

OPINIÓN N° 025-2020/DTN

Solicitante: Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A. - EGASA
Asunto: Contratación Directa para la adquisición de bienes inmuebles.
Referencia: Comunicación S/N recibida el 23.ENE.2020

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Apoderado de la Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A. – EGASA formula una consulta sobre la adquisición de terrenos a través del procedimiento de selección de 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, modificada por 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 modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

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

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Tomando en consideración el contexto normativo al que se hace alusión en la solicitud planteada, en la presente Opinión se entenderá por:

- “**Ley**”, a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada mediante el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “**Reglamento**”, al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificado por Decreto Supremo N° 377-2019-EF, vigente a partir del 15 de diciembre de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. ***“Una Entidad, para el ejercicio propio de sus actividades requiere la compra de terrenos. Teniendo en consideración que se hará uso de fondos públicos ¿Se debe efectuar la adquisición de los terrenos aplicando la Normativa de Contratación Pública?”***

La presente consulta versa sobre el literal j) del numeral 27.1 del artículo 27

“Contrataciones Directas” de la Ley N° 30225-Ley de Contrataciones del Estado.” (Sic).

Ámbito de aplicación de la normativa de Contrataciones del Estado.

2.1.1 De manera previa, debe señalarse que el artículo 76 de la Constitución Política del Perú, establece lo siguiente:

“Artículo 76.- Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

*La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. **La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.**” (El subrayado es agregado).*

De acuerdo con el citado precepto constitucional, cada vez que el Estado utilice fondos públicos para abastecerse de aquellos bienes, servicios y obras necesarios para cumplimiento de sus funciones, deberá llevar a cabo un proceso de contratación regulado por la Ley de la materia, es decir, por la Ley de Contrataciones del Estado.

Ahora, también se puede apreciar que el mismo artículo señala que la propia Ley de Contrataciones del Estado puede establecer excepciones a su aplicación, es decir, puede permitir que determinadas adquisiciones de bienes, servicios y obras se lleven a cabo sin observar sus disposiciones.

2.1.2 Efectuada la precisión anterior, cabe señalar que el artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado establece su ámbito de aplicación tomando en cuenta dos criterios: (i) **uno subjetivo**, referido a aquellos sujetos que deben aplicar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado¹; y (ii) **otro objetivo**, referido a aquellas actuaciones que se encuentran bajo su ámbito; siendo que, para verificar el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, **ambos elementos deben presentarse en forma concurrente.**

Respecto del criterio subjetivo, el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley establece un listado de los órganos y organismos de la Administración Pública, bajo el término genérico de “Entidades”, que se encuentran en la **obligación** de aplicar la normativa de contrataciones del Estado.

Por su parte, respecto del criterio objetivo, el numeral 3.3 señala que la normativa de contrataciones del Estado se aplica a las contrataciones que realicen las Entidades para proveerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago con cargo a **fondos públicos**².

¹ En este extremo corresponde precisar que la normativa de Contrataciones del Estado se encuentra conformada por la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y las normas de observancia obligatoria emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

² De conformidad con el artículo 4° del Decreto Legislativo N°1436 “Decreto Legislativo Marco de la Administración Financiera del Sector Público” son Fondos Públicos “aquellos flujos financieros que constituyen **derechos de Administración Financiera del Sector Público**, cuya administración se

Por tanto, cuando alguna de las entidades contempladas en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley utilice fondos públicos para contratar la adquisición de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de una obra, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de sus funciones, deberá observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado.

Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, es pertinente señalar que los artículos 4 y 5 de la Ley establecen los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado *-con y sin supervisión del OSCE, respectivamente-* pese a converger en dichos supuestos los aspectos subjetivo y objetivo para la aplicación de dicha normativa.

En virtud de lo expuesto hasta este punto, corresponde anotar que es responsabilidad de cada Entidad determinar si se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley o si, por el contrario, se encuentra en alguno de sus supuestos excluidos.

Un procedimiento de selección de carácter no competitivo: La Contratación Directa.

2.1.3 Si la entidad³ determinase que los procesos de contratación de bienes, servicios y obras a su cargo se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley, deberá aplicar las disposiciones de esta última. Esto quiere decir que para celebrar y ejecutar un contrato, deberá seguir cada una de las etapas del proceso: i) actuaciones preparatorias; ii) de selección; y iii) ejecución contractual.

Como es sabido, en las actuaciones preparatorias la entidad determina las características técnicas del objeto que habrá de satisfacer su necesidad, cuantifica su valor económico y determina si cuenta con la disponibilidad presupuestal necesaria para llevar a cabo la contratación. **En la etapa selectiva, elige al proveedor que habrá de ejecutar el contrato.** Por último, en la ejecución contractual verifica que el contratista ejecute las prestaciones conforme a lo pactado y, además, realiza el pago.

Ahora bien, respecto de la etapa selectiva se debe señalar que para elegir al proveedor que habrá de ejecutar las prestaciones del contrato, la Entidad –por regla general– deberá llevar a cabo alguno de los procedimientos de selección de carácter **competitivo** contemplados en la normativa de Contrataciones del Estado. La libre competencia entre postores es la regla general puesto que ofrece a la entidad mejores condiciones para obtener una mejor oferta.

No obstante, la normativa de contrataciones del Estado establece determinados supuestos en los que carece de objeto realizar un procedimiento de carácter competitivo, toda vez que, por razones coyunturales, económicas o de mercado, la Entidad requiere contratar directamente con un determinado proveedor para satisfacer su necesidad.

encuentra a cargo del Sector Público, de acuerdo al ordenamiento legal aplicable”. Por su parte, el mismo dispositivo señala que “el conjunto de derechos de Administración Financiera del Sector Público” son aquellos considerados como **recursos públicos.**

³ Se hace referencia a una organización pública que adquiere la condición de “Entidad” según la Ley de Contrataciones del Estado.

Dichos supuestos se encuentran establecidos en el artículo 27 de la Ley, y constituyen las causales de contratación directa. Este método de contratación puede ser definido como aquel procedimiento de selección no competitivo y de carácter excepcional, por medio del cual la Entidad se encontrará facultada a contratar directamente con un determinado proveedor, sin la necesidad de realizar un procedimiento de selección competitivo. Cabe añadir que esta situación **no enerva** la obligación de la Entidad de cumplir con las condiciones y requisitos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado para las fases de actuaciones preparatorias y ejecución contractual.

La Contratación Directa para el arrendamiento y adquisición de bienes inmuebles.

2.1.4. Entre los supuestos de contratación directa se encuentra el del literal j), según el 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, ésta 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.

2.1.5. En atención a lo expuesto en la presente opinión, se puede concluir que corresponde a la Entidad determinar si las contrataciones a su cargo se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado; para estos efectos, deberá verificar que hubiesen concurrido los criterios subjetivo y objetivo contemplados en su artículo 3. De ser ese el caso, para llevar a cabo estas contrataciones, la Entidad deberá aplicar las disposiciones de la referida Ley.

Asimismo, si la Entidad determinase que las contrataciones a realizar se encuentran dentro del ámbito de la Ley, para seleccionar al proveedor encargado de ejecutar las prestaciones del contrato podrá emplear la Contratación Directa, siempre que se sustente en alguna de las causales establecidas en el artículo 27 de la Ley, por

ejemplo, en aquella prevista para la adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 Cuando alguna de las entidades contempladas en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley utilice fondos públicos para contratar la adquisición de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de una obra, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de sus funciones, deberá observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado.
- 3.2 Si la Entidad determinase que las contrataciones a realizar se encuentran dentro del ámbito de la Ley, para seleccionar al proveedor encargado de ejecutar las prestaciones del contrato podrá emplear la Contratación Directa, siempre que se sustente en alguna de las causales establecidas en el artículo 27 de la Ley, por ejemplo, en aquella prevista para la adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles.

Jesús María, 4 de marzo de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC/ept.