

OPINIÓN N° 112-2019/DTN

Entidad: Fondo de Vivienda de la Policía Nacional del Perú

Asunto: Ámbito de aplicación de la Ley

Referencia: Oficio N°505-2019-CG-PNP/SECEJE-DIRBAP/DIVFOVIPOL-
OGA/ULOG

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Comandante PNP Carlos Enrique Cárdenas Bernaola, jefe de OFAD- FOVIPOL, solicita que se emita una opinión sobre el 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 del T.U.O de la Ley de Contrataciones del Estado (Ley 30225), aprobado mediante D.S. N° 082-2019-EF ; así como por el acápite 9 del Anexo N°2 de su 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 ANÁLISIS¹

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.

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas en el documento de la referencia, y se ha determinado que las consultas N°2, N° 3, N° 4, no están referidas al sentido y alcance de la normativa de Contrataciones del Estado, sino solicitan que este Organismo Técnico Especializado emita opinión respecto de cómo deben gestionarse aquellas adquisiciones cuyo pago sea asumido con “fondos privados” (categoría no contemplada por la Ley). Sobre el particular, corresponde mencionar que la normativa de Contrataciones del Estado regula las contrataciones de bienes, servicios y obras de las entidades, cuyo pago sea asumido con **fondos públicos**; por tanto, la absolución de las referidas consultas exceden el ámbito de competencia OSCE establecido por el literal n), del artículo 52 de la Ley.

Las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. ***“Si la norma se aplica para las adquisiciones de bienes y servicios, que se realicen con cargo a fondos públicos, ¿Las adquisiciones de bienes y servicios con cargo a fondos privados, están fuera del ámbito de aplicación de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento?”***

El artículo 76° de la Constitución Política de 1993² señala que la ejecución de 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 enajenación de bienes, en tanto que la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hacen por “*concurso público*”. Adicionalmente, la mencionada norma prescribe que, por ley, se establecerá el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha precisado que “*La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos.*”³ (El subrayado es agregado).

Como se desprende del artículo 76 de la Constitución Política y de lo señalado por el Tribunal Constitucional, la contratación de bienes, servicios y obras con fondos públicos debe realizarse, obligatoriamente, mediante los procedimientos que establezca la ley que desarrolla este precepto constitucional.

Con relación a ello, debe indicarse que la Ley de Contrataciones del Estado es la norma que desarrolla el citado precepto constitucional y, conjuntamente con su Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, constituyen la normativa de contrataciones del Estado.

² ***“Obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública***

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).

³ Numeral 12 de la Sentencia recaída sobre el EXP. N° 020-2003-AI/TC, de fecha 17 de mayo de 2004.

2.2 Ahora bien, el artículo 3 de la Ley establece el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, teniendo en consideración dos criterios: (i) uno subjetivo, referido a los sujetos que deben adecuar sus actuaciones a las disposiciones de dicha normativa; y, (ii) un criterio objetivo, referido a las 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.

Así, el numeral 3.1⁴ del artículo 3 establece un listado de los tipos de órganos u organismos de la Administración Pública⁵ que se encuentran en la obligación de aplicar la normativa de contrataciones del Estado, denominándolos “Entidades”⁶.

Por su parte, 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**⁷.

⁴ “**Artículo 3°.- Ámbito de aplicación**

3.1 Se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la presente norma, bajo el término genérico de Entidad:

- a) Los Ministerios y sus organismos públicos, programas y proyectos adscritos.
- b) El Poder Legislativo, Poder Judicial y Organismos Constitucionalmente Autónomos.
- c) Los Gobiernos Regionales y sus programas y proyectos adscritos.
- d) Los Gobiernos Locales y sus programas y proyectos adscritos.
- e) Las universidades públicas.
- f) Juntas de Participación Social.
- g) Las empresas del Estado pertenecientes a los tres niveles de gobierno.
- h) **Los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o privado**.

⁵ A efectos de precisar el contenido de “administración pública”, resulta pertinente citar lo señalado por 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*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, décima edición, 2009, Pág. 65.

Adicionalmente, el mismo autor indica que “*La administración pública está en todo el Estado: en el Congreso, en el Poder Judicial, en los órganos del Estado, y en los gobiernos regionales y locales. Pero la parte más importante de la Administración está en el Poder Ejecutivo (...)*” (el subrayado es agregado). RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, primera edición, 2006, Pág. 210.

⁶ Adicionalmente, el numeral 3.2 del referido artículo 3 señala que el mismo tratamiento de Entidad se le otorga a las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los órganos desconcentrados.

⁷ 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 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**.

En ese sentido, en atención a la consulta formulada, corresponde mencionar que la sujeción de determinadas contrataciones a las disposiciones de la Ley y su Reglamento resultará obligatoria cuando quien pretende satisfacer sus necesidades de bienes, servicios u obras tiene la calidad de “Entidad”, en los términos referidos en el artículo 3 de la Ley y si además, para tal efecto, **debe asumir el pago con cargo a fondos públicos**; condiciones que deben presentarse de forma **concurrente. En consecuencia, aquellas contrataciones cuyo pago no sea asumido con fondos públicos, no se encontrarán dentro del ámbito de aplicación de la Ley, pues no cumplirían con el criterio objetivo establecido en el numeral 3.3., del artículo 3 de la Ley.**

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.

- 2.3. Ahora bien, con relación al criterio subjetivo que debe verificarse para la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, en la relación de Entidades comprendidas dentro de este criterio se encuentra la prevista en el literal h) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley, referido a: *"Los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o privado"*.

Como se advierte, el literal h) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley establece que, para efectos de su aplicación, **dichos Fondos constituyen Entidades.**

Tal extremo de la normativa de contrataciones del Estado concuerda con lo establecido en el D.L. N°1436, “Decreto Legislativo Marco de Administración Financiera del Sector Público”, el cual señala que un Fondo **“es una organización creada por Ley con la finalidad de administrar fondos públicos** distintos a los de la entidad de la cual forma parte (...)”.

Al respecto, es preciso señalar que la particularidad de que un Fondo (en su acepción de organización creada por Ley con la finalidad de administrar fondos públicos) no administre **únicamente** fondos públicos, no contraviene la condición de “entidad” que adquiriría dicho Fondo en los términos de la Ley de Contrataciones del Estado.

En consecuencia, **siempre que un Fondo se encuentre constituido total o parcialmente con recursos públicos, sus contrataciones (de bienes, servicios u obras) que se paguen con cargo a fondos públicos se encontrarán bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado.**

Por último, se debe precisar que este Organismo Técnico Especializado **carece de competencia para establecer si determinados ingresos de una Entidad constituyen o no recursos públicos**, aspecto que corresponde determinar a la Dirección Nacional de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas, que a través de su Dirección de Normatividad, tiene entre sus funciones: *"Absolver las consultas relacionadas a la normatividad*

*presupuestaria que formulen las entidades del sector público."*⁸

3. CONCLUSIONES.

- 3.1. La sujeción de determinadas contrataciones a las disposiciones de la Ley y su Reglamento resultará obligatoria cuando quien pretende satisfacer sus necesidades de bienes, servicios u obras tiene la calidad de "Entidad", en los términos referidos en el artículo 3 de la Ley y si además, para tal efecto, debe asumir el pago con cargo a fondos públicos; condiciones que deben presentarse de forma concurrente. En consecuencia, aquellas contrataciones cuyo pago no sea asumido con fondos públicos, no se encontrarán dentro del ámbito de aplicación de la Ley, pues no cumplirían con el criterio objetivo establecido en el numeral 3.3., del artículo 3 de la Ley.
- 3.2. Siempre que un Fondo se encuentre constituido total o parcialmente con recursos públicos, sus contrataciones (de bienes, servicios u obras) que se paguen con cargo a fondos públicos, se encontrarán bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado.
- 3.3. La entidad competente en la materia es quien debe definir si los ingresos que percibe determinado fondo constituyen o no recursos públicos.

Jesús María, 09 de julio de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC.

⁸ De conformidad con el artículo 5° del Decreto Legislativo N°1440, así como, el artículo 81 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Economía y Finanzas.