tercera condición, es preciso señalar de manera previa 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.

- 2.1.2. En relación con lo anterior, se puede advertir que esta tercera condición 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 del segundo supuesto, la normativa ha previsto que se considerará 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 que actuaría como proveedora durante el periodo de 12 meses no estén referidos al objeto de la contratación requerida.

La lógica expuesta en el párrafo precedente es también aplicable al caso de las empresas del Estado. Así, cuando la entidad hubiese determinado que el bien, servicio u obra que será objeto de contratación lo provee una empresa del Estado **dedicada al rubro del tal objeto**, no podrá hacer uso de la Contratación Directa por “Contratación entre Entidades”. *Contrario sensu*, cuando la empresa del Estado no se dedique al mismo rubro del objeto de la contratación no habrá restricción para emplear la contratación directa sustentada en la aludida causal.

En el marco de lo expuesto, cuando el objeto de la contratación requerido por la entidad fuese proveído por una empresa del Estado (dedicada al rubro), corresponderá que la entidad convoque al procedimiento de selección correspondiente. En ese contexto, la empresa del Estado deberá participar en tal procedimiento, al igual que cualquier empresa privada; ello, en virtud del principio de subsidiariedad contemplado en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, según el cual – como se ha anotado– las empresas del Estado deben recibir el mismo tratamiento que las empresas privadas.

Para finalizar, debe quedar que claro que la prohibición de contratar directamente con una empresa del Estado opera para el empleo de la causal “contratación entre entidades” y tiene los alcances descritos en los párrafos precedentes. En modo alguno, la disposición contemplada en el literal a), del artículo 100 del reglamento, significa que en todos los supuestos de contratación directa se encuentre proscrita la posibilidad de contratar con una empresa del Estado.

3. CONCLUSIONES.

- 3.1. La normativa no ha establecido que la circunstancia de que el proveedor con quien se suscribiría el contrato de arrendamiento sea una empresa del Estado se constituya –por sí misma– como una restricción para el uso de la contratación directa para el arrendamiento de inmuebles.
- 3.2. Cuando la entidad hubiese determinado que el bien, servicio u obra que será objeto de contratación lo provee una empresa del Estado dedicada al rubro del tal objeto, no podrá hacer uso de la Contratación Directa por “Contratación entre Entidades”. *Contrario sensu*, cuando la empresa del Estado no se dedique al mismo rubro del objeto de la contratación no habrá restricción para emplear la contratación directa sustentada en la aludida causal.

Jesús María, 28 de octubre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC.