

OPINIÓN N° 050-2024/DTN

Solicitante: Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial Sociedad Anónima - CORPAC S. A.

Asunto: Supuesto excluido del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, previsto en el literal f) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley

Referencia: Formulario de solicitud de consulta recibido el 16.AGO.2024

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la abogada de la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial Sociedad Anónima - CORPAC S. A., formula varias consultas sobre el supuesto excluido del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, previsto en el literal f) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, así como por el numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

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

2. CONSULTA Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

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

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

- 2.1 ***“Ante la falta de certeza de lo que involucra el término “prestación” y a fin de verificar en qué circunstancia nos encontramos ante el supuesto “el mayor valor***

de las prestaciones se realice en territorio extranjero” se formula la siguiente consulta: ¿Qué debe entenderse como prestación para el caso de adquisición de bienes? ¿el proceso de fabricación de ellos, o únicamente la entrega?” (Sic)

- 2.1.1 En primer lugar, debe indicarse que el artículo 3 de la Ley delimita el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado¹, teniendo en consideración dos criterios: uno subjetivo, referido a los sujetos que deben adecuar sus actuaciones a las disposiciones de dicha normativa; y, otro objetivo, referido a las actuaciones que se encuentran bajo su ámbito.

Así, los numerales 3.1 y 3.2 del artículo 3 establecen un listado de órganos y organismos de la Administración Pública, bajo el término genérico de “Entidades”, que se encuentran en la obligación de aplicar la normativa de contrataciones del Estado.

Adicionalmente, el numeral 3.3 del artículo 3 señala que la citada normativa se aplica a las contrataciones que realicen las Entidades para proveerse de los bienes, servicios u obras, asumiendo el pago con cargo a fondos públicos.

Por tanto, las contrataciones que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado son aquellas que realizan las Entidades señaladas en los numerales 3.1 y 3.2 del artículo 3 de la Ley, para proveerse de los bienes, servicios u obras, asumiendo el pago con cargo a fondos públicos.

- 2.1.2 Ahora bien, corresponde señalar que los artículos 4 y 5 de la Ley establecen supuestos excluidos de su aplicación *-con y sin supervisión del OSCE-* pese a converger en dichos supuestos los aspectos subjetivo y objetivo para la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado.

Entre los supuestos excluidos del ámbito de aplicación y sujetos a supervisión se encuentra el establecido en el literal f) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley: *“Las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país cuando se cumpla una de las siguientes condiciones: i) se sustente la imposibilidad de realizar la contratación a través de los métodos de contratación de la presente Ley; o ii) **el mayor valor de las prestaciones se realice en territorio extranjero**”*.

Como puede advertirse, la segunda causal contenida en el literal f) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley precisa que se encontrarán excluidas del ámbito de aplicación aquellas contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país cuando **el mayor valor de las prestaciones se realice en territorio extranjero**.

Al respecto, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1341, que modificó la Ley de Contrataciones del Estado, señala lo siguiente: *“Con relación al supuesto referido a la ejecución del mayor valor de las prestaciones, es necesario señalar que se busca aprovechar las oportunidades que puede brindar el mercado internacional las que no serían posibles actualmente dados los plazos de contratación previstos en la Ley; asimismo, es difícil que un proveedor nacional cuente con la experiencia, representación en el destino, contactos, permisos de*

¹ La normativa de contrataciones del Estado está compuesta por la Ley, su Reglamento y las demás normas reglamentarias emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

trabajo, permisos sanitarios, recursos humanos y materiales disponibles oportunamente en el destino, conocimiento del idioma, y otras restricciones necesarias para la eficiente y efectiva prestación de servicios especializados en el exterior y ello puede inducir a la subcontratación de servicios (aun cuando este restringido en los términos del servicio), adicionando al precio el sobrecosto que tal subcontratación implica, con el riesgo de la prestación del servicio sin los estándares de calidad adecuados”.

Como se advierte, el referido supuesto tiene por objeto permitir que una Entidad pueda recurrir al mercado extranjero cuando requiera que la ejecución de las prestaciones a contratar se realice íntegra o mayoritariamente (más del 50%) en territorio extranjero.

Ello es concordante con el principio de aplicación territorial de la ley, en virtud del cual, las normas de un sistema jurídico se aplican a los hechos, situaciones y relaciones jurídicas producidas o celebradas dentro del territorio nacional; en esa medida, las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, que son parte del sistema jurídico nacional, a priori, no podrían aplicarse a situaciones o relaciones jurídicas acaecidas en territorio extranjero, como sucede cuando el mayor valor de las prestaciones *-más del cincuenta por ciento (50%)-* se ejecuta fuera del país.

En aplicación de dicho principio, si el proveedor con el que se tenga que contratar directamente es un extranjero no domiciliado en el país y tal contratación tiene que ejecutarse íntegra o mayoritariamente en el país de dicho contratante no domiciliado, en principio, no resultaría aplicable la legislación peruana, por lo que tendría que determinarse el marco normativo correspondiente a dicha relación jurídica.

Asimismo, ello tiene asidero en lo regulado en el artículo 2095 del Código Civil, el mismo que resulta de aplicación supletoria conforme con lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento; según el mencionado artículo, *“las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada ésta, por la ley del lugar de celebración. // Si el lugar de cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración”*. (El subrayado es agregado).

De esta manera, las contrataciones que las Entidades lleven a cabo con proveedores extranjeros no domiciliados en el país, se encontrarán excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, cuando la prestación *-o prestaciones-* objeto del contrato deban ejecutarse íntegra o mayoritariamente (más del 50%) en territorio extranjero.

Finalmente, respecto de este último punto, el Anexo de Definiciones del Reglamento precisa que una **“Prestación”** consiste en la ejecución de la obra, la realización de la consultoría, la prestación del servicio o **la entrega del bien** cuya contratación se regula en la Ley y en el Reglamento.

2.2 ***“En virtud de lo establecido en la Opinión 78-2021/DTN ¿Para el supuesto referido a “el mayor valor de las prestaciones se realice en territorio extranjero” se debe también de realizar una indagación de mercado? (Sic).***

2.2.1 Tal como se ha indicado previamente, la segunda causal contemplada en literal f) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley tiene por objeto permitir que una Entidad pueda recurrir al mercado extranjero (proveedores no domiciliados) cuando requiera que la ejecución de las prestaciones a contratar se realice íntegra o mayoritariamente (más del 50%) fuera del territorio nacional.

Por otra parte, es importante señalar que el proceso de contratación regulado en la normativa de contrataciones del Estado se encuentra constituido por tres fases claramente diferenciadas y debidamente reguladas: (i) fase de actuaciones preparatorias, (ii) fase de selección y (iii) fase de ejecución contractual.

En relación con la fase de actuaciones preparatorias, cabe advertir que su regulación se encuentra en el Título IV del Reglamento que contiene diversas disposiciones referidas a dicha fase, por ejemplo, el artículo 29 del Reglamento regula la elaboración del requerimiento o el artículo 32 del Reglamento establece las disposiciones para realizar la indagación de mercado.

Ahora bien, es preciso mencionar que aun en aquellas contrataciones excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, resulta necesario realizar ciertas actuaciones propias de la administración, destinadas por ejemplo a definir los términos y condiciones de la prestación requerida, determinar el valor de dichas prestaciones, así como la oferta presente en el mercado *-entre otros aspectos-*, pudiendo para ello aplicarse aquellas figuras propias de la fase de actos preparatorios (requerimiento, indagación de mercado, etc.).

Así, en relación a la consulta formulada, cabe señalar que, independientemente de que se trate de una contratación bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado o de un supuesto excluido, resultan necesarias ciertas actuaciones propias de la gestión de abastecimiento, como puede ser la interacción con el mercado. En ese sentido, la realización de una indagación de mercado obedece a distintos propósitos, entre ellos, puede servir para determinar la oferta de proveedores en el mercado, tanto dentro como fuera del Perú y, eventualmente, la necesidad de recurrir a la compra en el extranjero; de igual manera, a partir de la indagación se podrá determinar el valor de las prestaciones, así como el lugar donde se ejecutará el mayor porcentaje de estas (aspecto que resulta relevante para la configuración del referido supuesto excluido), entre otros aspectos que puedan incidir en la contratación.

Por consiguiente, en el marco de un proceso de contratación realizado bajo los alcances de la segunda causal contemplada en el literal f) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley, la indagación de mercado puede servir para la determinación de la oferta en el mercado (nacional y extranjero) y la valorización de las prestaciones a contratar, conforme a lo señalado en el párrafo anterior.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 Las contrataciones que las Entidades lleven a cabo con proveedores extranjeros no domiciliados en el país, se encontrarán excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, cuando la prestación *-o prestaciones-* objeto del contrato deban ejecutarse íntegra o mayoritariamente (más del 50%) en territorio extranjero. Según el Anexo de Definiciones del Reglamento, tratándose de bienes, la prestación consiste en la entrega del bien.
- 3.2 Independientemente de que se trate de una contratación bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado o de un supuesto excluido, resultan necesarias ciertas actuaciones propias de la gestión de abastecimiento, como puede ser la interacción con el mercado. En ese sentido, la realización de una indagación de mercado obedece a distintos propósitos, entre ellos, puede servir para determinar la oferta de proveedores en el mercado, tanto dentro como fuera del Perú y, eventualmente, la necesidad de recurrir a la compra en el extranjero; de igual manera, a partir de la indagación se podrá determinar el valor de las prestaciones, así como el lugar donde se ejecutará el mayor porcentaje de estas (aspecto que resulta relevante para la configuración del referido supuesto excluido), entre otros aspectos que puedan incidir en la contratación.

Jesús María, 6 de setiembre de 2024



Firmado digitalmente por FLORES
MONTROYA Carla, Gabriela FAU
20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 06.09.2024 18:15:32 -05:00

CARLA GABRIELA FLORES MONTROYA
Directora Técnico Normativa (e)

RMPP.