

OPINIÓN N° 203-2019/DTN

Entidad: Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima -SEDAPAL.

Asunto: Contratación de servicios de asesoría legal en la defensa de las Entidades en procesos arbitrales o judiciales.

Referencia: Carta N° 1469-2019-GG.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General del Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima –SEDAPAL consulta sobre la exigencia de desarrollar la indagación de mercado en la contratación de servicios de asesoría legal en la defensa de las Entidades en procesos arbitrales o judiciales bajo el supuesto de contratación directa previsto en 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 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. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el 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. “¿Para la aprobación de una Contratación Directa para los servicios especializados de asesoría legal en la defensa de las Entidades en procesos arbitrales, conforme al supuesto señalado en el segundo párrafo del literal k) del artículo 27° de la Ley, corresponde realizar necesariamente una indagación de mercado, o también aplica**

para dicho supuesto lo señalado en el numeral 102.3 del artículo 102° del Reglamento”.

- 2.1.1 En principio, debe indicarse 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.

Así, entre estas causales de contratación directa previstas por la normativa de contrataciones del Estado se encuentra aquella contemplada en el segundo párrafo del literal k) del artículo 27 de la Ley, por el cual de manera excepcional las Entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor "(...) *la asesoría legal en la defensa de las Entidades en procesos arbitrales o judiciales*".

En función a lo anterior, se puede advertir que los servicios para la asesoría legal en la defensa de las Entidades en procesos arbitrales o judiciales, constituyen una causal que habilita a una Entidad a contratar directamente con un determinado proveedor.

- 2.1.2 Ahora bien, 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*”.

Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que de manera expresa el numeral 102.3 del artículo 102 del Reglamento dispone que **no corresponde realizar indagación de mercado**¹ en la contratación directa para la defensa de funcionarios, ex funcionarios, servidores, ex servidores y miembros o ex miembros de las fuerzas armadas y Policía Nacional del Perú, **no incluyéndose en tal disposición la contratación servicios para la asesoría legal en la defensa de las Entidades en procesos arbitrales o judiciales**.

En este sentido, en el marco de una contratación directa bajo la causal de servicios para la asesoría legal en la defensa de las Entidades en procesos arbitrales o judiciales, la Entidad contratante debe cumplir con llevar a cabo las actuaciones propias de la fase de actos preparatorios, entre estas, la realización de la indagación de mercado.

- 2.2. “En caso corresponda realizar necesariamente una indagación de mercado para el supuesto antes indicado; ¿Es indispensable que ésta se elabore sobre la base de las cotizaciones que diversos proveedores (por ejemplo, estudios de abogados) pueden formular, o bastaría con la sola cotización del proveedor (estudio de abogados) que ha***

¹ La indagación de mercado determina –en principio– el valor estimado de la contratación que convoque la Entidad; además, permite verificar, entre otros aspectos, la existencia de pluralidad de marcas o postores y la posibilidad de distribuir la buena pro, conforme lo dispone el numeral 32.1 del artículo 32 del Reglamento.

sido escogido por la Entidad para contratar directamente, y se encargue de realizar la asesoría legal en procesos judiciales o arbitrales?; ello teniendo en cuenta la naturaleza de dicha contratación directa, debido a la inmediatez que ésta pueda ofrecer y la posibilidad de poder elegir al proveedor que la Entidad estime más idóneo, ya que sea por el motivo de su capacidad profesional y experiencia o porque tiene conocimiento del proceso arbitral o judicial que tendrá bajo su patrocinio?”

- 2.2.1. Al respecto, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado no ha determinado las fuentes ni definido un número mínimo a emplearse para la realización de las indagaciones de mercado, por lo que el órgano encargado de las contrataciones deberá decidir, previo sustento, las fuentes que empleará para determinar el valor estimado, siempre tomando en cuenta que la información a utilizarse para tal fin deberá ser respecto de bienes o servicios que guarden similitud con el requerimiento.

Como es de verse, a efectos de absolver la consulta planteada, debe señalarse que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto la metodología, criterios o parámetros que las Entidades deben llevar a cabo para desarrollar la indagación de mercado.

- 2.2.2. Asimismo, es preciso mencionar que el numeral 32.2 del artículo 32 del Reglamento, dispone que *“Al realizar la indagación de mercado, el órgano encargado de las contrataciones puede recurrir a información existente, incluidas las contrataciones que hubiera realizado el sector público o privado, respecto de bienes o servicios que guarden similitud con el requerimiento.”* (El subrayado es agregado).

En ese sentido, corresponde a cada Entidad definir, motivadamente, los criterios y la metodología a emplear para elaborar la indagación de mercado, considerando las fuentes previamente identificadas según corresponda al objeto de la contratación.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. En el marco de una contratación directa bajo la causal de servicios para la asesoría legal en la defensa de las Entidades en procesos arbitrales o judiciales, la Entidad contratante debe cumplir con llevar a cabo las actuaciones propias de la fase de actos preparatorios, entre estas, la realización de la indagación de mercado.
- 3.2. Corresponde a cada Entidad definir, motivadamente, los criterios y la metodología a emplear para elaborar la indagación de mercado, considerando las fuentes previamente identificadas según corresponda al objeto de la contratación.

Jesús María, 20 de noviembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC/gda.