

## **Capítulo 2 del módulo 1**

### **Marco regulatorio**

**Capacitadores:**

**Luis Miguel Bossano Lomellini**

**Gisella Milagros Sánchez Manzanares**

Pasos a seguir para el estudio de este capítulo:

Paso 1: Lea el texto del capítulo Marco Regulatorio que trabajaremos del 8 al 10 de setiembre. Revise el índice del capítulo y subraye las ideas importantes a fin de que pueda comprender el texto.

Paso 2: Le recomendamos realizar cuadros resúmenes para la mejor comprensión del texto.

Paso 3.- Revise los hipervínculos que muestra el texto, para que pueda tener un mayor conocimiento del tema.

Paso 4: Ingrese a la actividad del pupiletras. Esta actividad no es evaluada, pero le servirá para practicar sus conocimientos sobre marco regulatorio de una forma lúdica.

Paso 5: Prosiga con el estudio del capítulo. Prepárese para el examen del módulo, que se realizará el día 12 de setiembre, de 6.00 p.m. a 7.00 p.m.

### **Aprendizajes esperados**

Los alumnos estarán en capacidad de:

- Conocer de forma general los principales conceptos relacionados al tema de la normativa de contrataciones.
- Conocer las implicancias de un contrato de la administración pública.
- Reflexionar en torno al tema de la normativa de contrataciones, especialmente sobre los principios de la Ley de Contrataciones

## Índice

### I. Normas aplicables a la contratación pública.

- A. Constitución Política del Perú.
- B. Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado y el Decreto Supremo N° 184-2008-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- C. Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.
- D. Otras normas de Derecho Público.
- E. Código Civil.
- F. Directivas emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.

### II. Ámbito de aplicación de la normativa.

- A. Aspecto subjetivo.
  - 1. Gobierno Nacional, sus dependencias y reparticiones.
  - 2. Organismos constitucionales autónomos.
  - 3. Empresas del Estado.
  - 4. Proyectos, programas, fondos, órganos desconcentrados, organismos públicos del Poder Ejecutivo, instituciones y demás unidades orgánicas, funcionales, ejecutoras y/o operativas de los Poderes del Estado y otros.
- B. Aspecto objetivo.

### III. Supuestos de inaplicación de la normativa.

- A. Supuestos de inaplicación listados en el numeral 3.3 del artículo 3º de la Ley de Contrataciones del Estado.
- B. Inaplicación por disposición expresa de ley o norma con rango de ley.
- C. Impedimentos para ser postor o contratista.
  - 1. Situaciones o hechos que constituyen impedimentos para que una persona natural o jurídica pueda participar en los procesos de selección convocados por las Entidades públicas.
  - 2. Consecuencias ante el incumplimiento de los impedimentos.
  - 3. Ámbitos de responsabilidad.
  - 4. Innovaciones del Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado respecto de la normativa anterior.

### IV. Principios rectores de la contratación pública.

- A. Ejercicio de la función pública.
  - 1. Actuaciones regladas.
  - 2. Actuaciones discrecionales
- B. Principios del Derecho Administrativo.
- C. Principios del régimen de la contratación pública.

---

## Marco regulatorio

### I. Nomas aplicables a la contratación pública

#### A. Constitución Política del Perú

El artículo 76º de la [Constitución Política del Perú](#) dispone que la contratación de bienes, servicios u obras con fondos públicos se efectúe obligatoriamente por licitación o concurso, de acuerdo con los procedimientos y requisitos señalados en la ley. Ello, con la finalidad de lograr el mayor grado de eficacia en las contrataciones públicas, esto es, que las Entidades obtengan los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, al menor precio y con la mejor calidad, de forma oportuna- y la observancia de principios básicos que aseguren la transparencia en las transacciones, la imparcialidad de la Entidad, la libre concurrencia de proveedores, así como el trato justo e igualitario.<sup>1</sup>

#### B. Decreto Legislativo Nº 1017 - Ley de Contrataciones del Estado Decreto Supremo Nº 184-2008-EF - Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

El [Decreto Legislativo Nº 1017](#), Ley de Contrataciones del Estado, en adelante la Ley; y su Reglamento, aprobado por [Decreto Supremo Nº 184-2008-EF](#), en adelante el Reglamento, constituyen las normas de desarrollo del citado precepto constitucional, pues establecen las reglas que deben observar las Entidades en las contrataciones que lleven a cabo erogando fondos públicos.

La Ley entró en vigencia el 01 de febrero de 2009 y derogó la [Ley Nº 26850](#), Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que estuvo vigente más de diez años. Tiene como objetivo *“establecer las normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público, de manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios”*<sup>2</sup> que señala la propia Ley.

La Ley *“contiene las disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos”*<sup>3</sup> y tanto ella como el Reglamento *“prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables”*<sup>4</sup>[4].

---

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 17.05.04. [Expediente Nº 020-2003-AI/TC](#).

<sup>2</sup> Artículo 2º de la Ley.

<sup>3</sup> Artículo 1º de la Ley.

<sup>4</sup> Artículo 5º de la Ley.

### C. Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

La contratación pública es una especialidad dentro del derecho administrativo; por tanto, le es aplicable las disposiciones de la [Ley N° 27444](#) - Ley del Procedimiento Administrativo General; especialmente en lo que respecta a sus principios. Entre estos podemos citar el principio de legalidad<sup>5</sup>, debido procedimiento<sup>6</sup>, informalismo<sup>7</sup>, presunción de veracidad<sup>8</sup>, verdad material<sup>9</sup> y simplicidad<sup>10</sup>.

### D. Otras normas de derecho público

Otras normas de derecho público que son aplicables a la contratación pública son:

- La [Ley N° 28411](#) - Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto y demás disposiciones sobre ejecución del gasto público.
- La [Ley N° 27785](#) - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República y las directivas que emite la Contraloría General de la República.
- La [Ley 27806](#) - Ley de Transparencia y de Acceso a la Información Pública.
- La [Ley N° 28112](#) - Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público.
- La [Ley N° 28015](#) - Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña y Microempresa.
- Las leyes anuales de presupuesto del sector público.

### E. Código Civil

---

<sup>5</sup> “Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que les estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los cuales les fueron conferidas”.

<sup>6</sup> “Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho”.

<sup>7</sup> “Las normas de procedimientos deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público”.

<sup>8</sup> “En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma descrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario”.

<sup>9</sup> “En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas”.

<sup>10</sup> “Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.”

El [Código Civil](#) es la principal norma de derecho privado que se aplica en las contrataciones del Estado, especialmente en los aspectos relacionados con la ejecución contractual.

#### **F. Directivas del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE**

El marco legal que rige las contrataciones públicas en el Perú se complementa con las directivas que emite el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, en adelante el OSCE, de acuerdo a las facultades conferidas por la Ley<sup>11</sup>.

El OSCE ha emitido, entre otras, las siguientes directivas:

- [Directiva Nº 004-2009-OSCE/CD](#) - “Elevación de Observaciones a las Bases y Emisión de Pronunciamiento”, que tiene por finalidad establecer los lineamientos que las Entidades deben observar cuando los participantes en los procesos de selección convocados soliciten la emisión de pronunciamiento.
- [Directiva Nº 005-2009-OSCE/CD](#) “Plan Anual de Contrataciones”, cuya finalidad es uniformizar los criterios para la elaboración y publicación de los Planes Anuales de Contrataciones de las Entidades del Sector Público bajo el ámbito de aplicación de la Ley.
- [Directiva Nº 006-2009-OSCE/CD](#) - “Lineamientos para la Aplicación de la Modalidad Especial de Selección por Subasta Inversa”, que tiene por finalidad establecer los lineamientos que debe considerarse tanto para incluir un bien o servicio en el listado respectivo, como para la utilización de dicha modalidad, ya sea de manera presencial o electrónica, por parte de las Entidades.<sup>12</sup>
- [Directiva Nº 008-2009-OSCE/CD](#) - “Disposiciones que regulan la Emisión de Decretos del Tribunal de Contrataciones del Estado y su Notificación, así como la Programación de Audiencias y Lectura de Expedientes”. Su finalidad es establecer el régimen aplicable a la emisión y notificación de los decretos que se expiden durante la tramitación de procedimientos correspondientes al recurso de apelación y a la aplicación de sanción.
- [Directiva Nº 009-2009-OSCE/CD](#) - “Lineamientos para la Aplicación de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Prestaciones Accesorias”, cuya finalidad es precisar el contenido y los alcances de la citada garantía, que debe presentar el ganador de la Buena Pro de un proceso de selección.

---

<sup>11</sup> De acuerdo al artículo 58º literal b) de la Ley, el OSCE tiene entre sus funciones emitir Directivas en las materias de su competencia, siempre que se refieran a aspectos operativos de aplicación de la Ley y su Reglamento.

<sup>12</sup> La citada Directiva ha sido emitida para dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 58º literal m) de la Ley, que establece como una de las funciones del OSCE la de promover la Subasta Inversa.

- [Directiva Nº 010-2009-OSCE/CD](#) - “Lineamientos para la Contratación en la que se hace referencia a determinada Marca o Tipo Particular”, que tiene por finalidad establecer los lineamientos que las Entidades deben observar para llevar a cabo un proceso de estandarización debidamente sustentado.
- [Directiva Nº 011-2009-OSCE/CD](#) - “Procesos de Selección Electrónicos de Adjudicación de Menor Cuantía para la Contratación de Servicios”, cuya finalidad es precisar y uniformizar los criterios que deben seguir las Entidades para la ejecución de dichos procesos, y los proveedores para participar y presentar propuestas en ellos a través del SEACE.<sup>13</sup>
- [Directiva Nº 002-2010-OSCE/CD](#) - “Disposiciones sobre el contenido de las Bases Estandarizadas que las Entidades del Estado utilizarán obligatoriamente en los Procesos de Selección que convoquen”, que tiene por finalidad orientar a éstas sobre el contenido y obligatoriedad de la utilización de dichas Bases en los procesos que convoquen.<sup>14</sup>
- [Directiva Nº 007-2010-OSCE/CD](#) - “Directiva de Convenio Marco”, cuya finalidad es establecer las normas específicas para la implementación de la citada modalidad especial de selección.
- [Directiva Nº 008-2010-OSCE/CD](#) - “Disposiciones Aplicables al Registro de Información de los Procesos de Selección y de otros Actos en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE)”, que tiene por finalidad precisar y uniformizar los criterios que deben observar las Entidades sujetas al ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado, para el registro de dicha información.<sup>15</sup>
- [Directiva Nº 009-2010-OSCE/CD](#) - “Disposiciones que regulan la emisión de Decretos y Resoluciones y/o Acuerdos del Tribunal de Contrataciones del Estado y su Notificación, así como la Programación de Audiencias y Lecturas de Expedientes”, que tiene por finalidad establecer el régimen aplicable a la emisión y notificación de decretos, resoluciones y acuerdos que se expiden durante la tramitación de recursos de apelación y/o revisión, así como la aplicación de sanción

---

<sup>13</sup> La citada Directiva ha sido emitida para dar cumplimiento a lo dispuesto por la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento.

<sup>14</sup> La citada Directiva ha sido emitida para dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 26º de la Ley y por el artículo 38º y la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento.

<sup>15</sup> La citada Directiva se enmarca dentro en lo dispuesto por el artículo 58º literal f de la Ley, que establece como una de las funciones del OSCE la de desarrollar, administrar y operar el SEACE.



(procedimiento administrativo sancionador). Asimismo, regula el procedimiento para las audiencias y la lectura de expedientes.

- [Directiva N° 001-2011-OSCE/CD](#) - “Procedimiento para la Certificación de Funcionarios y Servidores que laboran en el Órgano Encargado de las Contrataciones de las Entidades”, que tiene por finalidad certificar que los funcionarios y servidores que laboran en los órganos encargados de las contrataciones, cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 5° del Reglamento: i) capacitación técnica en contrataciones públicas o gestión logística no menor de ochenta (80) horas lectivas; ii) experiencia laboral en general no menor de tres (03) años; y iii) experiencia laboral en materia de contrataciones públicas o logística privada no menor de un (01) año.
- [Directiva N° 002-2011-OSCE/CD](#) - “Procesos de Selección Electrónicos de Adjudicación de Menor Cuantía para la Contratación de Bienes y Servicios”, que tiene por finalidad precisar y uniformizar los criterios que deberán seguir las Entidades públicas para la ejecución de procesos de selección electrónicos, así como los proveedores que desean participar en los mismos.

## II. Ámbito de aplicación de la normativa

Para determinar el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, se tiene que distinguir dos criterios en los que debe repararse para su delimitación: **el aspecto subjetivo y el aspecto objetivo**. El primer criterio se refiere a las personas que deben someter su comportamiento a las prescripciones establecidas en la Ley, cuando se configuren los supuestos de hecho previstos en la misma; mientras que el segundo criterio, a la materia u objeto que pretende regular la norma.

### A. Aspecto subjetivo

Con referencia al criterio subjetivo, el numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley establece una descripción de los sujetos que – bajo el término genérico de Entidad – se encuentran comprendidos dentro del alcance de dicho cuerpo legal, delimitando su ámbito subjetivo de aplicación:

#### 1. Gobierno Nacional, sus dependencias y reparticiones

En primer lugar, se encuentra el Gobierno Nacional, sus dependencias y reparticiones; entre las cuales podemos citar: la Presidencia de la República, la Presidencia del Consejo de Ministros, los Ministerios, el Congreso de la República, el Poder Judicial, la Academia de la Magistratura, la Asamblea Nacional de Rectores, CONASEV, CONCYTEC, ESSALUD, INDECI, INDECOPI, INEI, INEN, OSINERGMIN, OSIPTEL, OSITRAN, PROINVERSION<sup>16</sup>, PROMPERU, SENCICO, SENASA, SUNASS, SUNAT, SUNARP, SUNASS y el OSCE, entre otras.

---

<sup>16</sup> Primera Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento.- “Mediante acuerdo de su Directorio, la Agencia de la Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSION) podrá exceptuar de la aplicación total o

## 2. Gobiernos Regionales y Locales, sus dependencias y reparticiones

En segundo lugar, se encuentran los Gobiernos Regionales<sup>17</sup> y Locales<sup>18</sup>, sus dependencias y reparticiones.

De acuerdo con lo establecido en el artículo I del Título Preliminar de la [Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades](#), los Gobiernos Locales son Entidades básicas de la organización territorial del Estado y canales inmediatos de participación vecinal en los asuntos públicos. Institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades. Sus elementos esenciales son: el territorio, la población y la organización.

Las contrataciones necesarias para la atención de las funciones de las municipalidades de centros poblados sí se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. No obstante, los actos relacionados con la planificación y programación, ejecución de procesos de selección y administración de los contratos pertinentes para la atención de dichas funciones, corresponderá asumirlos a las municipalidades distritales o provinciales de las cuales las municipalidades de centros poblados dependen económica y administrativamente, salvo que exista delegación expresa.<sup>19</sup>

## 3. Organismos Constitucionales Autónomos

Es de aplicación la Ley y el Reglamento, a las contrataciones que realicen los Organismos Constitucionales Autónomos<sup>20</sup>, cuyas funciones están establecidas en la Constitución Política del Perú. Entre estos, citamos los siguientes: la Contraloría General de la República, el Banco Central de Reserva, la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, el Jurado Nacional de

---

parcial de la presente norma a las contrataciones vinculadas a los procesos a que se refieren el Decreto Legislativo N° 674, el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, el Decreto Legislativo N° 1012, y sus normas modificatorias”.

<sup>17</sup> Artículo 197º de la Constitución Política del Perú.- “Las Regiones tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia- Les corresponden, dentro de su jurisdicción, la coordinación y ejecución de los planes y programas socio- económicos regionales, así como la gestión de actividades y servicios inherentes al Estado, conforme a ley”.

<sup>18</sup> Artículo 191º de la Constitución Política del Perú.- “Las municipalidades provinciales y distritales, y las delegadas conforme a ley, son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Corresponden al Concejo las funciones normativas y fiscalizadoras; y a la alcaldía, las funciones ejecutivas”.

<sup>19</sup> [Opinión N° 101-2008/DOP del 31/12/08.](#)

<sup>20</sup> Tercera Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento.- “Para efectos de lo dispuesto en el artículo 10º de la Ley, se reputan como organismos constitucionales autónomos los señalados en los artículos 18º, 82º, 84º, 87º, 150º, 158º, 161º, 177º y 201º de la Constitución Política del Perú.”

Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y el Tribunal Constitucional.

#### **4. Las Universidades Públicas, las Sociedades de Beneficencia y las Juntas de Participación Social, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú y sus Fondos de Salud, de Vivienda, de Bienestar y demás de naturaleza análoga**

Tales como el Fondo de Salud del Personal de la Policía Nacional (FOSPOLI), Fondo de Apoyo Funerario a la Policía Nacional (FONAFUN-PNP), Fondo de Vivienda Militar del Ejército (FOVIME), Fondo de Bienestar de la Policía Nacional (FONBIEPOL) y Fondo de Vivienda de la Policía Nacional del Perú (FOVIPOL), entre otros.

#### **5. Empresas del Estado**

Las contrataciones que realizan las empresas del Estado de derecho público o privado, ya sean de propiedad del Gobierno Nacional, Regional o Local y las empresas mixtas bajo control societario del Estado<sup>21</sup>, también se encuentran en el ámbito de aplicación de la Ley y el Reglamento<sup>22</sup>.

[El Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado \(FONAFE\)](#), es la Entidad encargada de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado. Bajo su ámbito se encuentran SEDAPAL, ELECTROPERU, ENAPU, Banco de la Nación, Banco de Materiales, Editora Perú, CORPAC, COFIDE, SIMA PERU y SERPOST entre otras empresas públicas<sup>23</sup>.

Cabe indicar que la empresa PETROPERU no se encuentra bajo el ámbito del FONAFE y sus contrataciones las realiza de acuerdo a un Reglamento aprobado por el OSCE<sup>24</sup>.

#### **6. Los proyectos, programas, fondos, órganos desconcentrados, organismos públicos del Poder Ejecutivo, instituciones y demás unidades orgánicas, funcionales, ejecutoras y/o operativas de los Poderes del Estado; así como los organismos a los que alude la Constitución Política y demás que son creados y reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional.**

---

<sup>21</sup> Empresas mixtas son aquellas en que las personas privadas y el Estado son propietarios del capital social, y en las que la participación de uno u otro en la gestión depende de los derechos y acciones que tengan en la empresa. En ellas convive el interés público con el interés privado. ([Opinión N° 015-2008-DOP](#) del 20/02/08).

<sup>22</sup> La compra de energía eléctrica por parte de una empresa estatal, dedicada a la generación de energía eléctrica, con la finalidad de ser revendida, se regula específicamente por la normativa especial sobre la materia, por lo que no es de aplicación la normativa en materia de contratación pública. ([Opinión N° 013-2008-DOP](#) del 15/02/08).

<sup>23</sup> Mediante la Ley N° 29523 se excluye a las cajas municipales de ahorro y crédito del ámbito de la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado.

<sup>24</sup> Reglamento de Contrataciones de Petróleos del Perú - PETROPERU S.A, aprobado por [Resolución N° 523-2009-OSCE/PRE](#) vigente desde el 12/12/09.

Entre los Programas podemos mencionar el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria (PRONAA), Programa Agua para Todos, el Programa Subsectorial de Irrigaciones (PSI), el Programa Regional de Lima Metropolitana, el Programa Nacional de Infraestructura Educativa (PRONIED) y entre los Fondos, podemos señalar al FONCODES, FITEL, FONDEPES, INVERMET, FONDEBOSQUE y FORSUR.

## B. Aspecto objetivo

Una vez que hemos detallado las Entidades que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la normativa sobre contrataciones públicas, se analizará qué actuaciones de dichas Entidades se deben realizar siguiendo las disposiciones de la Ley y su Reglamento; es decir, se determinará cuál es su ámbito objetivo de aplicación.

Al respecto, el numeral 3.2 de la Ley señala que ésta se aplica a las contrataciones que realicen dichas Entidades para proveerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago del precio o de la retribución correspondiente al contratista con fondos públicos, y demás obligaciones derivadas de la calidad de contratante.<sup>25</sup>

En el marco de la normativa sobre contratación pública se emplea los términos “bienes” y “servicios” como categorías jurídicas genéricas, que representan una amplia gama de necesidades que normalmente las Entidades del Estado persiguen satisfacer con la celebración de los contratos.<sup>26</sup>

En tal sentido, se encuentran sujetos a la normativa de contrataciones del Estado, los contratos donde el Estado asume una prestación de carácter dinerario o una retribución con fondos públicos; mientras que el particular (contratista) asume una prestación de dar o hacer que satisfaga el requerimiento de bienes, servicios u obras de la Entidad.

Un aspecto importante que se debe analizar en cada caso concreto para determinar si estamos en el ámbito de aplicación de la citada normativa, es vislumbrar si se trata de “fondos públicos”, entendidos éstos como los recursos financieros y monetarios aportados por el Estado, a través de sus diferentes niveles de gobierno y Entidades que los componen.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> En el mismo sentido, el artículo 2º del Reglamento señala que la “Ley y el Reglamento son aplicables a la contratación de bienes, servicios y obras, siempre que sean brindados por terceros y que la contraprestación sea pagada por la Entidad con fondos públicos.”

<sup>26</sup> [Opinión N° 062-2009/DTN](#) del 13/07/09.

<sup>27</sup> Los fondos que un Gobierno Regional reciba, provenientes del canon petrolero que le ha sido asignado por ley, constituyen fondos públicos de acuerdo con el artículo 15º de la [Ley N° 28112 - Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público](#). Por tanto, las contrataciones que se lleven a cabo con dichos fondos se encontrarán dentro del ámbito de aplicación de la Ley y su Reglamento. ([Opinión N° 031-2010/DTN](#) del 31/03/10).

Si el órgano competente determina que los fondos con los que la Entidad llevará a cabo la contratación constituyen fondos públicos, dicha contratación se encontrará inmersa en el ámbito de aplicación la Ley y de su Reglamento, pues se verificaría el supuesto general para su aplicación.<sup>28</sup>

Como se advierte, se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley y de su Reglamento las contrataciones que las Entidades señaladas en el numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley lleven a cabo, asumiendo la obligación de pagar al contratista una retribución pecuniaria con cargo a fondos públicos.

Por tanto, con la finalidad de verificar si una Entidad se encuentra bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, deberá constatarse el cumplimiento del aspecto subjetivo como del aspecto objetivo de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, para lo cual deberá revisarse, entre otros, el ordenamiento presupuestal vigente, la [Ley General del Poder Ejecutivo](#), y las normas de creación y organización de la Entidad.<sup>29</sup>

### III. Supuestos de inaplicación de la normativa

No obstante lo expuesto, el artículo 76º de la Constitución Política del Perú, reconoce que, en determinadas circunstancias, podría ser necesario establecer un tratamiento especial para las contrataciones que las Entidades llevan a cabo, a efectos de satisfacer el interés general involucrado, permitiendo que en tales circunstancias, mediante ley, se establezcan excepciones.

Ello implica que, por imperio de la ley, ciertas contrataciones, aun cuando involucren la erogación de fondos públicos, se sometan a procedimientos o requisitos distintos a los contenidos en la normativa de contrataciones del Estado.

En otras palabras, existen algunos supuestos en los cuales, no obstante tratarse de contrataciones de bienes, servicios u obras que realizan las Entidades indicadas en el numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley con cargo a fondos públicos, expresamente se encuentran exceptuados de su aplicación.

#### A. Supuestos de inaplicación listados en el numeral 3.3 del artículo 3º de la Ley de Contrataciones del Estado

- 1. La contratación de trabajadores, empleados, servidores o funcionarios públicos sujetos a los regímenes de la carrera administrativa<sup>30</sup> o laboral de la actividad privada.<sup>31</sup>**

<sup>28</sup> [Opinión N° 076-2009/DTN](#) del 31/07/09.

<sup>29</sup> [Opinión N° 077-2009/DTN](#) del 14/08/09.

<sup>30</sup> Regulada por [Decreto Legislativo N° 276](#) - "Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público".

<sup>31</sup> Regulada por [Decreto Legislativo N° 728](#) - "Ley de Productividad y Competitividad Laboral".

**2. La contratación de auditorías externas en o para las Entidades, que se sujeta a las normas que rigen el Sistema Nacional de Control.<sup>32</sup>**

Sin embargo, es importante señalar que todas las demás contrataciones que efectúe la Contraloría General de la República se sujetan a lo dispuesto en la Ley y su Reglamento.

**3. Las operaciones de endeudamiento y administración de deuda pública.<sup>33</sup>**

**4. La contratación de asesoría legal y financiera y otros servicios especializados,** vinculados directa o indirectamente a las operaciones de endeudamiento interno o externo y de administración de deuda pública.

**5. Los contratos bancarios y financieros celebrados por las Entidades.**

Los contratos bancarios son los acuerdos celebrados por las empresas y Entidades del sistema financiero con sus clientes y usuarios – carácter que en dichas operaciones pueden asumir las Entidades públicas sujetas a la Ley – con la finalidad de crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial orientada al desarrollo de diversas operaciones de intermediación financiera. La naturaleza e importancia de estas operaciones constituye el sustento para que sean reguladas bajo un ordenamiento especial.

Los contratos bancarios que se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la Ley, aún cuando puedan involucrar la erogación de recursos públicos, son aquellos detallados en la [Ley N° 26702](#), Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), que celebra una Entidad pública en su calidad de cliente o usuario.<sup>34</sup>

Los contratos financieros son acuerdos celebrados entre un prestamista que ofrece recursos financieros a un deudor, y por el cual éste se compromete a ejecutar determinados actos estipulados en él, como proporcionar estados financieros o bien no endeudarse más allá de cierto nivel. Es decir, el objetivo de esta modalidad contractual radica en la necesidad que tiene una de las

---

<sup>32</sup> Regulada por el “Reglamento de Sociedades de Auditoría conformantes del Sistema Nacional de Control”, aprobado por [Resolución de Contraloría N° 218-2007-CG](#).

<sup>33</sup> Reguladas por [Ley N° 28563](#) - “Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento” y por las leyes anuales de endeudamiento del Sector Público.

<sup>34</sup> [Opinión N° 056-2009/DTN](#) del 30/06/09.

partes de obtener liquidez. Por ello se dice que estos contratos son celebrados con la finalidad de que una organización puede obtener recursos a través del financiamiento que es la forma como una empresa, persona o institución se agencia de los recursos económicos mínimos indispensables para el desarrollo de sus actividades.<sup>35</sup>

Por otro lado, es importante precisar que el contrato de seguro no constituye un contrato financiero. Por ello, la contratación de una empresa aseguradora sí se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, en la medida que el contrato de seguros es un contrato en el que, ante la prestación de la empresa aseguradora – que es cubrir el riesgo del acaecimiento de un siniestro – le corresponde a la Entidad efectuar el pago de una suma dineraria, prima, si dicho precio es pagado con recursos públicos.<sup>36</sup>

**6. Los contratos de locación de servicios o de servicios no personales que celebren las Entidades con personas naturales, con excepción de los contratos de consultoría; y los contratos de locación de servicios celebrados con los presidentes de directorios o consejos directivos, que desempeñen funciones a tiempo completo en las Entidades o Empresas del Estado.**

Cabe precisar que, ni la Ley ni el Reglamento han previsto una definición de “locación de servicios” y “servicios no personales”. Para delimitar el contenido de dichos términos es necesario recurrir al tratamiento que dichas categorías han merecido en ordenamientos complementarios o supletorios al de contratación pública.

Así tenemos que el Código Civil distingue dentro de los “contratos nominados” a los contratos vinculados con la “prestación de servicios”, entre los cuales se considera al contrato de “locación de servicios”. Una de las características esenciales del referido contrato es que las prestaciones se ejecutan sin mediar subordinación entre contratante y contratado.<sup>37</sup>

Como se aprecia, la locación de servicios implica una relación contractual entre el locador o contratista y la Entidad contratante, vínculo de absoluta independencia, puesto que ambos son partes del contrato. El locador no se encuentra subordinado a la Entidad, ni viceversa.

Por su parte, el [Decreto Legislativo N° 1057](#) y su Reglamento aprobado por [Decreto Supremo N° 075-2008-PCM](#), regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS), con el fin de diferenciarlo y sustraerlo del régimen general de contratación de servicios al que se sujeta la generalidad de la Administración Pública en el Perú. El elemento distintivo del

<sup>35</sup> [Opinión N° 034-2009/DTN](#) del 15/05/09.

<sup>36</sup> [Opinión N° 034-2009/DTN](#) del 15/05/09.

<sup>37</sup> Artículo N° 1756 y siguientes del [Código Civil](#).

ámbito objetivo de este nuevo régimen es la no autonomía de los servicios a ser prestados a favor de una Entidad.

Por tanto, cuando el literal f) del numeral 3.3 del artículo 3º de la Ley establece que no es aplicable a los “contratos de locación de servicios o de servicios no personales que celebren las Entidades con personas naturales”, en realidad está excluyendo del ámbito de aplicación de la Ley y de su Reglamento la celebración de Contratos Administrativos de Servicios. El Decreto Legislativo N° 1057, en su Primera Disposición Complementaria Final, dispone que las referencias normativas a los “servicios no personales” se entiendan realizadas a la Contratación Administrativa de Servicios.

Por el contrario, se encuentran dentro del ámbito de la Ley y su Reglamento la contratación de personas naturales en calidad de locadores de servicios – esto es, la contratación de un servicio o su resultado, que es prestado por el locador a la Entidad sin estar subordinado a esta – pues con dicha contratación se verifica el supuesto general de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado – la contratación de un servicio por parte de una de las Entidades detalladas en el numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley, con cargo a fondos públicos.<sup>38</sup>

En consecuencia, cuando se trate de servicios no profesionales, corresponde tramitar la contratación de los mismos en tanto “servicios en general”. Para ello se debe observar los requisitos, formalidades y procedimientos previstos en la Ley y su Reglamento: convocarse al proceso de selección conforme el monto involucrado y considerar los factores de evaluación previstos en el artículo 45º del Reglamento.<sup>39</sup>

Las empresas del Estado pueden celebrar contratos de locación de servicios con personas naturales, cuando requieran contratar la prestación de un servicio o su resultado, solo si el locador presta sus servicios de forma independiente, es decir, sin estar subordinado a la Entidad. *“Para individualizar a la persona natural que prestará sus servicios, a la empresa del Estado debe observarse las disposiciones de la Ley y su Reglamento. Por tanto, dichas empresas no pueden emitir directivas que establezcan procedimientos para la contratación directa de personas naturales como locadores de servicios, pues estarían contraviniendo las disposiciones de la Ley y su Reglamento.”*<sup>40</sup>

## **7. Los actos de disposición y de administración y gestión de los bienes de propiedad estatal<sup>41</sup>, tales como venta, arrendamiento, comodato, donación,**

<sup>38</sup> [Opinión N° 142-2009/DTN](#) del 30/12/09.

<sup>39</sup> [Opinión N° 040-2009/DTN](#) del 29/05/09.

<sup>40</sup> [Opinión N° 142-2009/DTN](#) del 30/12/09.

<sup>41</sup> El citado literal g) excluye del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado a los actos de disposición, administración y gestión de los “bienes de propiedad estatal”. Ello, debido a que los “bienes de



afectación y cesión en uso de bienes muebles e inmuebles de propiedad de las Entidades.

**8. Las contrataciones cuyos montos, sean iguales o inferiores a tres (3) Unidades Impositivas Tributarias, vigente al momento de la transacción**

Se exceptúan los bienes y los servicios incluidos en el Catálogo de Convenios Marco<sup>42</sup>.

Es importante mencionar que en un proceso de selección según relación de ítems, el monto individual de cada ítem debe ser superior al límite referido.

**9. La contratación de notarios públicos para que ejerzan las funciones previstas en la Ley y su Reglamento, es decir, asistir a los actos públicos de presentación y apertura de propuestas y otorgamiento de Buena Pro.**

**10. Los servicios brindados por conciliadores, árbitros, centros de conciliación, instituciones arbitrales y demás derivados de la función conciliatoria y arbitral.**

**11. Las contrataciones que deban realizarse con determinado proveedor, por mandato expreso de la ley<sup>43</sup> o de la autoridad jurisdiccional.**

Este numeral comprende dos supuestos diferentes. El primero, cuando a través de una ley, se dispone que una Entidad deba realizar sus contrataciones con determinado proveedor; como es el caso de las publicaciones que se deben realizar en el Diario Oficial El Peruano o las tasaciones que debe efectuar el Consejo Nacional de Tasaciones.

El segundo, cuando por mandato de un juez o de un tribunal judicial se deba contratar a un determinado proveedor, como sería el caso en que un juez designe un perito para que efectúe un peritaje en el marco de un proceso judicial en el que una de las partes es una Entidad del Estado.

---

propiedad estatal” constituyen una categoría distinta, cuya disposición, administración y gestión se encuentra regulada por normas especiales de la materia y por las políticas que dicta la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales. ([Opinión N° 031-2010/DTN](#) del 31/03/10).

<sup>42</sup> Modalidad especial de selección por la cual el OSCE selecciona a aquellos proveedores con los cuales las Entidades deberán contratar los bienes y servicios que requieran y que son ofertados a través del Catálogo Electrónico de Convenios Marco.

<sup>43</sup> Cuando el literal k) del numeral 3.3 del artículo 3º de la Ley de Contrataciones del Estado hace referencia a la “ley”, se incluye a todas las normas con rango de ley (decretos legislativos, decretos de urgencia, ordenanzas municipales o regionales), mas no a normas de rango inferior al legal como los reglamentos. ([Opinión N° 071-2009/DTN](#) del 31/07/09).

En virtud de lo dispuesto por la [Ley Nº 29314 - Ley de la Fábrica de Armas y Municiones del Ejército](#) - FAME S.A.C., cuando las instituciones de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú, los Comités de Autodefensa y otros organismos del Estado contraten con dicha empresa, la comercialización, desarrollo, fabricación, modificación, modernización, mantenimiento de sistemas de armas y municiones de guerra y de uso civil, así como la investigación y desarrollo tecnológico; y las actividades conexas para abastecer a las Entidades mencionadas, no resulta de aplicación la Ley ni su Reglamento.<sup>44</sup>

**12. La concesión de recursos naturales y obras públicas de infraestructura, bienes y servicios públicos.**

La concesión implica una forma de participación privada que puede involucrar, total o parcialmente, el uso de recursos privados para la ejecución y explotación de servicios y obras públicas, a costa y riesgo del concesionario. Por ello no se encuentra incluida en el ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.<sup>45</sup>

**13. La transferencia al sector privado de acciones y activos de propiedad del Estado, en el marco del proceso de privatización.**<sup>46</sup>

**14. La modalidad de ejecución presupuestal directa contemplada en la normativa de la materia.**<sup>47</sup>

Se exceptúan las contrataciones de bienes y servicios que se requieran para ello.

Sobre el particular, el artículo 59 de la [Ley Nº 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto](#), distingue dos modalidades de ejecución presupuestal de las actividades, proyectos y componentes de las Entidades:

---

<sup>44</sup> [Opinión Nº 025-2010/DTN](#) del 10/03/2010.

<sup>45</sup> [Opinión Nº 032-2008/DTN](#) del 31/03/2008. En cuanto a las concesiones de recursos naturales y obras públicas de infraestructura, bienes y servicios públicos, el [Decreto Supremo Nº 059-96-PCM](#) establece que la Entidad competente del Gobierno Nacional para promover proyectos de inversiones, bajo la modalidad de concesiones, es la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSIÓN; mientras que, a nivel regional o local, son los propios Gobiernos Regionales o Municipales los competentes para promover proyectos de inversión dentro de sus jurisdicciones.

<sup>46</sup> Regulada por el [Decreto Legislativo Nº 674 – “Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado”](#) (modificada [Ley Nº 26438](#) por y su Reglamento, aprobado por [Decreto Supremo Nº 070-92-PCM](#)).

<sup>47</sup> Regulada por la [Resolución de la Contraloría Nº 195-88-CG](#) del 18 de julio de 1988.

- La ejecución presupuestaria directa, que se produce cuando la Entidad, con su personal e infraestructura, es el ejecutor presupuestal y financiero de las actividades y proyectos, así como de sus respectivos componentes.
- La ejecución presupuestaria indirecta, que se produce cuando la ejecución física y/o financiera de las actividades y proyectos, así como de sus respectivos componentes, es realizada por una Entidad distinta al pliego, sea por efecto de un contrato o convenio celebrado con una Entidad privada o una Entidad pública, sea a título oneroso o gratuito.

En este sentido, la celebración de un contrato por una Entidad para proveerse de bienes, servicios y obras se enmarca dentro de la modalidad de ejecución presupuestaria indirecta de las actividades de la Entidad, puesto que, mediante dichos acuerdos, el Estado obtiene el concurso de los proveedores para la satisfacción de sus necesidades y el cumplimiento de sus fines y funciones.

Distinto es el caso en que la Entidad, atendiendo a sus posibilidades materiales, decide satisfacer sus necesidades de bienes, servicios y obras de propia mano, aprovechando su infraestructura, recursos humanos, maquinaria y logística, sin requerir, para tal efecto, celebrar los contratos regulados por la Ley.

Dentro de esta lógica encontramos la ejecución de obras por administración directa como modalidad de ejecución presupuestaria directa. En este caso la Entidad, con su personal e infraestructura, ejecuta determinadas obras. En estos casos no existe contratación de terceros para la ejecución de la obra, en tanto que la ejecución de tal labor por parte de la Entidad supone contar con la asignación presupuestal correspondiente, el personal técnico administrativo y los equipos necesarios.

Por ello, considerando que la normativa de contrataciones del Estado es de aplicación cuando la Entidad contrata a terceros para que le presten servicios, suministren bienes o ejecuten obras; en la ejecución de obras por administración directa no se configura el supuesto de aplicación de la mencionada normativa.

**15. Las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país cuyo mayor valor estimado de las prestaciones se realice en el territorio extranjero.**

Para que se configure este supuesto de inaplicación de la Ley debe cumplirse las siguientes **condiciones**:

- ✓ **Que el proveedor no se encuentre domiciliado en el país**

La normativa de contrataciones del Estado será aplicable cada vez que una Entidad del sector público peruano contrate con una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, domiciliada en el Perú. Para tales efectos, el

domicilio de una persona se constituye por la residencia habitual de ésta en determinado lugar. En el caso de las personas jurídicas el domicilio corresponde al lugar designado en el instrumento de constitución para el cumplimiento del objeto social o los fines de la persona jurídica, tanto para su sede social como para las sucursales constituidas en el extranjero.

✓ **Que el mayor valor de ejecución del contrato se efectúe fuera del territorio nacional**

Según el principio de competencia funcional y territorial de la legislación, las normas de un sistema jurídico se aplican a los hechos, situaciones y relaciones jurídicas, producidas o celebradas dentro del territorio nacional. Por tanto, su aplicación no podría ser extensible a situaciones o relaciones jurídicas ocurridas en territorio extranjero, como sucede cuando las prestaciones del contrato se ejecutan mayoritariamente fuera del país.

✓ **Que no exista proveedor en el mercado nacional que pueda ofrecer dichos bienes y/o servicios en las condiciones requeridas por la Entidad para satisfacer su necesidad**

Es necesario que, previamente a la celebración del contrato, la Entidad determine la inexistencia de proveedores nacionales que puedan satisfacer sus necesidades.

Los contratos celebrados con proveedores no domiciliados en el país que no verifiquen las condiciones mencionadas se encontrarán bajo el ámbito de aplicación de la citada Ley. Por tanto, previo a su perfeccionamiento, tendrá que observarse los requisitos, procedimientos y formalidades establecidas en la normativa nacional de contrataciones del Estado.

**16. Las contrataciones que realicen las Misiones del Servicio Exterior de la República, exclusivamente para su funcionamiento y gestión, fuera del territorio nacional.**

**17. Las contrataciones de servicios de abogados, asesores legales y de cualquier otro tipo de asesoría requerida para la defensa en las controversias internacionales sobre inversión en foros arbitrales o judiciales.**

**18. Las compras de bienes que realicen las Entidades mediante remate público, las que se realizarán de conformidad con la normativa de la materia.<sup>48</sup>**

**19. Los convenios de cooperación, gestión u otros de naturaleza análoga, suscritos entre Entidades, o entre éstas y organismos internacionales, siempre que se brinden los bienes, servicios u obras propios de la función que por ley les corresponde, y además no se persiga fines de lucro.**

---

<sup>48</sup> Regulada por la [Ley Nº 27728](#) "Ley del Martillero Público".

Para que se configure este supuesto de inaplicación de la Ley debe cumplirse las siguientes **condiciones**:

✓ **Acuerdo celebrado entre Entidades, o entre Entidades y organismos internacionales**

Una de las características distintivas de los convenios de cooperación, gestión u otros de naturaleza análoga, es que se celebran entre Entidades o entre Entidades y organismos internacionales acreditados en el Perú de acuerdo con las normas sobre la materia.

✓ **Acuerdo sin fin de lucro**

A través de la celebración del acuerdo las partes no buscan obtener un beneficio económico (ganancia o utilidad), sino otro tipo de beneficio: cooperación mutua, gestión especializada, u otro fin de naturaleza análogo. En esa medida, la ausencia de beneficio económico se evidencia cuando la Entidad que recibe los bienes, servicios u obras no se encuentra obligada a pagarle una retribución a la otra Entidad u organismo internacional, según corresponda.

A partir de la celebración de un convenio de cooperación, gestión u otro de naturaleza análogo, puede generarse el compromiso de alguna de las partes de cubrir determinados costos o gastos administrativos, o de realizar contrataciones para alcanzar la finalidad del convenio. No obstante, ello no enerva la ausencia de un beneficio económico, pues dichos desembolsos no tienen la calidad de retribución o contraprestación.<sup>49</sup>

✓ **Acuerdo celebrado para brindar los bienes, servicios u obras propios de la función que corresponde a la Entidad**

El acuerdo se celebra para brindar los bienes, servicios u obras propios de la función que corresponde a las Entidades involucradas. Por tal razón, bienes, servicios u obras distintos a los antes indicados no podrían ser materia de estos convenios.

Dichos convenios en ningún caso se utilizarán para el encargo de la realización de procesos de selección, que se sujetará a lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley, y el artículo 83º y siguientes artículos del Reglamento.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> [Opinión N° 055-2010/DTN](#) del 27/08/10.

<sup>50</sup> Octava Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento.

**20. La contratación de servicios públicos**, siempre que no exista la posibilidad de contratar con más de un proveedor.

**21. Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de organismos internacionales, Estados o Entidades cooperantes, siempre que estén asociadas a donaciones u operaciones oficiales de crédito.**

En dichas contrataciones, en caso de vacío o deficiencia en la regulación de los procesos de selección convocados, será de aplicación supletoria las disposiciones de la Ley y el Reglamento. En uno u otro supuesto corresponderá al OSCE supervisar el cumplimiento de los principios que rigen los procesos de selección contemplados en el artículo 3° de la Ley.

Si el vacío o deficiencia a que se refiere el párrafo anterior está referidos al procedimiento o a las reglas para la determinación de la competencia en la solución de controversias e impugnaciones, corresponderá al OSCE resolver la controversia y/o impugnación suscitada en calidad de última instancia administrativa.<sup>51</sup>

En términos generales, la Ley y el Reglamento serán de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras sujetas a regímenes especiales bajo ley específica, 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.<sup>52</sup>

#### **B. Inaplicación por disposición expresa de ley o norma con rango de ley**

Adicionalmente a los supuestos antes mencionados, que se encuentran establecidos por la propia Ley, existen casos en los cuales, no obstante verificarse los aspectos subjetivo y objetivo de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, una ley, o norma con rango de ley, dispone su inaplicación a determinadas contrataciones. Entre ellos podemos citar:

##### **1. La [Ley N° 27628](#) - Ley que facilita la ejecución de obras públicas viales,**

Esta norma establece que si para la ejecución de dichas obras resulta necesario adquirir los inmuebles que se encuentren ubicados en el trazo de las vías públicas a ser construidas, la Entidad podrá adquirir dichos inmuebles mediante trato directo con sus propietarios, o, en todo caso, recurriendo al procedimiento establecido en la [Ley N° 27117](#) – Ley General de Expropiaciones. Por ello no está obligada a observar las disposiciones de la Ley y su Reglamento al momento de realizar dicha adquisición.<sup>53</sup>

<sup>51</sup> Quinta Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento.

<sup>52</sup> Artículo 3° del Reglamento.

<sup>53</sup> [Opinión N° 032-2010](#)/DTN del 26/04/10.

## **2. La Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 817, Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado**

Esta norma establece que la Oficina de Normalización Previsional puede realizar la contratación directa de los servicios que resulten necesarios para la defensa de los intereses del Estado en todos los procedimientos judiciales que versen sobre la aplicación de derechos pensionarios. Ello implica la inaplicación de la normativa de contrataciones del Estado para la contratación de tales servicios.<sup>54</sup>

## **3. La contratación de servicios educativos de capacitación para el personal de las Entidades**

El OSCE ha establecido como criterio rector que dicha contratación constituye un supuesto de inaplicación de la normativa en materia de contrataciones, cuando exista un procedimiento de admisión o selección para determinar el ingreso o aceptación de las personas interesadas en contar con dichos servicios.<sup>55</sup>

### **C. Impedimentos para ser postor<sup>56</sup> o contratista<sup>57</sup>**

En concordancia con los principios de libre concurrencia y competencia y de trato justo e igualitario, previstos en el artículo 4° de la Ley, la normativa en contrataciones públicas propugna como regla general, que toda persona natural o jurídica pueda participar en condiciones de igualdad en los procesos de selección que llevan a cabo las Entidades del Estado.

Sin perjuicio de lo indicado, la libertad de participación de los postores en condiciones de igualdad, constituye a su vez el sustento primario para establecer restricciones a la libre concurrencia en los procesos de selección. Existe determinadas personas, naturales o jurídicas, cuya participación podría afectar la transparencia, imparcialidad y libre concurrencia, debido a la naturaleza de sus atribuciones o por la condición que ostentan.

#### **1. Situaciones o hechos que constituyen impedimentos para que una persona natural o jurídica, pueda participar en los procesos de selección convocados por las Entidades públicas**

---

<sup>54</sup> [Opinión N° 118-2009/DTN](#) del 30/10/09.

<sup>55</sup> [Opinión N° 074-2009/DTN](#) del 31/07/09.

<sup>56</sup> El Anexo Único denominado “Anexo de Definiciones” del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por [Decreto Supremo N° 184-2008-EF](#), conceptúa como postor a la persona natural o jurídica legalmente capacitada, que participa en un proceso de selección desde el momento en que presenta su propuesta o su sobre para la calificación previa, según corresponda.

<sup>57</sup> El precitado Anexo de Definiciones, señala como contratista al proveedor que celebre un contrato con una Entidad, de conformidad con la normativa que regula las contrataciones públicas.

En este contexto, el artículo 10º de la Ley las señala taxativamente, conforme se detalla a continuación:

- a) En todo proceso de contratación pública hasta 12 meses después de haber dejado el cargo:
- El Presidente y los Vicepresidentes de la República.
  - Los Congresistas de la República.
  - Los Ministros y Viceministros de la República.
  - Los Vocales de la Corte Suprema de la República.
  - Los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos<sup>58</sup>.
  - El cónyuge, conviviente o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad<sup>59</sup> y segundo de afinidad<sup>60</sup>.
  - Las personas jurídicas en las que las personas mencionadas en el punto anterior, tengan o hayan tenido una participación superior al 5% del capital o patrimonio social, dentro de los 12 meses anteriores a la convocatoria.
  - Las personas jurídicas sin fines de lucro en las que participen o hayan participado como asociados o miembros de sus consejos directivos, dentro de los 12 meses anteriores a la convocatoria.
  - Las personas jurídicas cuyos representantes legales, o miembros de órganos de administración sean las personas antes señaladas.
  - Las personas naturales, que tengan como apoderados o representantes a estas.
- b) En el ámbito regional hasta 12 meses después de haber dejado el cargo:
- Los Presidentes de Gobiernos Regionales.
  - Los Vicepresidentes Regionales.
  - Los Consejeros Regionales.
  - El cónyuge, conviviente o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

---

<sup>58</sup> De conformidad a lo dispuesto en la Constitución Política del Perú, son organismos constitucionales autónomos: La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, Jurado Nacional de Elecciones, Ministerio Público – Fiscalía de la Nación, Banco Central de Reserva del Perú, Contraloría General de la República, Defensoría del Pueblo, Consejo Nacional de la Magistratura y el Tribunal Constitucional.

<sup>59</sup> El artículo 236º del Código Civil señala que el parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado de parentesco se determina por el número de generaciones. En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado.

<sup>60</sup> El artículo 237º de la citada norma sustantiva refiere que el matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge.



- Las personas jurídicas en las que las personas arriba mencionadas, tengan o hayan tenido una participación superior al 5% del capital o patrimonio social, dentro de los 12 meses anteriores a la convocatoria.
  - Las personas jurídicas sin fines de lucro en las que participen o hayan participado como asociados o miembros de sus consejos directivos, dentro de los 12 meses anteriores a la convocatoria.
  - Las personas jurídicas cuyos representantes legales, o miembros de órganos de administración sean las personas antes señaladas.
  - Las personas naturales, que tengan como apoderados o representantes a estas.
- c) En el ámbito de su jurisdicción<sup>61</sup> hasta 12 meses después de haber dejado el cargo:
- Los Vocales de las Cortes Superiores de Justicia.
  - Los Alcaldes (distritales o provinciales, según sea el caso).
  - Los Regidores (de Alcaldías distritales o provinciales, según sea el caso).
  - Las personas jurídicas en las que las personas arriba mencionadas, tengan o hayan tenido una participación superior al 5% del capital o patrimonio social, dentro de los 12 meses anteriores a la convocatoria.
  - Las personas jurídicas sin fines de lucro en las que participen o hayan participado como asociados o miembros de sus consejos directivos, dentro de los 12 meses anteriores a la convocatoria.
  - Las personas jurídicas cuyos representantes legales, o miembros de órganos de administración sean las personas antes señaladas.
  - Las personas naturales, que tengan como apoderados o representantes a estas.

Puede revisar contenido de la [Opinión N° 048-2010/DTN](#), emitida por Dirección Técnico Normativa del OSCE.

- d) En la Entidad a la que pertenecen:
- Los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo.
  - Los Directores, Gerentes y trabajadores de las Empresas del Estado.
  - Los funcionarios públicos.<sup>62</sup>
  - Los empleados de confianza.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> La palabra jurisdicción tiene muchas acepciones, unas entendidas como sinónimo de ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público; y su sentido preciso y técnico de función pública de hacer justicia.

<sup>62</sup> El [Decreto Supremo N° 005-90-PCM](#) que aprobó el Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, conceptúa como funcionario "al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. (...)"

- Los servidores públicos.<sup>64</sup> Incluye personal contratado bajo régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios.
- Las personas jurídicas en las que las personas arriba mencionadas, tengan o hayan tenido una participación superior al 5% del capital o patrimonio social, dentro de los 12 meses anteriores a la convocatoria.
- Las personas jurídicas sin fines de lucro en las que participen o hayan participado como asociados o miembros de sus consejos directivos, dentro de los 12 meses anteriores a la convocatoria.
- Las personas jurídicas cuyos representantes legales, o miembros de órganos de administración sean las personas antes señaladas.
- Las personas naturales, que tengan como apoderados o representantes a estas.

Puede revisar las siguientes opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del OSCE:

- [Opinión N° 004-2010/DTN.](#)
  - [Opinión N° 037-2010/DTN.](#)
- e) En el correspondiente proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas que tengan intervención directa en:
- La determinación de las características técnicas.
  - La determinación de valor referencial.
  - La elaboración de bases.
  - La selección y la evaluación de ofertas de un proceso de selección.
  - La autorización del pago del contrato derivado de dicho proceso.
  - Las personas jurídicas en las que las personas arriba mencionadas, tengan o hayan tenido una participación superior al 5% del capital o patrimonio social, dentro de los 12 meses anteriores a la convocatoria.
  - Las personas jurídicas sin fines de lucro en las que participen o hayan participado como asociados o miembros de sus consejos directivos, dentro de los 12 meses anteriores a la convocatoria.
  - Las personas jurídicas cuyos representantes legales, o miembros de órganos de administración sean las personas antes señaladas.
  - Las personas naturales, que tengan como apoderados o representantes a estas.

---

<sup>63</sup> El Proyecto de Ley de Funcionarios Públicos y Empleados de Confianza, señala como “empleado de confianza” al personal del empleo público que desempeña cargo técnico o político y que goza de la confianza directa del funcionario público quien lo designa. Pueden ser designados en estos cargos, aquellos profesionales con conocimiento especializado en materias propias de la Administración Pública y de la materia que requiera la Entidad.

<sup>64</sup> El [Decreto Supremo N° 005-90-PCM](#) que aprobó el Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, define al servidor público como “el ciudadano en ejercicio que presta servicio en Entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de Ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares.”

Puede revisar las siguientes opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del OSCE:

- [Opinión N° 090-2009/DTN.](#)
  - [Opinión N° 106-2009/DTN.](#)
  - [Opinión N° 036-2010/DTN.](#)
- f) Las personas naturales o jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente, para participar en procesos de selección y contratar con Entidades.
- g) Las personas jurídicas cuyos socios, miembros de órganos de administración, representantes legales, etc. formen o hayan formado parte en los últimos 12 meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y contratar con el Estado. Este impedimento opera en caso estas tengan una participación mayor del 5% del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente.
- h) Las personas jurídicas cuyos socios, miembros de órganos de administración, representantes legales, etc. hayan sido sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y contratar con el Estado. Este impedimento opera en caso estas tengan una participación mayor del 5% del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente.
- i) Las personas naturales o jurídicas a través de las cuales una autoridad, funcionario público, empleado de confianza, servidor público o proveedor pretenda eludir su condición de impedido, valiéndose de cualquier modalidad de reorganización societaria y/o la utilización de testaferros para participar en un proceso de selección (literal incluido de conformidad a lo dispuesto en el [Decreto Supremo N° 046-2011](#), publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25-03-2011).

## 5. Consecuencias ante el incumplimiento de los impedimentos

### a) En la fase de selección

Las propuestas que contravengan los lineamientos antes señalados se tendrán por no presentadas.

### b) En la fase de ejecución contractual

Los contratos celebrados incumpliendo estos lineamiento son nulos.

## 6. Ámbitos de responsabilidad ante incumplimiento

Los funcionarios, servidores, y contratistas que llevaron a cabo el proceso de selección, y suscribieron el contrato respectivamente.

Puede revisar las siguientes opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del OSCE:

- [Opinión N° 002-2009/DTN.](#)
- [Opinión N° 023-2010/DTN.](#)
- [Opinión N° 040-2010/DTN.](#)
- [Opinión N° 057-2010/DTN.](#)
- [Opinión N° 060-2010/DTN.](#)

#### **7. Innovaciones del Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado respecto de la normativa anterior**

- Se ha precisado el ámbito y periodo de tiempo al que se extiende cada impedimento.
- Se ha precisado que el impedimento a titulares de Entidades, funcionarios, servidores y empleados de confianza se circunscribe a la Entidad a la que pertenecen.
- Se ha eliminado la restricción para aquella persona natural o jurídica que ha participado en la elaboración del estudio de posibilidades que ofrece el mercado (EPOM) o informe técnico que da origen al proceso de selección.
- Se ha precisado alcances de impedimentos respecto de representantes legales o apoderados.

### **VI. Principios rectores de la contratación pública**

#### **A. Ejercicio de la función pública**

Comenzaremos el estudio de este tema con la lectura de la siguiente opinión, emitida por la Dirección Técnico Normativa de OSCE:

***Opinión N° 005-2008/DOP.- “En relación con la aplicación de la normativa, debe indicarse que la actuación de la Administración Pública se encuentra regida por el principio de legalidad. Por lo tanto, todo acto de la Administración debe fundarse en la normativa vigente; es decir, existe una vinculación positiva de la Administración a la ley, de modo que toda actuación administrativa deba referirse a un precepto jurídico.***

*En el caso de la contratación pública, la Ley y el Reglamento consagran las normas básicas y los procedimientos que deben observar las Entidades del sector público*

*para adquirir o contratar bienes, servicios u obras. Ello por cuanto el artículo 76º de la Constitución Política del Perú reconoce a la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado como de orden público, y, por ende, de cumplimiento obligatorio.*

*En esa medida, los actos y decisiones que adopten las Entidades o, específicamente, los Comités Especiales durante la tramitación de un proceso de selección, deben sujetarse de manera estricta a lo dispuesto por la Ley, el Reglamento y toda norma sobre contrataciones y adquisiciones del Estado que resulte aplicable, sin que pueda adicionarse supuestos no contemplados expresamente por la normativa o que no deriven de dichas disposiciones.*

*Ahora bien, respecto de la descalificación de las propuestas económicas, el artículo 130º del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo Nº 084-2004-PCM, establece que "... En el caso de los procesos convocados bajo el sistema de precios unitarios o tarifas, el Comité Especial deberá verificar las operaciones aritméticas de la propuesta que obtuvo el mayor puntaje y, de existir alguna incorrección, deberá descalificarla, procediendo a realizar la misma verificación de la propuesta que sigue en el orden de prelación".*

*Sobre el particular, se observa que, tratándose de procesos convocados bajo el sistema de precios unitarios, la normativa vigente de contrataciones y adquisiciones del Estado penaliza con la descalificación de la propuesta, cualquier error aritmético en la oferta económica.*

*De lo indicado en los párrafos precedentes se advierte que la aplicación del artículo 130º del Reglamento no admite **discrecionalidad**; por lo que si el postor incurre en el supuesto de descalificación previsto por la norma, no se puede realizar una interpretación que conlleve a una consecuencia distinta a la regulada".*

En el caso planteado se advierte que el artículo 130º del entonces Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado describía la decisión que debía adoptarse en el proceso de selección convocado bajo el sistema de precios unitarios o tarifas. Si se daba el caso que la propuesta económica que obtuviera el mayor puntaje, hubiese incurrido en error en alguna de las operaciones aritméticas que la sustentan.

La Administración no puede escapar a la legalidad de la norma, que le dicta con precisión lo que debe hacer: descalificar la propuesta económica. Dicha disposición no le confiere al operador de la norma un margen para valorar individualmente la mejor solución.

El artículo 130º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo Nº 084-2004-PCM, materia de nuestro

ejemplo, que generó la Opinión N° 005-2008/DOP, ha sido modificado por el numeral 5) del artículo 71° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por D.S. N° 184-2008-EF, por cuanto ahora *“En el caso de los procesos de selección convocados bajo el sistema de precios unitarios, tarifas o porcentajes, el Comité Especial deberá verificar las operaciones aritméticas de la propuesta que obtuvo el mayor puntaje total y, de existir alguna incorrección, deberá corregirla a fin de consignar el monto correcto y asignarle el lugar que le corresponda (...)”*. Observamos que la posición del legislador de la normativa de contrataciones del Estado es ahora abismalmente diferente a la anterior: adopta una posición más flexible, lo cual constituye un logro en nuestro ordenamiento jurídico.

De lo anteriormente expresado, se aprecia que el tema que nos ocupa está vinculado a la vigencia del principio de legalidad.

En el Derecho Público el **principio de legalidad**, previsto en el numeral 1.1 del artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, posee una significación distinta a la de otros ordenamientos de naturaleza privada, en el sentido de sujetar la actuación de la Administración Pública a lo expresamente reconocido en las normas correspondientes. Así, en contraste con el Derecho Privado —ámbito dentro del cual se verifica la preeminencia de la autonomía de la voluntad de los privados— donde lo que no está prohibido por Ley expresa está permitido; en el Derecho Público, la Administración carece, en principio, de autodeterminación no sólo en el orden de los fines, sino en el de sus actuaciones concretas; esto significa que la actuación de los sujetos requiere de una habilitación legal previa, sin la que carecería de todo poder jurídico.

Si bien es cierto que las actuaciones de la Administración deben estar sujetas a lo establecido en el ordenamiento jurídico, no siempre estarán taxativamente descritas en él y, en ocasiones, incluso esto resultaría imposible por la diversidad y el carácter imprevisible de algunas situaciones. Es por ello que la norma ha contemplado algunos supuestos donde existe una libertad que debe ser ejercida entre determinados parámetros, dependiendo de criterios sostenidos en los principios orientadores del Derecho Administrativo.

De esta manera, podemos destacar la existencia de dos tipos de potestades o actuaciones de la Administración: actuaciones regladas y actuaciones no **regladas**.

### 1. Actuaciones regladas

Las potestades regladas son aquellas en las que la ley determina exhaustivamente las condiciones de su ejercicio y regula las consecuencias o efectos que produce. En estos casos, la Administración se limita a aplicar la ley en sus propios términos.

A continuación citamos algunos ejemplos de esta clase de actuación pública, contemplados en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

**Ejemplo N° 1: La emisión del informe por el Comité Especial o el órgano encargado de las contrataciones en el proceso de selección declarado desierto.**

*“Cuando un proceso de selección es declarado desierto total o parcialmente, el Comité Especial o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, deberá emitir informe al Titular de la Entidad o al funcionario a quien haya delegado la facultad de aprobación del Expediente de Contratación en el que justifique y evalúe las causas que no permitieron la conclusión del proceso, debiéndose adoptar las medidas correctivas antes de convocar nuevamente” (Tercer párrafo del Art. 78º del Reglamento).*

**Ejemplo N° 2: Rechazo de plano por las unidades de trámite documentario de las entidades o del Tribunal de OSCE, del recurso de apelación presentado prematuramente.**

*“El recurso de apelación contra el otorgamiento de la Buena Pro o contra los actos dictados con anterioridad a ella que sea presentado antes de haberse efectuado el otorgamiento de la Buena Pro, será rechazado de plano, sin mayor trámite, por la Unidad de Trámite Documentario de la Entidad, por la Mesa de Partes del Tribunal o las Oficinas Desconcentradas del OSCE, según corresponda, con la simple verificación en el SEACE de la fecha programada para el otorgamiento de la Buena Pro” (Numeral 3 del art. 110 del Reglamento).*

**Ejemplo N° 3: Aplicación de la penalidad por mora por la entidad al contratista.**

*“En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse” (Primer párrafo del art. 165º del Reglamento).*

## **2. Actuaciones discrecionales**

Una actuación administrativa es discrecional cuando la Administración, al hacerla efectiva, puede optar por distintas soluciones y todas ellas son formalmente válidas. Su aplicación resuelve aquellos supuestos en los que la Ley no puede, de forma general y anticipada, definir y regular todas las condiciones de ejercicio de una potestad o todas sus consecuencias, por ser ambas imprevisibles o variables según las circunstancias. En estos casos, la propia Ley atribuye a la Administración la posibilidad de valorar, de acuerdo con dichas

circunstancias, tales condiciones y efectos, pudiendo, consiguientemente, actuar en un sentido o en otro.

La potestad **discrecional no supone, sin embargo, que la Administración disponga de una libertad incondicionada para actuar, por cuanto el ámbito de discrecionalidad que la ley le otorga no afecta en bloque a todos los elementos de la actuación administrativa**, sino sólo a alguno de ellos, estando los demás regulados y excluidos de la libre apreciación administrativa.

A continuación citamos unos casos del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, donde se advierte claramente la adopción de potestades de esta índole.

**Ejemplo N° 1: Evaluación realizada por el Tribunal, de criterios para la determinación gradual de sanción económica, a árbitros en materia de contratación pública.**

*“El Tribunal evaluará los actuados y, de concluir que asiste responsabilidad, sancionará económicamente a los árbitros con una multa no menor de una (1) ni mayor de cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias vigente. La graduación de la sanción se sujetará a los criterios establecidos en el artículo 245° en lo que corresponda” (Tercer párrafo del art. 238° del Reglamento).*

**Ejemplo N° 2: En determinadas circunstancias, la entidad podrá requerir el cumplimiento de las obligaciones contractuales al contratista otorgándole plazos mayores a cinco días pero nunca mayores a quince días.**

*“Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.*

*Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras.” (Primer y segundo párrafo del art. 169° del Reglamento).*

**Ejemplo N° 3: Una Entidad fija el plazo que otorgará al postor adjudicatario, para efectos de la suscripción del contrato.**

*“Dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro, la Entidad deberá citar al postor ganador, otorgándole el plazo establecido en las Bases, el cual no podrá ser menor de cinco (5) ni mayor de diez (10) días hábiles, dentro del cual deberá presentarse a la sede de la Entidad para suscribir*



*el contrato con toda la documentación requerida.” (Numeral 1 del art. 148º del Reglamento).*

Resulta muy interesante advertir que en el siguiente ejemplo confluyen las dos potestades explicadas. La potestad reglada aparece cuando se especifican cuáles son los factores de evaluación que deberán considerarse en los procesos de selección para contratación de obras y; la potestad discrecional deberá emerger de los márgenes que la norma establece respecto a los puntajes a asignar, los cuales serán determinados por la autoridad administrativa sobre la base de los principios que rigen en la contratación pública y, supletoriamente, en el procedimiento administrativo general.

**Ejemplo Nº 4: El Comité Especial, al elaborar las Bases, fija el puntaje de los factores de evaluación dentro de los parámetros que el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece.**

*“3. Las Bases deberán considerar los siguientes márgenes de puntaje para los factores de evaluación:*

*3.1 Experiencia en obras en general: De 15 a 20 puntos.*

*3.2 Experiencia en obras similares: De 30 a 35 puntos.*

*3.3 Experiencia y calificaciones de personal profesional: De 30 a 35 puntos.*

*3.4 Cumplimiento de ejecución de obras: De 15 a 20 puntos” (Numerales 3 y 4 del art. 47º del Reglamento).*

Resulta relevante indicar que los principios generales del derecho son un criterio de interpretación cuando las normas son poco claras o existe algún vacío legal. Todos los principios suelen ser concurrentiales al caso en que se pretende aplicar, pero solo algunos tienen mayor afinidad con la naturaleza de la materia que se discute.

## **B. Principios del Derecho Administrativo**

Los principios del derecho administrativo están contenidos en el artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444 y son 16:

- Principio de legalidad
- Principio del debido procedimiento
- Principio de impulso de oficio
- Principio de razonabilidad
- Principio de imparcialidad
- Principio de informalismo
- Principio de presunción de veracidad
- Principio de conducta procedimental
- Principio de celeridad
- Principio de eficacia

- Principio de verdad material
- Principio de participación
- Principio de simplicidad
- Principio de uniformidad
- Principio de predictibilidad
- Principio de privilegio de controles posteriores

A continuación, dado que las definiciones de los aludidos principios están previstas en la Ley, consideramos pertinente explicarlos a través de algunos ejemplos, hallados en pronunciamientos, opiniones y resoluciones del Tribunal de OSCE (antes CONSUCODE).

#### **EJEMPLO N° 1: Principio de legalidad**

En su planteamiento original, conforme al principio de legalidad, la Administración pública no podría actuar por autoridad propia, sino que ejecutando el contenido de la ley. Ello obedecía a una interpretación estricta del principio de la separación de poderes originado en la Revolución francesa. El principio de legalidad opera entonces como una cobertura legal previa de toda potestad: cuando la Administración cuenta con ella, su actuación es legítima.

**Resolución N° 461.2008.TC-4.-** *“Es por ello, que las Bases no pueden incluir requisitos y/o condiciones ilegales o violatorias de disposiciones normativas, por cuanto la actuación estatal debe regirse por el respeto al principio de legalidad. En ese sentido, la clara y precisa identificación del objeto materia de convocatoria, la determinación de sus requerimientos técnicos mínimos, así como los criterios de evaluación y calificación constituyen requisitos fundamentales que deben estar contemplados en las Bases, toda vez que sin dichos elementos los postores no sabrán exactamente qué proponer, o sus propuestas no podrán ser cotejadas con el mínimo de objetividad necesaria que garantice un tratamiento igualitario a los concurrentes.”*

#### **EJEMPLO N° 2: Principio de razonabilidad**

Con este principio se busca que exista proporción entre los medios a emplear por la autoridad administrativa y los fines públicos que deba tutelar, siempre y cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados,

**Resolución N° 001.2008.TC-3.-** *“Por tanto, en aplicación del Principio de Razonabilidad, contemplado en el numeral 1.4 del Título Preliminar y en el numeral 3 del artículo 230 de la Ley N.º 27444, y atendiendo a la necesidad de que las empresas no sean privadas de su derecho de proveer al Estado más allá de lo estrictamente necesario para satisfacer el cometido de la norma infringida, este Colegiado considera conveniente imponer diez (10) meses de*

*inhabilitación temporal a la empresa Servicios Generales Y Electromecánicos Industriales SRL en razón a la naturaleza de la infracción y del documento apócrifo; la conducta procesal del infractor, quién carece de antecedentes en lo que respecta a haber sido inhabilitado anteriormente en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado.”*

### **EJEMPLO N° 3: Principio de informalismo**

Consiste básicamente en excusar al administrado de exigencias formales no esenciales.

**Resolución N° 227.2008.TC-2.**- *“Asimismo, sobre ambos alegatos del impugnante también debe tenerse en cuenta que el Principio de Informalismo, establece que se deben evitar formalismos excesivos que puedan afectar los derechos de los administrados; por lo que no cabe descalificar a ningún postor por no presentar el índice de documentos ni la Declaración de ser Micro o Pequeña empresa. Al respecto, este principio impone la obligación de interpretar las normas en forma favorable a los administrados subsanando posibles omisiones u errores formales dentro del procedimiento, en este sentido la exigencia de un “orden” en la preparación de la propuesta técnica no constituye siquiera un error en algún aspecto formal, por lo cual el argumento que se debe aplicar el principio de Informalismo para subsanar este hecho no es compartido por este Colegiado, toda vez que el mismo no sería de aplicación para el presente caso”.*

### **EJEMPLO N° 4: Principio de eficacia**

La exigencia de eficacia es consustancial a una Administración, caracterizada por la nota de servicialidad. La eficacia es un criterio de legitimidad de la Administración.

**Resolución N° 710.2006.TC-SU.**- *“Ahora bien, dentro de los principios administrativos que recoge la Ley del Procedimiento Administrativo General, en el numeral 1.10 del Artículo IV de su Título Preliminar se consagra el de eficacia, el cual consiste en hacer prevalecer el cumplimiento de los fines y objetivos de los actos y hechos administrativos sobre las formalidades no relevantes, aplicando criterios de economía y flexibilidad a favor del administrado. Correctamente entendida, la eficacia no es una regla jurídica con contenido sustancial que permita su aplicación inmediata ni tampoco una técnica administrativa que lo haga asumible sino, más bien, es una calidad axiológica alcanzada, que supone un juicio sobre los resultados de la actuación administrativa, por lo que no puede medirse por la propia Administración ni coetáneamente sino por los usuarios o administrados.*

*Por tal motivo, debe entenderse el valor de la eficacia como una obligación de la Administración y de los administrados a ser virtuosos en sus actos procedimentales, y no como un mero principio de orden programático a futuro para la Administración en general.*

*De este principio se desprende que la regla de la economía procesal se dirija a evitar la realización de trámites innecesarios, producir actos ya efectuados, retrotraer actuaciones procesales y a propiciar, entre otros, la conservación de actos.”*

#### **EJEMPLO N° 5: Principio de conducta procedimental**

Conforme a este principio ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.

**Resolución N° 742.2008.TC-1.-** *“Por otro lado, este Tribunal considera necesario referirse a la conducta procedimental del postor impugnante en el presente procedimiento, la cual como se ha podido advertir en los numerales precedentes, se encuentra orientada a dilatar innecesariamente la satisfacción oportuna de las necesidades de La Entidad, tal como se evidenció del presente procedimiento, puesto que si se quería corroborar la eficacia, la idoneidad y la calidad del producto ofertado por el postor ganador de la Buena Pro, debió solicitarse las pruebas pertinentes a dicho postor, el cual como bien se indicó precedentemente demostró el cumplimiento de lo requerido por las Bases.*

#### **EJEMPLO N° 6: Principio de privilegio de controles posteriores**

Según este principio las Entidades del Sector Público deben privilegiar las técnicas de control posterior, en lugar de las técnicas de control preventivo, en los procedimientos que se desarrollan bajo su competencia. En tal sentido, la Administración tiene el deber de comprobar la veracidad de los documentos presentados por los administrados y sancionar su falta, una vez culminados los procedimientos que conduce.

**Resolución N° 379.2007.TC-2.-** *“En consecuencia, tanto por aplicación del principio de privilegios de controles posteriores, como en mérito a las facultades del Comité Especial para realizar todas las acciones tendientes a obtener un proceso de evaluación técnica de mayor certeza y calidad, resulta perfectamente válido y ceñido a derecho que dicho colegiado disponga la realización de una inspección a las instalaciones de los postores con el fin de verificar el cumplimiento de lo declarado por éstos en sus propuestas; en nuestro caso particular, con la manifestación respecto a contar con el stock ofertado”.*

**EJEMPLO N° 7: Principio de celeridad**

Por el principio de celeridad, las actividades procesales se realizan diligentemente y dentro de los plazos establecidos.

**Opinión N° 91.2005-GTN.-** *“CONSULTA: En el caso de los procesos de adjudicación de menor cuantía ¿El registro es automático o lo hace la propia Entidad o cada proveedor deberá acercarse a registrarse luego de la invitación cursada por la Entidad? // OPINIÓN: Aún en los procesos de adjudicación de menor cuantía convocados mediante invitación existe la obligación por parte de los proveedores de registrarse como participante, no obstante la gratuidad del registro. Empero, dada la simplicidad y celeridad que prima en este tipo de procesos de selección, el citado registro podrá realizarse incluso mediante una comunicación cursada vía correo electrónico o fax, siempre que conste indubitablemente la intención de dicho proveedor de participar en el referido proceso de selección”.*

**C. Principios del régimen de la contratación pública**

Los procesos de contratación regulados por la Ley y su Reglamento se rigen por los principios que a continuación se enumeran; sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público. Estos principios están contemplados en el artículo 4) de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

Estos principios son axiomas fundamentales que rigen la actuación de los agentes públicos y privados que intervienen en las contrataciones estatales. Buscan garantizar que las Entidades obtengan bienes, servicios y obras de la calidad requerida, en forma oportuna y a costos o precios adecuados.

Tienen por finalidad servir de criterio interpretativo e integrador para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las normas y constituyen parámetros para la actuación de los funcionarios. Asimismo, ayudan a suplir los vacíos que las normas puedan tener.

El siguiente cuadro nos indica los alcances de cada uno de estos principios:

PRINCIPIO	ALCANCES
Promoción del Desarrollo Humano	No dejar de lado al hombre que es el beneficiario final. Todo proceso debe satisfacer necesidades y a la vez cumplir metas y objetivos, lo que impacta en la población social
Moralidad	Los actos referidos a las contrataciones deben caracterizarse por su honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad.
	Fomentar la participación (en términos positivos), a diferencia de

<b>Libre Concurrencia y Competencia</b>	competencia que es no discriminar (lo negativo).
<b>Imparcialidad</b>	Acuerdos y resoluciones de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la Entidad se adoptarán en estricta aplicación de la Ley y el Reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas.
<b>Razonabilidad</b>	Antes sólo se decía expresamente para los factores de evaluación. Ahora se amplía y se aplica a todos los actos de las 3 fases.
<b>Eficiencia</b>	Los bienes, servicios u obras que se contraten, deben reunir los requisitos de calidad, precio, plazo de ejecución y entrega y deberán efectuarse en las mejores condiciones en su uso final.
<b>Publicidad</b>	Transparencia, SEACE.
<b>Transparencia</b>	Toda contratación deberá realizarse sobre criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores.
<b>Economía</b>	En toda contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar en las Bases y en los contratos exigencias y formalidades costosas e innecesarias.
<b>Vigencia Tecnológica</b>	Los bienes, servicios u obras deben reunir condiciones de calidad y modernidad tecnológica para cumplir fines requeridos, desde el mismo momento en que son contratados, y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse, si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.
<b>Trato Justo e Igualitario</b>	Todo postor de bienes, servicios u obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes a las de los demás, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, salvo excepciones.
<b>Equidad</b>	Tiene una connotación de justicia e igualdad social con responsabilidad y valoración de la individualidad, llegando a un equilibrio. Medidas no necesariamente iguales, pero conducentes a la igualdad en términos de derechos, beneficios, obligaciones y oportunidades. Ejemplo: GFC no es obligatorio para MYPES.
<b>Sostenibilidad Ambiental</b>	Compras verdes. No generar impacto ambiental negativo. Ver la sostenibilidad del bien durante su vida útil. Ver también el costo de eliminación del bien, lo menos perjudicial.

### **EJEMPLO Nº1: Principio de libre concurrencia y de competencia**

Actualmente el principio de competencia ha sido fusionado al principio de libre concurrencia, entendiéndose por este doble concepto que en los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores.

**Resolución N° 1058.2008.TC-02.**- *“En el caso que nos ocupa, los bienes a adquirirse en el ítem N° 07, son: ESTANTERÍA METÁLICA DE ÁNGULOS RANURADOS; por lo que, conforme a lo establecido en las Bases Integradas, la experiencia puede ser acreditada con la venta de este bien o de sus similares. Para efecto de considerar a los bienes similares, en el presente caso, tratándose de experiencia en ventas, válidamente se puede acreditar con la documentación que respalde haber realizado ventas en bienes relacionados a mobiliario; es decir, muebles en general; criterio que ha sido considerado por este Colegiado en anteriores pronunciamientos. Ahora bien, la experiencia puede acreditarse no únicamente con prestaciones en ventas de bienes iguales, sino con aquellos que resultan similares; por lo que, establecer lo contrario, implicaría contravenir el principio de libre competencia, y restringir la experiencia de manera exclusiva a la ejecución de una determinada prestación, recortando dicha experiencia del postor, que si bien no se ha dedicado a suministrar idéntico producto, cuenta con experiencia en el mercado por suministrar productos similares”.*

#### **EJEMPLO N° 2: Principio de vigencia tecnológica**

Los bienes, servicios o la ejecución de obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos, desde el mismo momento en que son contratados, y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.

**Resolución N° 387.2008.TC-4.**- *“Sin embargo, estando a la omisión de parte de la Entidad de emitir sustento técnico que permita confirmar esta situación, corresponde exhortarla a que, previamente a la suscripción del contrato, y en observancia del privilegio de controles posteriores del cual goza, verifique si los productos propuestos por el postor ganador cumplen las exigencias requeridas por las Bases y si, de ser el caso, se ajustan a la necesidad de la contratante, para cuyo propósito deberá cotejar si la superioridad a la que alude este adjudicatario resulta de la aplicación del principio de vigencia tecnológica recogido en el numeral 7 del artículo 3 de la Ley”.*

#### **EJEMPLO N° 3: Principio de eficiencia**

Las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia.

**Resolución N° 871.2008.TC-4.**- *“Por otro lado, el artículo 40.1.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, dispone que las Entidades están prohibidas de solicitar a los administrados la presentación de documentos que hayan sido expedidos por la misma Entidad o por otras Entidades públicas del sector, en cuyo caso corresponde recabarlas a la propia Entidad a solicitud del Administrado. Como es*

*evidente, esta norma no es aplicable a los procesos de selección, pues bastaría que los postores ofrezcan documentos que obran en la Entidad o en alguna dependencia del sector al que pertenece ella, sin presentarlos físicamente, para que el Comité Especial se vea en la obligación de acudir, indagar y obtener la documentación de sus archivos o del de otras Entidades y así desplegar una actividad, que no es su deber ni obligación y que, en puridad, le corresponde desarrollar al propio administrado, quien es el que está en mejor disposición y es el interesado en obtener dicha documentación, lo que además contraviene el Principio de Eficiencia que debe regir las contrataciones del Estado”.*

#### **EJEMPLO N° 4: Principio de economía**

En toda contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar exigencias y formalidades costosas e innecesarias en las Bases y en los contratos.

[Opinión N° 1-2008-DOP](#).- *“Adicionalmente, tomando en consideración el principio de economía, y en general, la finalidad de los principios que rigen las contrataciones y adquisiciones del Estado, prevista en el último párrafo del artículo 3° de la Ley, resulta razonable que se permita recurrir a un proceso de selección más expeditivo como la Adjudicación de Menor Cuantía, en aquellos casos en los cuales, pese a haberse instaurado las condiciones que permitan la pluralidad de postores a efectos de seleccionar la mejor propuesta, no hubiese sido posible adjudicar la Buena Pro en dos convocatorias consecutivas referidas a un mismo proceso de selección”.*

#### **EJEMPLO N° 5: Principio de moralidad**

Todos los actos referidos a los procesos de contratación de las Entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad.

[RESOLUCION N° 983-2008.TC](#).- *“En consecuencia, no debe perderse de vista que el documento cuestionado fue utilizado para acreditar un hecho determinado que es la experiencia del profesional propuesto para el cargo de “Evaluador/Diseñador de Procesos” y obtener así un mayor puntaje, lesionándose, conforme lo considera este Colegiado, los Principios de Presunción de Veracidad y de Moralidad que la normativa de contratación pública, con sustento legal, cautela. Considerando que las propuestas técnicas están compuestas básicamente por documentos, los postores se encuentran obligados a responder por la veracidad formal y sustancial de los mismos, en cumplimiento de los Principios de Moralidad y Presunción de Veracidad. En este sentido, toda vez que las propuestas técnicas presentadas por los postores deben ser claras y contener información congruente, atributos sin los cuales resulta imposible determinar no sólo la exactitud de la información, importante de por sí en el orden formal, sino que, además, impide una correcta y unívoca evaluación del alcance de estas, se concluye que existen razones suficientes que desvirtúan la presunción de*



*veracidad que amparaba la cuestionada constancia de trabajo, al evidenciarse que se ha presentado un documento que no corresponde a la realidad, lo que constituye una infracción del Principio de Moralidad. Por tanto, corresponde descalificar la propuesta del postor adjudicatario”.*

#### **EJEMPLO N° 6: Principio trato justo e igualitario**

Todo postor de bienes, servicios o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.

**RESOLUCION N° 728-2008.TC-1.-** *“En aplicación de los dispositivos antes reseñados, existe un mandato expreso de la Ley y su Reglamento que dispone la obligatoriedad por parte de los postores de presentar su propuesta económica con un precio unitario de 2 decimales, libre de incorrecciones aritméticas y además enmarcadas dentro de los límites previsto en el artículo 33 de la Ley. Es por ello que, en sujeción de la norma, en aplicación del principio de trato justo e igualitario, que se encuentra comprendido en el inciso 8 del artículo 3º de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, todos los postores deben ser sometidos a las mismas reglas de participación sin obstáculo ni distinción alguna”.*

#### **Preguntas para reflexión:**

- ¿Por qué son importantes los principios de la Ley de Contrataciones?
- ¿Por qué crees que es importante el Principio de Imparcialidad. Menciona un ejemplo.
- ¿Crees que son importantes los supuestos de inaplicación de la Ley de Contrataciones? ¿Por qué?