

**PROYECTO
“TRANSPARENCIA EN LAS
ADQUISICIONES ESTATALES”**

EXONERACIONES

Presentación

El Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en convenio con la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional viene implementando el Proyecto Transparencia en las Adquisiciones Estatales. Este Proyecto tiene como objeto contar con un sistema transparente de adquisiciones y contrataciones estatales asegurando el conocimiento de la normatividad estatal a fin de lograr el uso óptimo de los recursos públicos de los gobiernos locales elegidos, sentando las bases para el establecimiento de un Programa Nacional de Capacitación en Adquisiciones y Contrataciones Estatales.

Como parte de las actividades del proyecto y en coordinación con la Gerencia de Capacitación e Informaciones del CONSUCODE, se seleccionó profesionales de diversas especialidades para que puedan apoyar en las labores de capacitación a las autoridades de los gobiernos regionales y locales ubicados en las regiones de San Martín, Huánuco, Pasco, Junín, Ucayali, Ayacucho y Cusco.

Para facilitar la labor de los profesionales que realizaban las labores docentes se encargó la preparación de materiales de enseñanza para los distintos temas de la ley

El tema Exoneraciones fue elaborado por el Dr. Juan Carlos Morón Urbina. Posteriormente, ante la entrada en vigencia de los D.S. 083-2004-PCM y D.S. 084-2004-PCM, los materiales fueron actualizados por el mismo autor.

Los materiales de enseñanza cuentan con un contenido organizado que facilita la labor del docente con metodología participativa como casos prácticos y actividades, que hacen posible la interacción mutuamente enriquecedora entre docente y alumno.

Estos materiales son de mucha utilidad para los profesionales que colaboran en el proceso de capacitación en los cursos dirigidos a los responsables de las contrataciones estatales de los Gobiernos Regionales y Locales, así como para los demás profesionales vinculados a las contrataciones públicas.

Ana Teresa Revilla Vergara
Jefa del Proyecto
Transparencia en las Adquisiciones Estatales

EXONERACIONES **(Índice)**

Índice

- I. Aspectos Conceptuales de las Exoneraciones de Procesos de Selección
 - II. Fundamentos de las Causales para la Procedencia de las Exoneraciones ...
 - III. Los principios de la contratación administrativa y las exoneraciones.....
 - IV. Análisis de las Causales para la exoneración.....
 - 4.1 Adquisición y contratación entre entidades del Sector Público.....
 - 4.2 Contrataciones de servicios públicos sujetos a tarifas únicas.....
 - 4.3 Adquisición o contratación en situación de emergencia.....
 - 4.4 Adquisición o contratación por situación de desabastecimiento inminente...
 - 4.5. Adquisiciones de bienes o contratación de servicios que no admiten sustitutos y exista proveedor único.
 - 4.6 Contratación de servicios personalísimos.....
 - V Procedimiento exoneratorio.....
 - VI Síntesis.....
 - VII Bibliografía.....
- Anexo: Presentaciones gráficas del tema para exposiciones

EXONERACIONES

Las exoneraciones a los procesos de libre competencia, son componentes indispensables de toda regulación de contrataciones del Estado, en la medida que flexibilizan la regla general de la libre competencia en todo contrato estatal, para permitir adecuar el interés público de obtener un bien, un servicio o una obra de manera oportuna, en casos en que persistir en la regla general devenga en ineficiente por ser imposible o inviable llevarla a cabo.

OBJETIVO DEL TEMA

- Identificar los hechos objetivos de ineludible presencia para poder contratar directamente determinado bien, servicio y obra, no obstante que por su monto o naturaleza debería ser materia de una selección abierta sujeta a libre competencia de postores.

OBJETIVOS DE APRENDIZAJE

1. Identificar y comprender el fundamento y las características jurídicas más importantes de la regulación nacional de las causales para exonerarse de licitación o concursos públicos.
2. Reflexionar sobre la trascendencia de la obligación de licitar y los valores y principios que deben ser respetados aún en procesos de competencia cerrada derivados de exoneraciones.

I. ASPECTOS CONCEPTUALES DE LAS EXONERACIONES

1. LA OBLIGACIÓN DE SEGUIR PROCEDIMIENTOS DE LIBRE COMPETENCIA

En la contratación pública, la regla es la obligatoriedad de los procesos de libre competencia para la concertación de adquisiciones de bienes, servicios, obras, consultorías, y afines.

Esta obligación deriva para las autoridades no sólo de los deberes de actuar con transparencia, eficacia, impersonalidad y moralidad de la gestión pública, sino también del respeto a las reglas de libre competencia y trato igualitario que merecen todos los proveedores de un bien, servicio, u obra para tentar ser adjudicatarios del Estado.

En tal sentido, para los Ministerios, Regiones, Municipalidades resulta un deber seguir los procedimientos de libre competencia (licitación o concurso público) para seleccionar a sus proveedores, cuando así corresponda por su monto o naturaleza de la prestación a obtener. Para ello, el artículo 14 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones establece los tipos de contratos para los cuales resulta exigible seguir la modalidad de licitación, concursos y adjudicación de menor cuantía, y,

complementariamente, la Ley Anual de Presupuesto Público fija los montos económicos o rangos a tener en cuenta para cada una de estas modalidades.

2. LAS EXONERACIONES A LOS PROCESOS DE LIBRE CONCURRENCIA

Teniendo como regla fundamental, la obligación de seguir los procesos de libre concurrencia, el legislador no deja de reconocer y calificar determinadas circunstancias externas o internas a las entidades públicas, que justifican una dispensa a esta obligación, y permiten –cuando aparecen comprobadamente estas causales previstas legislativamente- optar por un procedimiento de elección directa, inmediata y cerrada, según los criterios de la autoridad competente.

En este caso estamos frente a determinados supuestos de hecho legalmente previstos en el ordenamiento nacional, en los que se atribuye a todas las dependencias públicas la facultad de tramitar una adquisición o contratación mediante una compra directa, pese a que –considerando su valor referencial y el objeto del contrato en curso- correspondería conducirse mediante un procedimiento de selección de concurrencia abierta. En este sentido, el legislador pondera favorablemente el valor eficiencia en las adquisiciones estatales, en vez del mantenimiento del procedimiento regular que atiende a los valores de libre competencia y/o trato igualitario a los potenciales postores.

Las notas que componen esta definición son las siguientes:

1. La ley nacional es la norma legitimada para calificar los hechos que justifican la dispensa de la obligación de someterse a la libre concurrencia

Conforme a la Constitución Política del Estado, a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y la Ley de Bases de Descentralización, la regulación de la materia de adquisiciones y contratos del Estado tiene una reserva legal material. Por tanto la apreciación y calificación de las circunstancias excepcionales cuya valoración justifican la exoneración de los procesos de libre concurrencia está reservada a la autoridad nacional, y en particular al Congreso de la República, a través de una Ley de aplicación uniforme, general, impersonal y abstracta para todas las entidades de la administración pública.

En nuestro ordenamiento nacional han merecido esta calificación los siguientes supuestos:

- Las contrataciones y adquisiciones entre entidades del Sector Público.
- Las contrataciones y adquisiciones derivadas de una situación de desabastecimiento inminente.
- Las contrataciones y adquisiciones en caso de emergencia.
- Las contrataciones y adquisiciones de bienes, servicios u obras calificadas como secreto militar u orden interno.

- Las contrataciones y adquisiciones de servicios o bienes que no admiten sustitutos y exista proveedor único.
- La contratación de servicios calificados como personalísimos.

Las autoridades administrativas no pueden crear nuevos supuestos de exoneración, sino son solo competentes para apreciar si los supuestos calificados para la ley general para todas las entidades como tales, se presentan en su respectiva entidad en el contexto determinado.

2. Las causas justificativas de las exoneraciones son aplicadas de manera uniforme para todas las entidades públicas

Con el objeto de asegurar un tratamiento igualitario de las entidades públicas frente a la obligación de seguir los procesos de libre competencia, los hechos calificados como justificativos de una exoneración son aplicables por igual a todas las entidades públicas.

Las exoneraciones son reconocidas legalmente en función de la naturaleza de los hechos que se presentan, y no en función de la particularidad de una entidad.

3. La exoneración supone la atribución a las entidades públicas de la potestad de apreciación técnica acerca de la existencia de la causal prevista legalmente

Cada una de las circunstancias establecidas en la normativa para la procedencia de las exenciones a los procedimientos licitatorios abiertos, son aperturas consideradas en la norma que atribuyen a la Administración una posibilidad de actuación, y no un deber de acogimiento.

Se trata de una opción administrativa en cuya determinación la autoridad, debe ponderar otras alternativas, la motivación suficiente y la adecuación de los medios al fin público que representa la entidad. No es un imperativo cambiar la modalidad de selección. Es como se aprecia, una posibilidad discrecional de la Administración, acogerse a ellas para exceptuarse del procedimiento selectivo abierto, o proceder a través de un procedimiento de cotejo de opciones. Por ello, es procedente en la práctica que, mediante regulaciones internas o para determinados casos concretos, se realicen licitaciones privadas (adjudicaciones selectivas) cuando las entidades podrían acogerse al supuesto de exoneración, o una licitación pública cuando podrían acogerse a una adjudicación selectiva, aplicando para ello criterios de búsqueda de economía o de mejora de la transparencia.

Para que la Administración pueda acogerse a la contratación directa debe responderse afirmativamente, cuando menos las siguientes preguntas:

- ¿Está la situación de hecho que se me presenta, contemplada con claridad en la ley como causal de dispensa?
- ¿De acogerme a la exención, estaría actuando en concordancia con la finalidad pública para la cual fue habilitada la exoneración?

Como bien expresa Roberto **DROMI**, en posición que es aceptada uniformemente por la doctrina y legislación sobre la materia¹:

“(…) las excepciones al procedimiento licitatorio, por las que se habilita la licitación privada y la contratación directa como técnicas de perfeccionamiento contractual, revisten carácter facultativo, de modo que el ente público licitante puede sin embargo, recurrir a la licitación pública, siempre, por supuesto, que el objeto y la naturaleza de la contratación lo permitieren”.

En el mismo sentido se pronuncia **ESCOLA**, para quien la contratación directa:

“(…) constituye un sistema renunciabile, ya que no siendo una obligación sino una atribución celebrar una contratación directa, puede ser reemplazada por otro sistema, por ejemplo, la licitación privada”².

Finalmente, en similares términos **GORDILLO**, afirma que:

“Las leyes (...) prevén una serie de casos en que puede prescindirse de la licitación pública; ello no significa que sea obligatorio no hacer licitación pública, sino que se faculta a la administración para proceder de tal modo si lo cree conveniente”³.

Lo ineludible, en todos los casos, para la Administración es satisfacer la necesidad pública que pretende mediante el contrato.

La técnica empleada para normar las causales de exoneración es pródiga en conceptos jurídicos indeterminados⁴, de modo tal que permite a la autoridad administrativa competente apreciar en el caso concreto el contenido amplio de los conceptos de “desabastecimiento inminente”, “necesidad”, “servicio personalísimo”, “no admitir sustitutos”, entre otros. Estos conceptos, si bien funcionan como criterios atributivos de potestades a la Administración dentro del sistema jurídico, sirven a su vez como estándar para analizar la razonabilidad de las acciones y descartar cualquier atisbo de desviación del poder, por que deben ser no sólo alegados sino probar su existencia de manera técnica y jurídica.

4. **Las exoneraciones tienen como único efecto dispensar el empleo de un procedimiento de selección de libre concurrencia y encausar su adquisición a través de una contratación directa**

La existencia de estas causales posibilita a la Administración variar, previa consideración de las circunstancias de hecho del momento, la modalidad contractual que debiera haber seguido en atención a la naturaleza y a los montos presupuestales.

¹ DROMI, Roberto. “La licitación pública”, p. 150.

² ESCOLA, Héctor; “Tratado integral de los contratos administrativos”, Tomo I, p. 362.

³ GORDILLO, Agustín; “Tratado de Derecho Administrativo”, Capítulo XII, la Licitación Pública, p. 47.

⁴ Véase “Legalidad y Urgencia en el Derecho Administrativo”, Capítulo VI, en el libro “Después de la reforma del Estado” de Agustín Gordillo, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996.

¿De qué procedimientos se puede exceptuar?

La norma contemplada en el artículo 19 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, es amplia, de tal manera que presentada la situación de hecho ésta puede servir para eximirse de seguir un procedimiento de licitación pública, de concurso público e incluso de una adjudicación directa pública, si así correspondiere en circunstancias ordinarias, atendiendo a la naturaleza y el monto del bien, servicio u obra a contratar.

En ese mismo orden de ideas, no resulta aplicable a los contratos exonerados algún tipo de tope económico que están previstos para los procedimientos regulares.

¿Qué procedimiento adquisitivo queda autorizado a seguir la entidad exonerada?

Conforme al artículo 20 de la Ley, cualquiera que sea la modalidad contractual que debiera haberse seguido, producida la causal, permite sustituirla por lo general, por la contratación directa.

Por tanto, teniendo como único efecto autorizar la variación del procedimiento de selección, las acciones administrativas precedentes y subsecuentes al procedimiento, deben respetar los requisitos y formas del ordenamiento existente, tales como por ejemplo, la planificación previa, los términos de referencia, la evaluación de propuesta (s), el régimen de inhabilitaciones e impedimentos, y subsecuentes, contratación, ejecución y liquidación. Conforme establece el artículo 148 del Reglamento, la exoneración se circunscribe a la omisión del proceso de selección, por lo que los contratos que se celebren como consecuencia deberán cumplir con los requisitos condiciones, formalidades, exigencias y garantías que se aplicarían de haberse llevado a cabo el proceso de selección correspondiente.

En ese mismo orden de ideas, no sólo estamos hablando del mantenimiento de aplicabilidad de la normativa de contrataciones, sino también cualquier otra normativa que concurriera al tema como por ejemplo, las disposiciones sobre el sistema de abastecimiento, o sobre control interno en materia de adquisiciones.

El cambio de modalidad es eso, una potestad que se consume con el cambio de la vía para la selección de contratista, pero no configura una excepción a la disciplina y corrección con que deben realizarse las contrataciones públicas.

3. LAS CAUSALES DE EXONERACIÓN ESTÁN SUJETAS A INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA POR LAS AUTORIDADES PÚBLICAS

La decisión administrativa de acogerse a una causal de dispensa de la selección abierta, constituye un ejercicio de potestad discrecional.

Discrecionalidad que se ve favorecida por el empleo de conceptos jurídicos indeterminados en la estructura lingüística de las causales, a través de los cuales

va a ser la propia autoridad administrativa, quien va a desentrañar el verdadero sentido de su límite y aplicarlo al caso concreto. Nos estamos refiriendo por ejemplo a criterios tales como “desabastecimiento inminente”, “emergencia”, o “servicio personalísimo”, que no son de uniforme apreciación en todos los casos.

Las normas que prevén las causales de exoneración, al constituir excepciones al régimen general previsto en la Constitución Política del Estado (que privilegia el deber de licitar) deben ser interpretadas de modo que atiendan mejor a la finalidad legalmente concebida para su incorporación, sin embargo, no pueden ser objeto de interpretación correctiva, interpretación extensiva, interpretación analógica, y, menos de aplicación analógica a supuestos no calificados como tales por el legislador.

Esta pauta ha sido establecida expresamente en el ámbito administrativo por la Contraloría General de la República, dentro de su potestad normativa del control interno de la Administración Pública, consagrando que las causales para la excepción a las licitaciones, concursos y subastas que limitan la libre competencia deben ser interpretadas restrictivamente, y, en caso de acogerse a ellas, la decisión debe ser motivada clara y suficiente⁵.

Como bien expresa el jurista argentino Roberto **DROMI** citando el Dictamen de Procuración del Tesoro argentino (T. 77-265, expdte. N° 21654/61), *“Fundado así el requisito de la licitación en elementales razones de ética administrativa y de selección de precios a través de la pública competencia, las excepciones a tal principio deben ser interpretadas en forma estricta atendiendo al fundamento con que han sido acordadas”*⁶.

4. DIFERENCIA ENTRE CONTRATOS EXONERADOS DE PROCESOS DE SELECCIÓN Y CONTRATOS EXCLUIDOS DEL RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Antes de abordar cada una de las causales específicas para la procedencia de la exoneración de procesos de selección, conviene diferenciarlos de otra figura próxima, que son los Contratos Excluidos del Régimen de la Contratación Estatal. Tales contratos son relaciones jurídicas bilaterales y, comúnmente, recíprocas y patrimoniales que las entidades públicas establecen con terceros, pero que por alguna consideración especial del legislador no les resultan aplicables ninguna de las reglas de este régimen común para la contratación estatal previstas en el TUO de la Ley y en su Reglamento. Como se puede apreciar, ambas figuras reflejan grados distintos de inaplicación del ordenamiento de la contratación estatal, en las que los contratos exonerados representan el grado menor de inaplicación parcial del ordenamiento, desde que sólo resultan excluidos de las normas sobre el proceso de selección, pero mantienen las reglas previas y posteriores del mismo régimen. Por el contrario, los segundos son verdaderas exclusiones al ámbito de aplicación de la Ley y su Reglamento, quedando sujeto a otros ordenamientos específicos.

Los supuestos que la ley califica de contratos excluidos del régimen de la contratación estatal, son los siguientes:

⁵ Norma Técnica de Control Interno 700-06, “Contrataciones y adquisiciones de bienes, servicios y obras”, aprobada por la Contraloría General de la República.

⁶ DROMI, Roberto; op. Cit. p. 152-3.

- Contratos de personal para las entidades públicas.
- Contratos de servicios de auditorías externas.
- Contratos de endeudamiento interno o externo.
- Contratos de servicios bancarios y financieros.
- Contratos de servicios con Presidentes de Directorio o integrantes de Consejos Directivos de empresas del Estado.
- Contratos sobre administración y gestión de los bienes de propiedad estatal.
- Contratos de bienes, servicios y obras hasta por un monto de 1 Unidad Impositiva Tributaria.
- Contratos de servicios de notarios públicos, conciliadores, árbitros, centros de conciliación, instituciones arbitrales.
- Contratos de servicios de publicaciones oficiales en el Diario Oficial El Peruano (los demás servicios en materia de publicaciones que ofrece el Diario Oficial El Peruano serán objeto de la causal de servicios personalísimos, por ejemplo publrreportaje o separatas especiales).
- Contratos de concesión de recursos naturales, obras y servicios públicos.
- Contratos de privatización.
- Contratos internacionales Contratos para el funcionamiento y gestión de Misiones en el Servicio Exterior de la República.
- Convenios de gestión, cooperación o de naturaleza análogo con entidades públicas u organismos internacionales (Cuarta Disposición Complementaria del Reglamento). (no aplica para convenios con el Sector Privado).

RECUERDA QUE:

- **Las exoneraciones son excepciones a la regla general de libre concurrencia.**
- **Sacrifica dos principios de la contratación pública (trato igualitario de postores y libre competencia) para privilegiar principio de eficiencia en las contrataciones.**
- **Acogen circunstancias y datos reales para dar flexibilidad al sistema.**
- **La exoneración habilita al cambio de un procedimiento contractual más complejo a otro más simple, mas no genera liberalidad contractual.**
- **Las causales de exoneración son excepciones, que deben ser interpretadas restrictivamente.**
- **La estructura de las causales tiene aspectos discrecionales y aspectos reglados.**
- **Las causales atienden dos necesidades distintas de la Administración:**
 - a) **La inviabilidad de la concurrencia abierta por imposibilidad de competencia. (Procedimiento inexigible) Ej. Contratación de servicios públicos sujetos a tarifas, adquisiciones de bienes que no admiten sustitutos, servicios personalísimos.**
 - b) **La inconveniencia administrativa de la concurrencia abierta. Los costos del proceso abierto son mayores que los beneficios que pueda obtenerse (procedimiento dispensado). Ejemplo: Contrataciones entre entidades administrativas, casos de desabastecimiento inminente o emergencia, etc.**

ACTIVIDADES

- ¿Cuáles procedimientos de selección atienden al principio de libre concurrencia?
- ¿Cómo cree usted que se logran mejor calidad y precios en una adquisición, cuándo hay libre competencia de los postores, o cuando es un funcionario, según su parecer personal, quien elige al proveedor?
- ¿En su entidad, los mayores montos invertidos en adquisiciones son contratados mediante procedimientos de libre concurrencia o son contratados directamente?

II. FUNDAMENTOS DE LAS CAUSALES PARA LA PROCEDENCIA DE LAS EXONERACIONES

Así como la obligación de licitar o concursar los contratos y adquisiciones del Estado, responden a principios constitucionales y valores éticos consustanciales al régimen democrático, el Legislador no deja de reconocer que ante determinadas circunstancias es necesario flexibilizar la regla, para permitir su adecuación a la realidad, atendiendo a otro valor administrativo: la eficiencia de la adquisición.

Precisamente, las exoneraciones que la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado contempla, representan el reconocimiento a determinadas situaciones en las cuales la persistencia en el principio de libre concurrencia resulta inviable, o simplemente inconveniente para satisfacer el interés público (obtener un determinado bien, servicio u obra de manera oportuna y eficiente).

De este modo, las causales previstas por el legislador, para que la Administración se exima del deber de licitar o concursar el contrato atiende dos fundamentos distintos:

1. **La inviabilidad de la concurrencia abierta por imposibilidad (jurídica o fáctica) de competencia.** En este caso, estamos frente un procedimiento de libre concurrencia inexigible o imposible, puesto que lógicamente no es posible realizar satisfactoriamente una licitación, o concurso público, ante ausencia de competencia.

Así sucede, cuando se desea contratar prestadores de servicios públicos sujetos a tarifas únicas, adquirir bienes que sólo puede ofrecer el fabricante o quien tiene un título de exclusividad, o contratar *in tuito personae* a determinado artista o autor literario.

2. **La inconveniencia administrativa de la concurrencia abierta,** por cuanto resulta que los beneficios del proceso licitatorio o concursal serían menores a los beneficios que se obtendrían de adquirir los bienes, servicios u obras mediante procesos más breves o inmediatos. Aquí, si bien sería físicamente posible obtener el bien, el servicio u obra, cotejando entre varias propuestas, algunas de las peculiaridades del procedimiento de libre concurrencia (tiempo estimado de duración, el costo administrativo y/o la difusión pública) hacen desaconsejable aplicarlo, y mas bien el Legislador autoriza a privilegiar otro principio de la Administración Pública, generalmente la eficiencia administrativa. Ejemplos de este fundamento, son las contrataciones entre entidades administrativas, los casos de adquisiciones ante situaciones de desabastecimiento inminente, emergencia, contratos de secreto nacional, etc.

RESUMEN

Las causales de Exoneraciones:

- **Contratación entre entidades del Estado.**
- **Contratación de suministro de servicios públicos sujetos a tarifas únicas.**
- **Contratación en situación de emergencia.**
- **Contratación en situación de desabastecimiento inminente.**
- **Contratación con carácter de secreto, secreto militar o de orden interno.**
- **Contratación de bienes o servicios que no admitan sustitutos y exista proveedor único.**
- **Contratación de servicios personalísimos.**

ACTIVIDADES

- A su criterio, ¿La contratación directa o la licitación debe ser la regla de la contratación administrativa?
- ¿Cuándo se siente en mejores condiciones para explicar a la ciudadanía y autoridad la elección de un proveedor? ¿Cuándo hubo un proceso de selección? O ¿Cuándo fue usted quien definió a que postor invitar, y a quien otorgar la buena pro?
- ¿La conveniencia administrativa es una justificación objetiva para eximirse de una licitación?
- ¿La dispensa del procedimiento de licitación, exime a la Administración de las fases de planificación de adquisiciones, elaboración del término de la referencia, o de las cláusulas obligatorias en los contratos del Estado?

III. LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y LAS EXONERACIONES

La actuación de los funcionarios públicos debe cumplir con una serie de exigencias impuestas por la normativa, cuando planifican, programan, seleccionan al proveedor, contratan, ejecutan el contrato y liquidan las prestaciones surgidas del contrato.

Dichas exigencias se presentan bajo diversas apariencias: algunas son imposiciones de formas (plazos, documentos, requisitos, etapas, etc.), otras son de orden sustancial (prohibiciones, deberes de hacer, incompatibilidades, etc.). Sin embargo, las más importantes son las exigencias que se presentan bajo la denominación de principios

de la contratación administrativa (artículo 3 del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado).

Tales principios se acogen en la normativa, y tornan exigible –bajo responsabilidad– una serie de valores o aspiraciones informadoras de la gestión adquisitiva del Estado, que irradia sus efectos sobre las demás normas de la contratación pública, y sobre la actuación misma de los funcionarios a cargo de la gestión. La violación de un principio de la contratación administrativa, es más grave que la trasgresión de una norma cualquiera, pues implica la desatención a alguno de los valores que el ordenamiento todo considera nuclear para el sistema.

Conforme a la Ley y a su Reglamento, los principios a los que nos referimos son los siguientes:

- 1. Principio de Moralidad:** Los actos referidos a las adquisiciones y contrataciones deben caracterizarse por la honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad.
- 2. Principio de Libre Competencia:** En los procedimientos de adquisiciones y contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia y objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores potenciales.
- 3. Principio de Imparcialidad:** Los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y dependencias responsables de las adquisiciones y 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.
- 4. Principio de Eficiencia:** Los bienes, servicios o ejecución de obras que se adquieran o contraten deben reunir los requisitos de calidad, precio, plazo de ejecución y/o entrega y deberán efectuarse en las mejores condiciones para su uso final.
- 5. Principio de Transparencia:** Toda adquisición o contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. Los postores tendrán acceso, durante el proceso de selección, a la documentación de las adquisiciones y contrataciones. Salvo las excepciones previstas en la Ley y el Reglamento, las convocatorias, otorgamiento de Buena Pro y resultados deben ser de público conocimiento.
- 6. Principio de Economía:** En toda adquisición o 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.
- 7. Principio de Vigencia Tecnológica:** Los bienes, servicios o ejecución de obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológica necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos, desde el mismo momento en que son adquiridos o 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.

8. Principio de Trato Justo e Igualitario: Todo postor de bienes, servicios o ejecución de 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 las excepciones de ley.

9. Estos ocho principios, tienen una triple función:

- a) Servir de base para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las normas de contrataciones y adquisiciones;
- b) Servir como parámetros para la actuación de los funcionarios y dependencias responsables; y,
- c) Servir de criterio de control para determinar la corrección de una decisión discrecional de la entidad.

Particularmente en el ámbito de las causales para dispensarse de licitar o concursar una obra, bien o servicio, cobra mayor importancia el análisis y cumplimiento de estos principios para las autoridades. No debemos perder de vista que cuando la autoridad evalúa si existen los elementos previstos por la norma para exonerarse de una licitación, así como cuando –una vez obtenida la autorización- ejecuta una contratación directa, está ejerciendo la facultad discrecional de valorar circunstancias, hechos y definir la aplicación de un régimen simplificado u otro más complejo de adquisiciones. Aun en estos casos, la autoridad debe actuar con apego a los principios de la contratación administrativa, por que debe adoptar la decisión que mejor cumpla con ellos, dado que serán estos mismos criterios los que serán aplicados a posteriori para evaluar la corrección de la decisión adoptada⁷.

En este sentido, un proceso adquisitivo aun cuando sea realizado a través de la aplicación de una causal objetiva de exoneración debe satisfacer también las exigencias, por ejemplo, de ser transparente, proceder a una selección objetiva y económicamente austera. La aplicación de una causal de exoneración no justifica una selección subjetiva o favoritismo a algún postor, ni un compromiso económico desproporcionado.

⁷ TUO Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.-

Artículo 47.- De las Responsabilidades y Sanciones.-

Los funcionarios y servidores, así como los miembros del Comité Especial que participan en los procesos de adquisición o contrataciones de bienes, servicios y obras son responsables del cumplimiento de las normas de la presente Ley y su Reglamento.

En los casos en que las normas establecen margen de discrecionalidad para la actuación del servidor o funcionario, éste deberá ejercerla de forma que sus decisiones estén acordes con los principios establecidos en el artículo 3 de la presente Ley.

RESUMEN

Los principios de contratación administrativa son:

- Principio de Moralidad
- Principio de Libre Competencia
- Principio de Imparcialidad
- Principio de Eficiencia
- Principio de Transparencia
- Principio de Economía
- Principio de Vigencia Tecnológica
- Principio de Trato Justo e Igualitario

ACTIVIDADES

LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y LAS EXONERACIONES

- ¿Por qué son importantes los principios administrativos en la contratación del Estado?
- ¿Una adquisición por emergencia justifica que transgredan los principios de transparencia o eficacia en las adquisiciones?
- ¿Una adquisición exonerada debilita el principio de libre competencia entre los postores?

IV. ANÁLISIS DE LAS CAUSALES DE EXONERACIÓN

4.1. ADQUISICIÓN Y CONTRATACIÓN ENTRE ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO

1. FORMULACIÓN LEGAL

Artículo 19° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Artículo 139° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

2. CONCEPTO

Una entidad pública puede contratar directamente con otra entidad pública la adquisición de un bien, la provisión de un servicio o la construcción de una obra, con otra entidad pública (que no actué bajo forma societaria ni realice actividades empresariales habituales) siempre que el precio sea favorable, la prestación a recibirse sea idónea y viable y la contratación sea eficiente, en cuanto al costo-oportunidad.

3. FUNDAMENTO

El fundamento de considerar eximido del proceso de selección abierto, en la contratación ínter administrativa, estriba en el supuesto *juris tantum* que esta opción debe ser menos onerosa para la entidad adquiriente. Se parte de la idea que la actividad administrativa no busca generar lucro, y menos aun, entre las mismas dependencias públicas. **SAYAGUES LAZO** justifica esta causal afirmando que:

“(...) porque cuando es el propio Estado, por intermedio de cualquiera de los organismos que lo integran, el que va a cumplir el suministro o realizar la obra, no hay posibilidad de fraude ni de connivencia con los funcionarios que han de resolver el negocio. Además repútase –hipótesis por desgracia en la práctica no totalmente exacta- que los organismos públicos se cobran entre sí el precio justo del servicio”⁸.

4. CONDICIONES PARA LA APLICACIÓN DE ESTA CAUSAL

Durante los últimos años existió un ejercicio ilimitado de esta causal, conllevando ciertamente a excesos y distorsiones en el mercado, al haber sido aplicada por algunas entidades públicas como medio para proveerse de recursos directamente recaudados, desatendiendo sus actividades propias (en el caso de las ofertantes) y, por otras, para eludir el deber de licitar las obras o servicios (en el caso de las entidades contratantes), conllevando en general, un desplazamiento en el mercado de diversos agentes privados que veían competencia desleal en estas acciones. Las distorsiones más grandes fueron las siguientes:

- La participación privilegiada de entidades y empresas del Estado, con recursos y bienes públicos, que de acuerdo con el mandato constitucional deben actuar de modo subsidiario y competir paritariamente con el sector privado.
- Participación de entidades no empresariales del Estado en diversos contratos administrativos, empleando recursos públicos para el cumplimiento de sus prestaciones productivas o de servicios, o aplicando facultades de imperio del Estado, permitiéndose incluso el cobro de utilidad o lucro.
- Copiamiento de contratos del Estado, por algunas entidades públicas, que finalmente los subcontrataban o tercerizaban con el sector privado, con lo cual, en términos reales, la exoneración servía para eludir la convocatoria pública de la adquisición.
- Entidades y empresas que distorsionaban sus objetivos institucionales para contratar con otras, ya que entidades públicas asumían sostenidamente compromisos contractuales en desmedro de tareas no centrales en su función pública, así como asumían servicios sin tenerlos como giro propio.

⁸ SAYAGUES LAZO, Enrique; “La licitación pública”, p. 73.

Con la finalidad de evitar estas distorsiones es que la normativa se ha cuidado de establecer una serie de condicionantes para la procedencia de la exoneración. En este sentido, las condiciones indispensables para la procedencia de la exoneración, las podemos ordenar en función se refieran a las calidades de la entidad pública que sea proveedora del bien, servicio u obra, y, respecto a las calidades especialmente favorables que debe acreditar la prestación a recibirse.

5. CONDICIONES EXIGIBLES A LA ENTIDAD PÚBLICA PROVEEDORA

La normativa exige que para un correcto ejercicio de esta facultad excepcional, *la capacidad jurídica de quienes pretenden ser proveedoras de otras entidades públicas a través de esta modalidad:*

- 5.1. Están habilitadas exclusivamente todas las personas jurídicas, que ejercen función administrativa, enumeradas en el artículo 2 del TUO de la Ley, salvo aquellas que actúen bajo personería societaria, o que aun bajo personería de derecho público, realicen actividades empresariales de manera habitual. De este modo, quedan impedidas de ser contratadas mediante esta modalidad exonerada las empresas del Estado de derecho público, o de derecho privado, pertenecientes al gobierno nacional, regional, o local, y las empresas mixtas en las cuales el control de las decisiones de los órganos de gestión está en manos del Estado. Pero también están impedidas aquellas entidades públicas, que sin ser empresas, puedan tener habilitación legal para realizar actividades de prestación de servicios, proveer bienes o construir obras de manera habitual. Para comprobar la existencia o no de habitualidad, la normativa incluye una ficción legal por la que se deberá entender que la entidad pública postora es habitual en la provisión del bien, servicio u obra, si ya ha actuado como contratista de iguales o similares prestaciones, en dos o más contratos con cualquier otra personal (estatal o privada) durante los doce meses anteriores.

En tal sentido, no puede acogerse a esta causal para ser proveedoras ninguna persona jurídica de derecho privado, ni siquiera consorciada o asociada de cualquier manera legalmente admisible, con alguna entidad pública.

- 5.2. La no utilización de ventajas o prerrogativas derivadas de su condición de entidad pública.
- 5.3. La prestación personalizada de la entidad proveedor, sin admitir –bajo ninguna circunstancia- subcontratar, parcial o totalmente de las obligaciones derivadas del contrato, la cesión de los derechos o la cesión de la posición contractual a favor de otro sujeto, de modo que se evita que la entidad proveedora opere como un intermediario en la actividad económica.

Como se puede apreciar, todas estas exigencias se orientan a concretar la aplicación de esta exoneración, dentro de los fundamentos propios que motivan la admisión de esta causal: presumir que las entidades públicas no lucren entre sí.

6. CONDICIONES EXIGIBLES A LA PRESTACIÓN A RECIBIRSE

Por otro lado, la normativa también se ha preocupado en evitar que por contratar entre entidades administrativas se afecte el servicio público, en la medida que la calidad, oportunidad y la idoneidad podrían no ser las adecuadas. En este sentido, las prestaciones a recibirse deben ser compatibles con las condiciones siguientes:

1. Que los precios de la adquisición o contratación de la entidad pública resulten más favorables y ventajosos en comparación con los precios de mercado. (Ejemplo: que el costo final de la obra, incluyendo todos sus variables, resulte más oneroso que haberla contratado con otro postor privado).
2. Que, la adquisición, en razón de su costo de oportunidad, resulta más eficiente que adquirir o contratar con una entidad privada. (Ejemplo: Que el cumplimiento de la entrega del bien o la prestación del servicios, sea más desventajosa que cualquier otra posible brindada por una empresa privada).
3. Que, la adquisición resulte técnicamente idónea y viable. (Ejemplo: Que el bien o servicio a prestarse sea, cuando menos, de la calidad ordinaria que puede proveer el mercado).

7. FIGURAS AFINES A LA CONTRATACIÓN ENTRE ENTIDADES ADMINISTRATIVAS

No debemos confundir este supuesto con las figuras próximas pero que se encuentran excluidas del régimen de contratación estatal: i) Actividad por encargo; ii) Actividad por administración directa; y, iii) Convenios de colaboración interadministrativa.

- i. La actividad por encargo (obra, servicio o bien), es un supuesto excluido del régimen de contrataciones del Estado, donde no se trata de una relación bilateral en la que el contratado ejecuta unas acciones con su propio capital o infraestructura, a cambio de un pago pactado, sino de una actividad que es comisionada a otra entidad entregándole el financiamiento respectivo.
- ii. La actividad por administración directa, que es aquella que emprende la propia entidad, con su personal, infraestructura y equipos para lograr una finalidad preestablecida, aun cuando complementariamente suscriba contratos con terceros para proveerse de algunos bienes y servicios dirigidos a dicho fin⁹.
- iii. Los convenios de colaboración administrativa son relaciones de colaboración entre entidades públicas, o de éstas con organismos internacionales con el objeto de recibir bienes o servicios, pero sin la existencia de algún ánimo lucrativo en la operación (factor utilidad, aunque eventualmente se admite reembolso de gastos). De este modo, no son

⁹ La Resolución de Contraloría N° 195-1988-CG regula la realización de obras por administración directa.

formas de ejecución presupuestal, por que se encuentran al margen del régimen de la contratación estatal (Cuarta Disposición Complementaria del TUO del Reglamento).

RESUMEN

En síntesis, una entidad pública para acogerse a esta causal debe cautelar proveerse en particular de verificar lo siguiente:

- i) Que el postor presente una declaración jurada señalando que no es empresa del Estado, que no actúa bajo forma societaria, y que no es habitual en esta prestación.**
- ii) La existencia de un informe técnico-económico preparado por las instancias de la entidad que concluya en señalar las comprobaciones siguientes: que la oferta económica de la entidad pública es ventajosa en relación con el promedio del mercado; que por el costo oportunidad, la adquisición es eficiente, y que la calidad de la prestación es viable técnicamente e idónea en relación con sus términos de referencia.**
- iii) El compromiso de la entidad proveedora de no subcontratar total o parcialmente las prestaciones del contrato, a no ceder los derechos que de éste se deriven en su favor, ni que cederá la posición contractual.**

La contratación entre entidades del Estado procede cuando una entidad pública desea adquirir un bien, servicio u obra a otra entidad pública.

Limitaciones:

- **La contratista no debe ser una empresa del Estado o, aun sin serlo, ejerza habitualmente la provisión de ese bien, servicio u obra.**
- **El precio debe ser más ventajoso que el promedio del mercado.**
- **La oportunidad de la provisión del bien, servicio u obra sea eficiente.**
- **El bien, servicio u obra sea idóneo técnicamente.**
- **Proveedor debe cumplir su prestación directamente (no admite subcontratación, cesión de derechos, o figuras similares).**

ACTIVIDADES

- ¿Se puede contratar bajo esta causal con una empresa para que preste un servicio que no está en su giro?
- ¿Se puede contratar bajo esta causal con una empresa del Estado consorciada con otra particular?
- ¿Qué pasa si la empresa del Estado contratista emplea recursos públicos para la prestación del servicio?
- ¿Se aplica esta causal para los convenios de colaboración entre entidades públicas?

4.2. CONTRATACIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS SUJETOS A TARIFAS ÚNICAS

1. FORMULACIÓN LEGAL

***Artículo 19º del TUO Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
Artículo 140º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.***

2. DEFINICIÓN

Una entidad pública puede contratar directamente el suministro de servicios públicos de energía, telecomunicaciones, saneamiento, y otros, cuando su precio sea fijado por tarifas únicas reguladas por el Estado, y que no admitan acuerdo de partes.

3. FUNDAMENTO

Estamos frente a un caso de imposibilidad material de realizar un proceso de concurrencia pública, por cuanto al existir una tarifa única aprobada administrativamente, no habría ninguna posibilidad de éxito en obtener una pluralidad de ofertas económicas a través de la licitación, concurso o adjudicación directa pública.

4. CONDICIONES PARA APLICAR LA CAUSAL

La norma exige dos condiciones concurrentes:

- 4.1. La prestación sea de servicios públicos calificados como tales. La norma refiere explícitamente a los servicios de energía eléctrica, telecomunicaciones, agua, desagüe, y otros análogos. Es conveniente revisar que la calificación de servicios públicos para una determinada actividad dentro de las muchas prestaciones que se pueden dar dentro de

un mercado sectorial, es dada por la norma expresa. Por tanto, resulta posible que dentro de los mercados de telecomunicaciones o energía, existan prestaciones que pueden prestar los concesionarios que no sean servicios públicos, sino solo prestaciones libres. En tales casos, no procederá esta exoneración.

- 4.2. Los servicios públicos deben estar sujetos a tarifas únicas aprobadas ante un organismo regulador. No basta que se trate de servicios públicos declarados formalmente por norma expresa, sino que además, su precio de intercambio sea aprobado bajo un sistema oficial uniforme. De este modo, los servicios públicos, tales como la educación o el transporte aéreo, pese a estar declarados como tales por ley, no podrán justificar una exoneración al carecer de una tarifa única aprobada por un organismo regulador.
- 4.3. Las tarifas únicas aprobadas oficialmente tampoco deben admitir pacto en contrario. No basta que sean prestaciones de servicios públicos y que estén sujetas a tarifas, sino que la tarifa de estos servicios sea negociable entre las partes, esto es, que no haya posibilidad de conseguir otras ofertas diferentes. Es importante tener en cuenta, que conforme a los regímenes de los servicios públicos, hay prestaciones que se realizan dentro de un régimen de tarifas únicas, pero otros son prestados en un régimen de libre competencia con otros prestadores del servicio. Por ello, el artículo 140 indica que para la contratación de servicios públicos no sujetos a tarifas únicas y que se encuentran bajo las reglas de la oferta y la demanda, es necesario un proceso de selección. Sólo si el proveedor fuere único, podría exonerarse el proceso, pero por esta causal específica (Art. 19 literal e) de la Ley).

RESUMEN

La contratación de servicios sujetos a tarifas únicas procede cuando el objeto de la prestación es un servicio público sujeto a tarifas reguladas (energía eléctrica, telecomunicaciones, agua, desagüe, etc.).

- **Condiciones:**
 - **La excepción se aplica a aquellas actividades dentro del servicio público cuyas tarifas sean reguladas (por contrato u organismo regulador). Por ende, no aplica en tarifas de un servicio público que sea de libre competencia.**
 - **La exoneración la aprueba sólo el funcionario encargado de las adquisiciones institucionales.**

ACTIVIDADES

- ¿Cuál es el fundamento de esta exoneración?
- ¿Si una actividad calificada como servicio público se presta en un régimen de libre competencia, se le puede aplicar esta causal para contratar al proveedor?

4.3. **ADQUISICIÓN O CONTRATACIÓN EN SITUACIÓN DE EMERGENCIA**

1. **FORMULACIÓN LEGAL**

Artículo 19° – Artículo 22° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Artículo 142° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

2. **DEFINICIÓN**

Las entidades públicas están autorizadas a contratar directamente, cuando se encuentren frente a acontecimientos catastróficos, a situaciones que supongan grave peligro o necesidades de la defensa nacional, que les exijan actuar de manera inmediata para remediar el evento producido y satisfacer la necesidad sobrevenida.

La Situación de Emergencia no es lo mismo que el Estado de Emergencia que prevé el artículo 137.1 de la Constitución Política del Estado, aún cuando posean características similares y, eventualmente puedan ser respuestas estatales a la misma situación de hecho. Por un lado, mientras que la declaración de Estado de Emergencia es una decisión del Estado de carácter nacional que busca reestablecer el orden y la normalidad, la Situación de Emergencia es una decisión de la entidad que intenta exclusivamente proteger la continuidad de operaciones y/o servicios.

3. **FUNDAMENTOS**

La Situación de Emergencia debe entenderse como un hecho de excepción que determina una acción rápida de adquisición o contratación como medida temporal. En los casos definidos por el Artículo 22° de la Ley, debe adquirirse o contratarse sólo lo necesario para remediar los desastres o demás hechos producidos que tengan el carácter de emergencia, así como para satisfacer las necesidades sobrevinientes; después de lo cual, las adquisiciones o contrataciones que constituyen el resto de la actividad necesaria para completar el objetivo de reconstrucción o seguridad, deberán ser convocadas a través de los procesos de selección que correspondan.

4. CONDICIONES PARA APLICACIÓN DE ESTA CAUSAL

4.1. Una situación fáctica contingente: acontecimientos catastróficos, situaciones de grave peligro, o necesidades de la defensa nacional

Para la operatividad de esta causal debe de existir un suceso negativo de gravitación colectiva calificable como calamidad pública o de anormalidad social. Taxativamente, la norma ha precalificado como tales tres supuestos diferentes:

- Catástrofes públicas de gravitación colectiva (por ejemplo, sequías, incendios, inundaciones, sismos, heladas, etc.).
- Situaciones de grave peligro (por ejemplo, epidemia, plagas, rotura de una represa que abastece a la ciudad, quiebra de un puente esencial para el transporte colectivo, etc.).
- Necesidades de defensa nacional (por ejemplo, guerra exterior o interior).

La autoridad a partir de esta situación fáctica valora los siguientes aspectos a fin de decidir la exoneración: la generalidad de su impacto, sus consecuencias, su proyección de desenvolvimiento inmediato, su naturaleza, las proporciones, etc. A partir de estos elementos podemos establecer que no justificarían una dispensa de licitación, si por ejemplo, la emergencia alcanza sólo a una persona, si el desenvolvimiento inmediato indica que el fenómeno está extinguiéndose, si no tiene consecuencias sobre la colectividad, etc.

4.2. Competencia institucional para actuar en contra de la emergencia

La existencia de un evento catastrófico, de situaciones de grave peligro, o de necesidad de la defensa nacional, no habilitan la exoneración a todas las entidades públicas, ni siquiera a las que se encuentran en el ámbito geográfico de la emergencia. En estos casos, se encuentran aptas para poder exonerarse para atender la emergencia, aquellas que por competencia legal tengan el deber de actuar para afrontar el o los acontecimientos causales.

5. ¿QUÉ FACULTADES HABILITA ESTA CAUSAL?

En principio, esta causal no sólo es una exoneración a cambiar el procedimiento de selección como todos los demás, sino una causal de exoneración de la elaboración del expediente administrativo en su integridad, esto es, de todas las actuaciones cuyo cumplimiento previo pueda perjudicar la celeridad de la adquisición, tales como, preparación de términos de referencia o bases, estudios de mercado, indagación de fuentes de suministros, inclusión en plan anual de adquisiciones, informes técnicos y legales, publicación oficial, informes a las instancias de control, documentación del contrato, etc. Por eso algunas legislaciones extranjeras se refieren a este supuesto no como una causal de exoneración, sino como un cambio de procedimiento adquisitivo, denominado “procedimiento de urgencia”.

Ahora bien, presentada la causa, la entidad comprendida queda habilitada para ordenar la adquisición o contratación de bienes, servicios u obras, estrictamente necesarios, para: i) Remediar el o los eventos producidos; ii) Prevenir otros eventos catastróficos; y, iii) Satisfacer las necesidades sobrevenidas que hubiere, sin sujetarse a los requisitos formales de esta Ley.

Con posterioridad a la superación de los eventos justificativos y por un plazo máximo de diez (10) días siguientes a la finalización del evento causal, la administración procederá a la regularización de los procedimientos internos previos, concurrentes y posteriores.

El resto de las prestaciones, necesarias para completar el objetivo propuesto por la Entidad ya no tendrá el carácter de emergencia y se adquirirá o contratará de acuerdo a las reglas de los procesos de selección que correspondan¹⁰. Excepcionalmente, la entidad podrá determinar que los bienes, servicios u obras adquiridas hacen prescindible contrataciones complementarias, en cuyo caso el informe técnico-legal debe fundamentar esta situación, no correspondiendo ningún proceso de selección posterior.

6. LIMITACIÓN TEMPORAL

El periodo de la emergencia será establecido en la Resolución o Acuerdo que autoriza el acogimiento a la causal. Su término final, implica el límite máximo temporal para poder suscribir contratos o notificar órdenes de servicio necesarios para remediar el evento y satisfacer las necesidades sobrevinientes. La entidad únicamente podrá obligarse durante el plazo de vigencia previsto, por lo que los contratos y órdenes de compra emitidos con posterioridad de manera directa serán nulos y no pueden ser comprendidos en la regularización posterior.

¹⁰ Esta última parte es aplicable tanto a aquellos bienes o servicios que coetáneamente a la exoneración la entidad requiera para sus servicios ordinarios no vinculados con las causales de catástrofe, como aquellos bienes o servicios del mismo tipo al requerido para paliar la catástrofe, pero una vez que ella haya cesado o vencido el plazo de la emergencia.

RESUMEN

Las exoneraciones por Situación de Emergencia proceden cuando la entidad se enfrenta a la ocurrencia de:

- A. Catástrofes (terremotos, sequías, inundaciones, derrumbes).
- B. Graves peligros (plagas, epidemias); o,
- C. Necesidades de Defensa Nacional (conflicto internacional).

Sólo se autoriza:

- En adquisiciones estrictamente necesarias para remediar el hecho causal.
- En aquellas necesidades sobrevinientes derivadas del hecho causal.

Características:

- Autoriza adquisiciones directas, sin formalidades previstas ordinariamente (expediente técnico, términos de referencia, indagación de fuentes de suministro, invitaciones, adjudicación, etc.).
- La competencia para su autorización corresponde al Titular del Pliego.
- La resolución autoritativa es necesariamente posterior a la acción adquisitiva.
- El procedimiento exoneratorio es necesariamente realizado en “vía de regularización”.

ACTIVIDADES

1. ¿Quién y cómo reaplican las exoneraciones por situación de emergencia?
2. ¿Es posible aplicar esta causal para construir muros de construcción para la época de crecida de los ríos?

4.4. ADQUISICIÓN O CONTRATACIÓN POR SITUACIÓN DE DESABASTECIMIENTO INMINENTE

1. FORMULACIÓN LEGAL

Artículo 19° literal c) y Artículo 21° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
Artículo 141° del TUO del Reglamento.

2. DEFINICIÓN

Las entidades públicas están autorizadas a dispensarse del procedimiento de concurrencia abierta, cuando se encuentren ante la ausencia de determinado bien, servicio u obra que compromete la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones productivas a su cargo.

3. FUNDAMENTO DE LA CAUSAL

En este supuesto, acontece que la Administración se encuentra en un dilema, que explica suficientemente la existencia de la causal: o prescindir –por razón del tiempo estimado que le demoraría la adquisición- de la exigencia de licitación o concurso públicos procediendo a la adquisición inmediata de aquel bien, servicio u obra que comprometa la continuidad de su servicio o actividad; o, por otro lado, admitir el compromiso a sus funciones, servicios, actividades u operaciones productivas, hasta que pueda seleccionar un postor que le brinde esa provisión, al final del proceso de selección que corresponda.

Ante esta controversia de principios, la legislación opta por flexibilizar la regla de la libre concurrencia y la igualdad de postores, a favor de la eficacia del accionar de la Administración.

4. CONDICIONES PARA LA APLICACIÓN DE LA CAUSAL

Para que una entidad se acoja a esta causal deben concurrir las siguientes condiciones:

4.1. Una ausencia concreta de bienes, servicios u obras necesarias

El primer elemento para la aplicación de esta causal, es que se encuentre frente a la ausencia del bien, servicio u obra a su cargo. No se trata de tener que satisfacer alguna nueva o diferida demanda de la sociedad, pues esto es cotidiano en el quehacer de las entidades públicas, sino que la entidad vea como inminente un entorpecimiento a la prestación de sus servicios esenciales o actividades productivas que le son consustanciales, por la ausencia concreta de determinados bienes, servicios u obras. Por ejemplo, la ausencia de un repuesto esencial para el funcionamiento de una máquina en una empresa de saneamiento.

Esta misma exigencia permite esclarecer que se debe tratar de una urgencia concreta e inminente, y no probable o remota.

Por el factor de concreción, la urgencia debe ser cierta, determinada, y real y no meramente especulativa o probable. Por ejemplo, aplicar esta causal, si se trata simplemente de anticiparse a la futura salida de funcionamiento de una maquinaria.

Por el factor de inminente, la urgencia debe ser de ineludible acaecimiento en el futuro inmediato, excluyendo lo meramente remoto o aproximativo en el futuro, y, *por ende, debe ser de tal naturaleza que no pueda satisfacerse en tiempo oportuno más que por vía de la contratación directa.*

En caso contrario, si fuera un desabastecimiento probable, proyectado, es deber legal, seguir los procedimientos de libre concurrencia que corresponda según el monto y su naturaleza.

4.2. La ausencia del bien, servicio u obra debe ser extraordinaria e imprevisible

El segundo factor es que la ausencia del bien, servicio u obra debe estar fuera del orden natural o común de las cosas.

Es clave la imprevisibilidad de la carencia del bien, servicio u obra, puesto que si era previsible la ausencia de la obra, el servicio o el bien, y las autoridades se descuidaron o conscientemente no hicieron el proceso a tiempo, o lo propician, no se configura el supuesto de la norma. Aquí nuestra normativa parece afiliarse a la tendencia subjetiva de la urgencia, por la que no sólo es necesaria objetivamente una ausencia extraordinaria de un bien, servicio u obra que afecte el servicio esencial de la entidad, sino que además la entidad no debe haber llegado a esta situación por la falta de previsión de las autoridades. Sin embargo, como veremos posteriormente, el artículo 21 del TUO de la Ley admite la procedencia de la causal, aún cuando se haya llegado a ella por conducta de los funcionarios responsables de la entidad.

Por ejemplo, si la adquisición estuviera consignada en el Plan de Adquisiciones aprobado, mal podría luego afirmar la entidad que se trata de una adquisición imprevisible.

Como bien afirma **SAYAGUES LAZO**, sobre la exigencia de la previsibilidad de la necesidad de adquirir:

“Si era previsible que habría de hacerse la obra o la inversión de fondos y las autoridades se dejaron estar y no hicieron a tiempo el llamado a licitación, no se configura el supuesto requerido para que el Consejo de Ministros pueda conceder la autorización. En otras palabras: cuando ha habido tiempo suficiente para llamar a la licitación y por omisión de las autoridades administrativas no se ha hecho así, aunque luego se cree una situación de urgencia, como ésta no ha surgido por circunstancias imprevistas, la disposición legal es inaplicable”¹¹.

Sobre este punto la doctrina discute la posición a seguir cuando la necesidad es previsible, pero de todos modos se llega a la urgencia debido a una incorrecta planificación o gestión logística de la entidad. Por ejemplo, el profesor argentino **GORDILLO** afirma, criticando una disposición análoga a la nuestra en su ordenamiento, que:

“(…) la diferencia no carece de importancia, pues si los funcionarios han sido negligentes en la realización de determinadas obras, y éstas se tornan gravemente imperiosas por el transcurso del tiempo, no podrá por tal causa negarse a la Administración la posibilidad de satisfacer la necesidad pública con la verdadera urgencia que la misma requiere. Lo que corresponde es hacer responsables, administrativa y civilmente, a los funcionarios en cuestión, sin perjuicio

¹¹ SAYAGUES LAZO, Enrique; p. 75.

*de solucionar el problema con la urgencia que el mismo objetivamente requiera*¹².

4.3. Que el efecto razonable de la ausencia sea comprometer directa y de modo inminente la continuidad de los cometidos esenciales de la entidad

Conforme al fundamento de esta causal de exoneración, el efecto que la ausencia del bien, servicio u obra sobre la gestión institucional es determinante para la justificación de la medida. Se trata del razonable riesgo de comprometer en forma directa e inminente la continuidad de las funciones, servicios esenciales, actividades u operaciones productivas que la Entidad tiene a su cargo. La necesidad pública invocada debe ser actual, presente e improrrogable, y de tal naturaleza que no pueda satisfacerse en tiempo oportuno por los medios ordinarios.

Como bien expresa **DROMÍ**, Roberto a este respecto:

*“El apremio debe ser concreto e inmediato, y de tal naturaleza que no pueda satisfacerse en tiempo oportuno más que por vía de la contratación directa, pues la demora normal de un llamado a licitación provocaría mayores daños al interés público que los que ocasionare la omisión de un requisito exigido por razones de conveniencia y moralidad administrativas, en cuyo resguardo se halla también interesado ese mismo interés público*¹³”.

En ese mismo sentido, el efecto de la ausencia debe ser suficiente para comprometer directamente los servicios esenciales u operaciones productivas de la entidad que ya viene prestando la entidad. No basta que exista la necesidad de un bien, servicio o una obra para emprender un nuevo servicio, si no que su obtención inmediata sea necesaria para la continuidad de la prestación de servicios esenciales, las actividades institucionales, las operaciones productivas, y, en general, las funciones asignadas a la entidad. Por ende, no procede la causal para adquirir o contratar bienes, servicios, u obras suntuarias, complementarios o meramente administrativos.

Por ejemplo, no será posible acogerse a la causal de desabastecimiento inminente para adquirir bienes, servicios y obras sobre aspectos complementarios de la entidad (por ejemplo, contratación de asesores, etc.), sobre servicios internos de la administración (por ejemplo, compra de bienes de limpieza, útiles de escritorio, etc.), o actividades administrativas comunes (ejemplo: contratación de servicios de publicidad, o impresión de afiches), o suntuarios (Ej. canastas navideñas), por más importante que la autoridad lo pueda considerar.

¹² GORDILLO, Agustín; “Derecho Administrativo”, p. 353.

¹³ DROMI, Roberto; op. cit., p. 166.

5. EL DESABASTECIMIENTO INMINENTE IMPROPIO

La doctrina conoce como una causal impropia de esta exoneración, cuando la Administración llega a la circunstancia de desabastecimiento inminente por problemas en el proceso adquisitivo en curso, y que determina la imposibilidad de esperar su culminación para obtener los bienes o servicios vinculados al cumplimiento de los servicios esenciales de la entidad.

En este sentido, cuando una licitación o concurso público fracasa en su objetivo planificado de obtener oportunamente un proveedor conforme al calendario previsto (por ausencia de postores que conduce a la declaración de desierto, observaciones a las bases, o medios impugnatorios suspensivos del proceso, etc.), puede derivar en una situación de desabastecimiento inminente. Para ello, obviamente será indispensable que la imprevista ausencia del bien, servicio u obra prevista, también comprometa directa y de modo inminente los servicios esenciales u operaciones productivas de la entidad.

En tal sentido, la situación de desabastecimiento inminente puede crearse cuando convocada una licitación o un concurso público, no llegan a consolidarse, dentro del calendario legalmente previsto, por razones ajenas a la organización de la entidad. En igual situación se encontrará la entidad si hubiera resuelto el contrato que venía ejecutándose, y la convocatoria a un nuevo proceso pueda originar la ausencia de un bien o servicio relevante para la continuidad de los cometidos institucionales.

6. LA CAUSAL DE DESABASTECIMIENTO INMINENTE Y LA RESPONSABILIDAD FUNCIONAL

En la práctica de las contrataciones nacionales se discutió sobre la procedencia de la causal de urgencia (hoy sustituida funcionalmente por el desabastecimiento inminente) en caso que se llegue a esta situación por negligencia o actuar doloso de las propias autoridades institucionales. Incluso la normativa presentó posiciones discrepantes sobre esta posibilidad. Por una parte CONSUCODE había manifestado en numerosas opiniones que “La omisión de una oportuna convocatoria a los procesos de selección respectivos *que oblique*, en los casos de actividades esenciales de las Entidades, a la declaración de una situación de urgencia y posterior exoneración del proceso de selección respectivo supone necesariamente la determinación de las responsabilidades que correspondan, conforme a lo establecido en los artículos 24º y 47º del citado Texto Único Ordenado”¹⁴. Por otro lado, una posición contraria fue sostenida por la Contraloría General de la República, para quien “(...) *la exoneración por motivos de situación de urgencia, no debe ser aplicada para subsanar una inadecuada planificación de adquisiciones*”¹⁵.

Ahora la normativa ha resuelto la controversia optando por una tesis objetiva: procede la causal aún en caso que se llegue a la situación de desabastecimiento inminente, siendo que la aprobación de la exoneración en este supuesto no constituye dispensa, exención, o liberación de responsabilidades de los funcionarios y servidores cuya conducta (negligencia, inacción, demora, dolo,

¹⁴ COMUNICADO N° 002- 2003 (PRE).

¹⁵ Norma Técnica de Control Interno N° 700-06.

etc.) hubiese originado el desabastecimiento. Pero la norma no sólo ha admitido esta posibilidad, si no que exige al Titular que aprueba la exoneración, ordenar – en el mismo acto aprobatorio- el inicio de las acciones de responsabilización para su determinación, en el escenario penal, administrativo o civil, según amerite. De no incluir este mandato, el acuerdo exoneratorio será pasible de nulidad.

Para este efecto, será la Contraloría General de la Republica quien dictará las pautas y procedimientos para participar de oficio en el examen a las contrataciones realizadas bajo esta modalidad. En aplicación de esta autorización normativa la Contraloría General emitió su Comunicado N° 03-2005-CGR dando pautas a los titulares de las entidades sobre las condiciones y limitaciones para acogerse a esta causal.

7. LIMITACIONES A LA APLICACIÓN DE LA CAUSAL

7.1. Limitación cuantitativa

Una de las características de esta causal es que habilita a la Administración a contratar o adquirir los bienes, servicios u obras, pero en la proporción mínima indispensable para evitar el desabastecimiento inminente, y proceder a organizar un proceso de libre concurrencia para adquirir o comprar la cantidad total de lo necesario.

La facultad que se obtiene de la situación de desabastecimiento es delimitada, derivada de su carácter de ser una causal de coyuntura: habilita escasamente la posibilidad de adquirir o contratar directamente los bienes, servicios u obras por el tiempo o cantidad, que sea imprescindible para poder llevar a cabo el proceso de selección abierto que correspondiere.

De esta limitación se tiene que la causal no autoriza a la adquisición, en términos de cantidad, que sea suficiente para satisfacer totalmente la necesidad institucional del periodo, dentro de un horizonte temporal amplio, (por ejemplo, adquirir toda la dotación de leche para el Programa del Vaso de Leche, o la flota completa de camiones para el servicio de limpieza) si no aquello suficiente para el periodo aproximado que le demande proceder a la selección que corresponda. Es una exención limitada al mínimo de tiempo necesario y de lo medianamente previsible que conlleve ejecutar un proceso selectivo mayor que corresponde. Por esta razón, no es posible durante la ejecución contractual de una prestación generada por una situación de urgencia, proceder a prorrogar el contrato, concertar prestaciones adicionales, o contratos complementarios¹⁶.

No obstante, la norma también faculta a la entidad para por motivos fundados (por ejemplo económico o el costo de oportunidad) realizar la contratación definitiva del bien, servicio u obra que necesite la entidad, y, por ende, ya no corresponda, ni sea adecuado, realizar otro proceso de selección posterior. Pero esta decisión no corresponderá a la instancia de realizar la adquisición exonerada, sino a la máxima autoridad de la entidad que aprueba la exoneración, y en consonancia, con un informe técnico que justifique esta medida excepcional.

¹⁶ Según Comunicado N° 003-2005-CG emitido por la Contraloría General de la República.

7.2. Limitación temporal

La causal de desabastecimiento inminente tiene un horizonte temporal previsible que va desde la fecha de su aprobación hasta la fecha de extinción que la misma disposición debe contemplar. Por ello no procederá que en ejercicio de esta causal, las entidades puedan realizar:

- Adquisiciones o contratos anteriores a la aprobación de la exoneración.
- Adquisiciones o contratos por periodos consecutivos.
- Contratos por periodo que exceda el lapso de tiempo previsto en la resolución autoritativa para superar el desabastecimiento.
- Adquisiciones o contratos para satisfacer necesidades anteriores a la fecha de aprobación de la exoneración.

Por su naturaleza estamos frente a una causal sujeta a plazo perentorio, en cuya virtud, la entidad solo puede obligarse válidamente directamente ante los proveedores durante el plazo autorizado en el acto aprobatorio del acogimiento a la causal.

8. LA REGLA DE LA COHERENCIA

Finalmente, cabe comentar la “*regla de coherencia*” que la doctrina hace consustancial a las causales sustentadas en apreciaciones de la coyuntura y del contexto de la entidad (tales como la emergencia o el desabastecimiento inminente).

Por esta regla, es indispensable que las actuaciones previas y posteriores de las autoridades acogidas a esta causal, sean coherentes con la argumentación empleada para exonerarse del proceso, en cuya virtud, debe procederse de modo diligente desde su aparición hasta su ejecución y posterior liquidación. Cualquier comportamiento contradictorio con esta regla haría suponer un uso desviado de la causal.

Por ejemplo, resultan contrarios a esta regla, la dilación en la recepción de los bienes a adquirirse, el empleo de los bienes recibidos en fines distintos a los alegados para su acogimiento a la dispensa, el almacenamiento sin asignación de uso de los bienes adquiridos con carácter de urgencia, entre otros.

En aplicación de esta regla, el Tribunal de CONSUCODE adoptó los acuerdos N° 008/2005 de 09/05/2002 y N° 011/007 de 21/06/2002, estableciendo que constituye causal de nulidad de los procesos de selección, cuando habiéndose declarado en situación de urgencia o emergencia de acuerdo a ley, las entidades incumplan con realizar procesos adquisitivos inmediatos.

RESUMEN

- Las exoneraciones por situación de desabastecimiento inminente proceden cuando la entidad se encuentra frente a la concurrencia de los siguientes factores:

1. Una ausencia concreta de bienes, servicios y obras necesarias.
2. La ausencia debe ser imprevisible y extraordinaria.
3. Compromiso a la continuidad de los cometidos esenciales de la entidad (funciones, servicios, actividades u operaciones productivas). No procede para proveerse de bienes, servicios u obras suntuarias, administrativas comunes, o meramente internos de la organización.
4. Compromiso inminente y no probable o remoto.

- Limitaciones:

Autoriza a realizar adquisiciones transitorias (hasta organizar procedimiento de selección) y rápidas (regla de la coherencia).

La exoneración procede excepcionalmente cuando la situación es producto de la actuación negligente, o dolosa de funcionarios. En este caso, la misma resolución exoneratoria deberá disponer el inicio de las acciones para deslindar la responsabilidad correspondiente, bajo sanción de nulidad de la autorización.

ACTIVIDADES

- ¿Si se trata de la necesidad de efectuar una obra o adquisición al vencimiento del periodo de mandato de una autoridad, procede su exoneración por esta causal?
- ¿Si se trata de gastar fondos excedentes de un presupuesto, antes del vencimiento del periodo presupuestal, califica para ser considerado en esta causal?

4.5. ADQUISICIONES DE BIENES O CONTRATACIÓN DE SERVICIOS QUE NO ADMITEN SUSTITUTOS Y EXISTA PROVEEDOR ÚNICO

1. FÓRMULA LEGAL

**Artículo 19°, TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
Artículo 144°, TUO del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.**

2. DEFINICIÓN

Las entidades públicas están autorizadas a dispensarse de un proceso de concurrencia abierta que por el monto o naturaleza hubiese correspondido, para adquirir bienes o contratar servicios que no admitan sustitutos en el mercado de un proveedor único en el mercado nacional.

3. FUNDAMENTO LEGAL

Se trata de aquellos supuestos en los cuales dentro del mercado nacional constituye un imposible físico y/o jurídico hallar más de un proveedor de dicho bien o servicio, ya sea por razones de su prestación, compatibilidad con lo requerido, licencias u otros, de modo que resulte inviable o imposible proceder a su selección por concurso o licitación. En tales circunstancias, solamente ese titular de esta condición se encuentra en aptitud de ofrecer el bien o servicio al Estado (Ejemplo: la empresa titular de una patente, marca, exclusividad de la fabricación o venta de un producto, productos poseídos sólo por una entidad o persona, productos amparados en privilegios, la provisión de artículos exclusivos producidos por un único fabricante que no tengan sucedáneos, los repuestos genuinos, la empresa calificada para brindar un servicio de mantenimiento a alguna maquinaria en particular, etc.).

Precisamente, el reconocimiento de esa situación de exclusividad para ofrecer el bien o prestar el servicio, que constituyen un privilegio legalmente reconocido, determina la imposibilidad de proceder por un proceso de libre concurrencia, ya que sólo la empresa o persona protegida podría presentarse. Expresamente, el artículo 144 del TUO del Reglamento de la Ley, indica que se considera que existe proveedor único en los casos en que por razones técnicas o relacionadas con la protección de derechos, tales como patentes y derechos de autor, se haya establecido la exclusividad del proveedor.

4. CONDICIONES PARA APLICAR ESTA CAUSAL

4.1. Identificación objetiva de la existencia de un proveedor único en el mercado nacional

Dado que no existe un registro de proveedores únicos, la entidad debe estar en capacidad de demostrar que conforme a su análisis de fuentes de suministro (estudio de mercado) sólo existe una persona capaz de brindar el bien o prestar el servicio requerido. Para el efecto, la entidad debe –en base a sus especificaciones técnicas- realizar un análisis de sus probables proveedores agotando las fuentes de suministros que le ofrezca el mercado incluyendo, visitas a empresas, solicitud de preformas, boletines, manuales, folletos, y no sólo realizando una invitación abierta para inscribirse en el listado de proveedores de la entidad. La entidad debe llegar a la convicción que en el mercado nacional (no local, zonal, regional, o departamental) exista un solo proveedor con posibilidad de vender o prestar un determinado servicio.

Es importante tener en cuenta, que si por el monto y naturaleza del contrato, fuera aplicable una licitación o concurso público, la indagación de fuentes de suministro no debe limitarse al mercado nacional, sino

comprender también al internacional. Si el bien o servicio no se produce o presta en el mercado local, pero sí en el extranjero, corresponderá convocar una licitación o Concurso Público Internacional y no promover precipitadamente la exoneración. En caso, luego del estudio en el mercado internacional, se confirme la presencia de un solo proveedor en el escenario internacional, sí procederá la exoneración. Pero si se aprecia la existencia de algún (os) otro (s) proveedor (es) en otro mercado, procederá a convocar una licitación o concurso nacional para obtener este bien o servicio, pues sí será posible obtener competencia para la selección de la oferta más adecuada.

Nótese entonces, que la valoración de la exclusividad del proveedor está referida al ámbito nacional, y no solo a una localidad, región o departamento determinado. Por ende, la entidad no podrá argumentar la ausencia de proveedores de un determinado bien o servicio, solo en su localidad, sino que deberá ampliar su análisis al mercado nacional.

Hay que distinguir, el proveedor único industrial del proveedor único comercial. El primero es aquel productor privativo en el país, o titular de un derecho exclusivo (marca, patente, etc.), y por tanto no hay duda mayor, en que por ser el productor de un determinado bien o servicio, solo de él, la Administración puede adquirirlo. Por el contrario cuando se trata de un representante comercial, sí es posible la concurrencia: por ejemplo, entre productor y comerciante, o más de un comerciante.

La sola existencia de una marca no constituye causal de exclusividad, pues es necesario descartar que puedan concurrir algunos distribuidores autorizados.

4.2. Que la entidad necesite de esos bienes o servicios, con exclusión de cualquier otro

Mientras que el primer elemento apuntaba a la identificación de una determinada situación espontánea del mercado (proveedor único), por este segundo elemento, se establece una relación de causalidad, con el tipo de necesidad de bien o servicio requeridos por la entidad.

Se trata que los términos de referencia de la entidad, o su pliego de necesidades se ajuste perfectamente a este bien o servicio provisto por el proveedor único. Por ejemplo, tiene que guardar correspondencia entre el interés de adquirir una marca determinada de producto, y la necesidad de contar específicamente con ella. No basta que sea bueno para la Administración tener esta marca, o que se aspire a contar con él, sino que técnica y objetivamente responda a justificación técnica (por ejemplo, si se trata de un repuesto exclusivo de un fabricante, para hacer operativa una maquinaria).

Cuando la calidad de bien no sustituible proviene de una marca, patente, o diseños industriales, la entidad previamente debe haberse declarado en proceso de estandarización, conforme lo exige el artículo 30 del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Como se aprecia, la verdadera dificultad de esta causal –cuestión de hecho- estriba en distinguir cuando puede adquirirse una u otra máquina, y cuando se requiere necesariamente, por razones técnicas u otras, la máquina tal, que solamente produce un fabricante determinado.

4.3. Que la necesidad de bienes o servicios de la Administración no pueda ser satisfecha igualmente con otros artículos, objetos, o productos de distinta clase o análogos

Es importante que la entidad tenga claro, en función del análisis de sus necesidades, si puede ser cubierta por otro bien o servicio, distinto al que ofrece el proveedor único, de modo que pueda promover la competencia a través del procedimiento selectivo correspondiente.

Esta determinación conlleva muy serias dificultades en su aplicación práctica, pues no se trata de cuestiones de derecho sino de hecho. En efecto, existen muchos artículos, objetos o productos provenientes de proveedores únicos, cuya adquisición satisfecería la necesidad de la Administración. Pero cuando éstas también pueden ser cubiertas a entera conformidad con otros artículos, objetos o productos de distinta índole, la exoneración no es aplicable.

Un ejemplo aclarará lo expuesto: hay que licitar la adquisición de una máquina para determinado proceso productivo, y para el efecto, podría servir la maquina X pues es una máquina muy conveniente, la que produce el establecimiento ZY, cuya fabricación es exclusiva porque tiene privilegio de invención; pero en el mercado existen otras maquinas similares, susceptibles también de satisfacer el objetivo buscado, construidas por otros fabricantes. Como es obvio, en estos casos, no resulta aplicable la excepción legal. Para haberlo ameritado, la entidad debe demostrar razonablemente no sólo la titularidad del proveedor único, sino que lo que éste brinda, es el bien o servicio que se necesita estrictamente por la entidad pública.

En suma, para la aplicación de la causal, la aislada titularidad exclusiva del proveedor único de un bien o servicio, no es la causal de exoneración, sino que no hayan sustitutos convenientes para cubrir la necesidad de la entidad.

RESUMEN

La exoneración por esta causal, procede para la adquisición de bienes y contratación de servicios de proveedor único. (Ejemplo: Título de un privilegio jurídicamente reconocido).

Características:

- **La consideración de proveedor único debe hacerse no solo apreciando el mercado nacional.**

Los requisitos para su aplicación son:

- **La prestación exclusiva se encuentre amparada jurídicamente.**
- **La necesidad administrativa no pueda ser satisfecha igualmente con otros productos análogos.**

ACTIVIDADES

- ¿La distribución exclusiva en una localidad de un programa informativo es justificación suficiente para aplicar esta causal?
- ¿Es posible aplicar esta causal para adquirir bienes escasos?
- ¿Un inmueble por su ubicación es justificación de un bien que no admita sustitutos?

4.6. CONTRATACIÓN DE SERVICIOS PERSONALÍSIMOS

1. FORMULACIÓN LEGAL

Artículo 19° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Artículo 145° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

2. CONCEPTO

Conforme a la norma precitada, las entidades públicas están autorizadas a dispensarse del procedimiento de concurrencia abierta que por el monto o naturaleza hubiese correspondido, cuando exista la necesidad de proveerse de servicios especializados, profesionales, artísticos, científicos, o tecnológicos, con una persona natural o jurídica notoriamente especializadas, siempre que su destreza, habilidad, experiencia particular y/o conocimientos evidenciados, apreciados de manera objetiva, le permitan sustentar de manera razonable e

indiscutible su adecuación para satisfacer la complejidad del objeto contractual y haga inviable la comparación con otros potenciales proveedores¹⁷.

Por esta definición tomamos noticia que en esta exoneración deben concurrir dos sujetos:

- a) La entidad pública que teniendo que afrontar un asunto complejo, encuentra a un postor que reúne las calidades reconocidas que le permitan razonablemente sustentar que será inviable la comparación con otros potenciales proveedores.
- b) La persona natural o jurídica que será el prestador del servicio especializado (en ámbitos técnicos, profesionales, científicos, o artísticos) poseedora de destrezas, habilidades, o experiencias particulares o conocimientos evidenciados y públicamente reconocidos, y adecuados para las necesidades de la entidad pública.

3. EL PRESTADOR DE SERVICIOS PERSONALÍSIMOS NO ES PROVEEDOR ÚNICO

A diferencia de la causal de proveedor único de servicios, no constituye elemento de esta exoneración que el proveedor a quien se encomiende la prestación sea el único que la pueda llevar a cabo. Ciertamente, una investigación médica sobre un tema de una pandemia que asola una región del país podría ser realizada por otro médico, una exhibición sinfónica en un aniversario patrio por otro concertista, un traductor de un idioma extranjero inusual podría realizar la traducción de un expediente judicial complejo, una reconstrucción de una obra de arte patrimonio histórico de la nación por otro especialista, y un proceso judicial altamente complejo, podría ser patrocinado por varios profesionales. Pero, todos son servicios singulares para atender problemas complejos, y, por ende, podrán calificarse como proveedores de servicios personalísimos, pero no son proveedores únicos. La naturaleza *intuitio personae* y el valor agregado del proveedor, hacen la diferencia.

Como bien apreció CONSUCODE: “Para establecer si un determinado servicio es personalísimo, debe tenerse en cuenta la forma en que el mismo es prestado por determinada persona; es decir, atendiendo a las cualidades especiales del locador para llevarlo a cabo, independientemente de que exista otro locador que pueda prestar en esencial el mismo servicio, estableciéndose de esta manera, que la diferencia entre ambos locadores es la forma de brindar el servicio”. (Opinión N° 112-2004-GTN).

4. FUNDAMENTACIÓN

Así como la obligación de licitar o concursar los contratos y adquisiciones del Estado, responden a principios constitucionales y valores éticos consustanciales al régimen democrático, el Legislador no deja de reconocer que ante determinadas circunstancias es necesario flexibilizar la regla, para permitir su

¹⁷ La causal resulta procedente aun si es que anteriormente se hubiese contratado el servicio mediante un proceso de selección regular y siguen en el mercado los postores de aquel proceso, en la medida que se sustenten debidamente la concurrencia de los requisitos para la configuración de la causal (Opinión N° 112-2004-GTN).

adecuación a la realidad, atendiendo a otro valor administrativo: la eficiencia de la adquisición.

De este modo, las exoneraciones a los procesos de concurrencia abierta, representan el reconocimiento a determinadas situaciones en las cuales la persistencia en el principio de licitación pública resulta inviable, o simplemente inconveniente para satisfacer el interés público.

Precisamente, el Legislador ha previsto que cuando la concurrencia abierta sea inviable por imposibilidad jurídica o fáctica de competencia. En este caso, estamos frente un procedimiento de libre concurrencia inexigible o imposible, puesto que lógicamente no es posible realizar satisfactoriamente una licitación, o concurso público, ante la ausencia de competencia. Este es precisamente el caso, de los servicios personalísimos que permiten contratar directamente servicios especializados profesionales (Ejemplo: Un médico altamente especializado en operaciones al corazón), artísticos (Ejemplo: Un concertista o actor para una obra), científicos (Ejemplo: Un especialista en fisión nuclear), o tecnológicos (Ejemplo: Un traductor de un idioma singular para traducir un expediente judicial), casos en los que la autoridad razonablemente puede esperar de ellos un servicio eficiente acorde con sus necesidades.

No se trata de una causal para casos de confianza o habilitar consideraciones subjetivas acerca de las bondades de algún profesional, sino para aquellos casos en que resulta *decisiva* la capacidad artística, técnica profesional o científica, la destreza o habilidad o la experiencia particular del sujeto, en razón de que su prestación sólo puede ser asumida por empresas, personas o artistas especializados¹⁸.

5. REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA CAUSAL

La inviabilidad de la competencia y por ende la aplicación de esta causal se determina por la concurrencia de tres clases de elementos: los referidos al objeto contractual, y los vinculados a la persona prestadora del servicio.

Los elementos referidos al objeto contractual son los siguientes:

- i) Que la entidad requiera una prestación de servicios;
- ii) Que se trate de un servicio especializado;
- iii) Que el servicio sea de índole profesional, artístico, científico o tecnológico; y,
- iv) Que el servicio atienda necesidades complejas de la entidad.

Los elementos referidos al prestador del servicio, son los siguientes:

- i) Que el postor tenga la habilitación necesaria;
- ii) Que el postor posea especialidad en la prestación del servicio requerido;
- iii) Que la calificación se evidencie por la destreza, habilidad, experiencia particular y/o conocimientos del prestador;
- iv) Que su especialidad sea notoria; y;

¹⁸ DROMI, Roberto; “Derecho administrativo”, p. 330.

- v) Que su notoria especialización corresponda con la complejidad del objeto contractual.

El elemento referido a la entidad contratante, es la apreciación objetiva de la entidad acerca de la inviabilidad de la comparación con otros potenciales postores, en función al cumplimiento de los elementos referidos al objeto contractual y al prestador del servicio.

5.1. Requisitos referidos al objeto contractual a contratarse

5.1.1 Requerimiento de una prestación de servicios

Obvio es decir, que el primer requisito es que la entidad requiera del mercado la prestación de un servicio, esto es, la actividad o labor que realiza una persona natural o jurídica para atender una necesidad de la entidad a cambio de una remuneración u honorario. De este modo solo podrá admitirse esta causal cuando la entidad deba celebrar contratos de locación de servicios o prestación de servicios no personales, más no cuando corresponda contratar una obra pública, la provisión de servicios, o la concesión de servicios (por ejemplo, para la tercerización de servicios de fiscalización tributaria por las municipalidades).

Sin embargo debe advertirse que a la contratación de consultorías, si le es aplicable esta causal, en la medida que se tratan en esencia también de “servicios altamente calificados”.

5.1.2 La naturaleza especializada del servicio pretendido por la entidad

Hasta antes de la última norma, el CONSUCODE había establecido como opinión que “La existencia en el mercado de ciertos servicios que por su complejidad o grado de desarrollo hayan adquirido la calificación de especializados, no influye en la eventual configuración de la causal de exoneración materia de análisis, la cual resulta aplicable, en principio, a la generalidad de los servicios y no se restringe únicamente a los denominados servicios especializados” (Opinión N° 112-2004-GTN).

Por el contrario, la nueva regulación restringe el ámbito de aplicación de esta causal solo cuando la entidad requiera contratar servicios especializados. Al efecto, deben diferenciarse: a) Servicios comunes; b) Servicios profesionales, artísticos, científicos o tecnológicos generalizados; y. c) Servicios profesionales, artísticas, científicas o tecnológicas especializados.

Los servicios comunes comprenden a cualquier actividad humana o empresarial que no exige una habilitación especial para su ejecución, pudiendo ser realizada por un lego o con personas con conocimientos generales u ordinarios (Ejemplo: Mantenimiento de locales, instalación de equipos de cómputo, cobranzas de deudas, limpieza, jardinería, etc.). Estos servicios, por antonomasia deben ser licitados, no siendo aplicable esta excepción.

Los servicios profesionales, técnicos, artísticos, o científicos son aquellos que exigen una habilidad especial para su ejecución y, por lo general, una certificación de alguna autoridad, centro de preparación, universidad, o

incluso registros oficiales de habilitación. En estos prestadores de servicios, pueden diferenciarse entre los servicios profesionales, técnicos, artísticos o científicos generalizados y los servicios profesionales, técnicos, artísticos o científicos especializados. Los primeros son los servicios que ordinariamente se encuentran en el mercado, que se emplean para solucionar problemas comunes de las entidades, como por ejemplo, las asesorías legales para el patrocinio de procesos judiciales, los actores para extras de un programa de televisión, las empresas de seguridad para custodiar valores o locales institucionales, etc. Estos servicios deberán ser contratados, también en el marco de la libre competencia.

Por otra parte existen los servicios profesionales, técnicos, artísticos o científicos especializados, que consisten en aquellos que además de la habilidad ordinaria, son realizados por quienes poseen estudios profundos, perfeccionamiento o experiencias en algún tema poco difundido dentro de la actividad profesional, técnico, artista o científica. Este precisamente el caso, de los servicios personalísimos que permiten contratar directamente servicios especializados profesionales (Ejemplo: Un médico altamente especializado en tratamiento del SIDA), artísticos (Ejemplo: Un concertista o actor para una obra), científicos (Ejemplo: Un veterinario especializado en animales del África para el zoológico de la ciudad), o tecnológicos (Ejemplo: Un traductor de un idioma singular para traducir un expediente judicial), casos en los que la autoridad razonablemente puede esperar de ellos un servicio eficiente acorde con sus necesidades.

En este sentido, únicamente después de definir la entidad, en su requerimiento de necesidad, que debe contratar un servicio profesional, artístico, científico o tecnológico de nivel especializado, podrá iniciar el estudio del mercado para buscar al profesional apto para prestarlo. Nunca se procede a la inversa, pensando de antemano en algún posible proveedor.

5.1.3 La prestación debe versar sobre actividades profesionales, artísticas, científicas o tecnológicas

Para el efecto, la norma contiene una enumeración taxativa de ámbitos de actividades dentro de las cuales es procedente esta causal: servicios profesionales (propios de las profesiones universitarias), artísticos (cantante, músico, pintor, actor, etc.), científico (ingeniero nuclear, matemáticos, etc.) o tecnológicos (mecánica industrial, etc.).

5.1.4 La complejidad del problema que busca atender la entidad

De otro lado, tampoco, basta justificar que se requiere atender una necesidad ordinaria o común de servicios, sino alguna que sea especialmente problemática o compleja, en relación con los servicios ordinarios y recurrentes de la entidad. Si el servicio que la entidad necesita es recurrente o común, debe ser irrelevante que sea prestado por “A” o por “B”, pues solo tendrá la expectativa de recibir servicios de aquel que demuestre dentro de la competencia concurrencial, poseer la mejor propuesta técnica o económica.

No resulta concebible que se contrate a un proveedor de servicios especializados para la atención de problemas cotidianos de la entidad. Por ejemplo, no basta justificar que se requiere un abogado para conducir un proceso judicial, pues ello sólo conduciría a un proceso adquisitivo ordinario. Es necesario, sustentar los niveles de complejidad o especial problemática de la materia, por la cual se hace necesario contratar no sólo un profesional letrado, sino un profesional versado en determinada especialidad jurídica poco difundida.

5.1.5 Requisitos referidos al prestador del servicio

Para que la actividad de la persona natural o jurídica pueda ser calificada como servicio personalísimo debe de reunir los siguientes requisitos:

5.1.5.1 La habilitación necesaria del proveedor

Un primer elemento indispensable, es que el prestador del servicio cuente con la habilitación necesaria para realizar la actividad especialidad para el cual será contratado. Nos referimos a la titulación oficial y el registro de colegiatura, la certificación de la actividad de servicios técnica, artística o científica inherente a su servicio.

5.1.5.2 La destreza, habilidad, experiencia particular y/o conocimientos del prestador son los factores calificables por la entidad

Los factores objetivos que son calificables para determinar si estamos frente a un prestador de servicios especializados radican en la: a) Habilidad (inherente a las actividades artísticas); b) la destreza (inherente a las labores profesionales, científicas y técnicas; c) La experiencia particular (aplicable a los servicios profesionales, científicos y técnicos; y, d) Los conocimientos (inherentes a todos los servicios especializados. Tratándose de personas naturales, resulta sencillo identificar estos factores calificables, pues deberán haber sido adquiridos directamente por el proveedor, y evidenciados ante la entidad. Más en el caso de las personas jurídicas, la identificación de estos factores puede aparecer como discutible, en la medida que pueden ser destrezas, habilidades, experiencias particulares y/o conocimientos adquiridos directamente por la empresa, durante el desarrollo de su actividad, como aportados por el personal o los especialistas que la empresa va a dedicar al servicio. Lo importante es que en cualquiera de los dos casos, quienes aportan los factores calificables, y en buena cuenta, justifican la selección de la calidad de personalísimo, deben continuar hasta el final del servicio.

Es una relación taxativa que impide a la administración valorar otros factores distintos, como por ejemplo, la “forma” de prestar el servicio, la “antigüedad” en el servicio, la “confianza” que genera a la entidad, etc.

5.1.5.3 Los factores calificables del proveedor serán la destreza, habilidad, experiencia particular y/o conocimientos del prestador

El contratante debe ser un prestador especializado en razón de sus características inherentes, particulares o especiales, o por su calidad, profesión, ciencia, arte u oficio. En tal sentido, es posible considerar la notoria especialización al profesional o empresa cuyo concepto en el campo de su especialidad, derivado del conjunto de factores, taxativamente mencionados en la norma: destreza, habilidad, experiencia particular, y conocimientos adquiridos, que permitan inferir que su servicio es esencial e indiscutiblemente el más adecuado para la plena satisfacción del objeto del contrato.

Como bien expresa el autor colombiano **QUINTERO** respecto a la causal análoga en su propio régimen nacional:

“Es evidente y quizás inevitable que en estos eventos surja cierto margen de discrecionalidad en la calificación de la entidad contratante a la hora de determinar trabajo artístico solo pueda encomendarse a ciertas personas, naturales o jurídicas. Circunstancias y capacidades personalísimas del contratista privado deberán ser las razones que le permitan a la administración prescindir del proceso de licitación fundándose en la causa aquí comentada. La naturaleza intuito personae en estas contrataciones es evidente y a la vez el fundamento mismo de la directa celebración del correspondiente acuerdo”¹⁹.

5.1.5.4 La notoria especialidad del prestador

El proveedor de un servicio personalísimo podrá ser una persona natural o jurídica, y, en este último caso, organizada bajo cualquier personería jurídica admisible (asociación, sociedad comercial, fundación, etc.). Sin embargo, para poder ser calificada debe tratarse de una persona “notoriamente especializada”, es decir, que cuente con el reconocimiento general y público de su alta capacidad en la materia para la cual va ser contratada (actividad artística, profesional, científico, o tecnológico). Es necesario contar con una fama consagrada del profesional en su especialidad.

La noción de “notoria especialidad” del prestador hace mención al reconocimiento público existente sobre su indiscutible alta capacidad profesional, técnica, artística o científica. No basta el “reconocimiento” de la entidad o autoridad que lo va a contratar

No se trata de contar con “popularidad”, puesto que el conocimiento ciudadano per se no es sinónimo de “notoriedad en la especialización”. Un profesional puede llegar a ser “popular” (por ejemplo, por sus intervenciones en medios de comunicación”), pero

¹⁹ QUINTERO M., Andrés, y MUTIS, Andrés; “Los contratos del Estado en la Ley 80 de 1993”. Temis, 1995, p. 60.

no ser notorio en su especialidad o reconocidamente capaz en su actividad.

5.1.5.5 La adecuación entre la notoria especialización y la complejidad del objeto contractual a atenderse

De ordinario –salvo circunstancias muy particulares- en cada campo de la actividad artística, profesional, técnica, o científica existirá más de un posible prestador de servicios singulares. El factor definitorio lo tendrá la particularidad del problema a atenderse, o mejor dicho, la adecuación de las calidades de estas personas o empresas a la problemática pública a abordarse. Por ello, la singularidad del servicio debe ser reputada como relevante para la satisfacción del interés público que la entidad tiene a su cargo. Por ejemplo, las características del proceso judicial para el que se intenta contratar a un abogado especializado, las características del personaje creado para un programa de televisión para el que desea contratar un artista, las peculiaridades de los temas de negociación con un país extranjero, para el cual se desea contratar a un experto negociador.

Es importante que la elección del futuro contratado – a ser escogido entre los sujetos de reconocida competencia en la materia especializada- recaiga en una empresa o persona cuya *destreza, habilidad, experiencia particular o conocimientos despierten la convicción razonable, que para el caso complejo, será presumiblemente el más adecuado que los otros.*

5.1.5.6 El objetivo análisis sobre la inviabilidad de la comparación con otros potenciales postores

La inviabilidad de la comparación con los otros postores es una apreciación de la autoridad en el sentido que no viabilidad o proceder a convocar a un proceso de selección para proveerse del servicio complejo que necesita para atender algún interés público. La conclusión se fundamentará solo y solo si, en la concurrencia documentada de cada uno de los elementos que acabamos de reseñar.

Por ello, la evaluación de las características o habilidades del locador deberán ser objetivas, por ende, demostrable, y se efectuará en función de la naturaleza de las prestaciones a su cargo. La entidad debe tener la convicción sustentada en datos reales (notoria especialización, problemática a enfrentar, servicio especializado, etc.) que una determinada empresa o un profesional que está habilitado (por su experiencia, conocimiento, habilidad, etc.) se encuentra razonablemente en aptitud de aportar a la solución del problema particular que afronta.

Como el propio Poder Ejecutivo expuso en su oportunidad: “El análisis de la especialidad de las aptitudes personales del contratista deberá ser objetivo, y se efectuará en función de la naturaleza de las prestaciones a su cargo, a fin de evitar que por esta vía se eludan las disposiciones de la ley. Es decir, no bastará la evaluación de las características y habilidades personales del

contratista sino también se deberá evaluar si la naturaleza de la prestación justifica su contratación.

No se admitirá bajo ningún supuesto que, subjetivamente, se considere una obligación que pueda ser ejecutada indistintamente por cualquier contratista suficientemente hábil y capaz como una obligación *intuitio personae* con el fin de eludir los procesos de selección correspondiente²⁰.

Por ejemplo, no constituirán suficiente fundamento para una contratación exonerada por servicio personalísimo, cualquier argumento que solo pueda ser apreciado fundamentalmente por la entidad, como por ejemplo, la confianza de la autoridad, la forma en que le ha prestado el servicio anteriormente a la propia entidad, etc.

6. EL IMPEDIMENTO DE SUBCONTRATAR LOS SERVICIOS PERSONALÍSIMOS

Finalmente, la norma reitera que ninguna de las prestaciones derivadas del contrato suscrito por servicios personalísimos podrá ser objeto de subcontratación por parte del contratista. En tal sentido, ningún prestador de servicios personalísimos podrán contratar a un tercero (persona natural o jurídica) para que realice parte del servicio, teniendo en consideración que precisamente han sido calificados en función de alguna característica inherentes a su persona.

7. LOS SERVICIOS DE PUBLICIDAD COMO SERVICIOS PERSONALÍSIMOS

La normativa nacional califica de antemano como servicios personalísimos, a los servicios de publicidad que prestan al Estado, directamente los medios de comunicación televisiva, radial, escrita o cualquier otro. Por esta circunstancia, es que resulta innecesario que la entidad justifique el empleo de la causal para contratar estos servicios, sin embargo, sí deberá acreditar en el informe: i) La necesidad institucional de obtener servicios publicitarios, y; ii) La elección del medio de comunicación²¹.

En tal sentido, la causal no aplica para contratar a proveedores del mercado publicitario distintos a los medios de comunicación, como por ejemplo, son las agencias que producen publicidad a ser difundida en los medios, o empresas de marketing, etc.

8. LOS SERVICIOS DE SEGUROS PARA REPRESENTANTES DEL CONGRESO Y OTROS FUNCIONARIOS COMO SERVICIOS PERSONALÍSIMOS

Al igual que el caso anterior, la normativa reglamentaria se ha preocupado de calificar como servicios personalísimos, los servicios de seguros de vida,

²⁰ Exposición de Motivos del Proyecto de Reglamento de la Ley N° 26850, publicado en el Diario Oficial El Peruano, en su edición del 29 de octubre de 2000 (Separata especial).

²¹ Respecto a la elección del medio de comunicación, la entidad tiene el deber de transparentar los criterios de selección de los medios publicitarios, y, existe la preferencia de elegir a los programas cuyos contenidos contribuyan a la elevación del nivel educativo, cultural y moral de la población, así como la identidad nacional. (Art. 49 y ss, Ley N° 28278).

accidentes personales y enfermedades para los representantes del Congreso, y los demás funcionarios incluidos en el Decreto de Urgencia N° 126-2001.

RESUMEN

La exoneración por servicios personalísimos procede cuando exista la necesidad de proveerse de servicios especializados, profesionales, artísticos, científicos, o tecnológicos, con una persona natural o jurídica notoriamente especializadas, siempre que su destreza, habilidad, experiencia particular y/o conocimientos evidenciados, apreciados de manera objetiva, le permitan sustentar de manera razonable e indiscutible su adecuación para satisfacer la complejidad del objeto contractual y haga inviable la comparación con otros potenciales proveedores.

Para su acogimiento se requiere la concurrencia de elementos referidos al objeto contractual, al proveedor del servicio y a la entidad contratante:

Los elementos referidos al objeto contractual son los siguientes:

- Que la entidad requiera una prestación de servicios.
- Que se trate de un servicio especializado;
- Que el servicio sea de índole profesional, artístico, científico o tecnológico; y,
- Que el servicio atienda necesidades complejas de la entidad.

Los elementos referidos al prestador del servicio, son los siguientes:

- Que el postor tenga la habilitación necesaria;
- Que el postor posea especialidad en la prestación del servicio requerido;
- Que la calificación se evidencie por la destreza, habilidad, experiencia particular y/o conocimientos del prestador;
- Que su especialidad sea notoria; y;
- Que su notoria especialización corresponda con la complejidad del objeto contractual.

El elemento referido a la entidad contratante, es la apreciación objetiva acerca de la inviabilidad de la comparación con otros potenciales postores, en función al cumplimiento de los elementos referidos.

ACTIVIDADES

- ¿La contratación por servicios personalísimos puede aplicarse a personas jurídicas?
- ¿La causal de servicios personalísimos puede ser aplicable para contratar servicios complementarios?
- ¿El reconocimiento público o la tenencia de títulos profesionales es calificativo a tener en cuenta para esta exoneración?
- ¿La antigüedad en la prestación del mismo servicio a la entidad es causal de esta exoneración?

V. PROCEDIMIENTO EXONERATORIO

1. ASPECTOS GENERALES

Nuestro ordenamiento ha establecido un procedimiento administrativo especial para que pueda conformarse válidamente la decisión administrativa del acogimiento a la exoneración y la consiguiente dispensa de los procedimientos de libre concurrencia. Previos a ellos, existen otros actos propios de la gestión logística que son indispensables (surgimiento de la necesidad, indagación de fuentes de suministro, estudio de mercado, definición de valor referencial, e identificación de la probable causal de exoneración, etc.), pero que propiamente no constituye la exteriorización de la voluntad exoneratoria, sino solo actuaciones preparatorias.

Este procedimiento, al que denominaremos “*procedimiento exoneratorio*” está conformado por diversas actuaciones administrativas previas y posteriores a la decisión misma, las cuales se agregan sucesivamente y con contenidos conformes, para que el Estado válidamente pueda declararse liberado de la exigencia constitucional de los procesos de libre concurrencia.

Pero estas actuaciones administrativas no sólo sirven como un cauce generador y ordenador de la decisión, sino también como un mecanismo de control interno, donde a través de la motivación, la legalidad y corrección de las diversas autoridades que participan en ella, se puedan controlar y disipar las pretensiones ilegales de proceder con favorecimientos, precipitaciones indebidas o cualquier desborde de la potestad administrativa en la ponderación de las circunstancias y condiciones (desvío de poder).

Este procedimiento administrativo está compuesto de los siguientes momentos o fases sucesivas:

- a) **Autoritativo:** que es el momento en que la voluntad administrativa va a ser preparada y aprobada. Por su naturaleza y lógica ha de ser ascendente:

provenir de las instancias técnicas inferiores y ascender hacia los niveles administrativos superiores en búsqueda de la aprobación, y nunca a la inversa. Al respecto **M. M. Diez**²², afirma con razón que:

“La contratación directa tiene que estar precedida de una fundamentación que demuestre que existe la causal de excepción, ya que no basta su mera invocación”.

En este mismo sentido, manifiesta **MARIENHOFF**:

“(…) a fin de mantener la moralidad y de eficiencia, el uso de dicho sistema de contratación es conveniente someterlo a dos tipos de control preventivo: uno a priori, vgr. dictamen de un órgano consultivo, que aconsejaría acerca de la oportunidad y procedencia de ese sistema de contratación en el caso concreto, y otro “a posteriori”, vgr., necesidad de que el contrato sea aprobado por un órgano superior de la Administración”²³.

- b) **Transmisión**: que es la fase donde la voluntad adquiere eficacia frente a la Administración, y a terceros; además es comunicada, para fines de control selectivo, a determinados organismos con facultades de revisión.

Nuestro ordenamiento siguiendo estos criterios ha establecido un procedimiento donde concurren varios controles internos previos a la decisión de acogimiento a la causal exoneratoria, sin perjuicio del cumplimiento de las exigencias previas a éstas conforme al procedimiento regular²⁴.

2. FASE AUTORITATIVA DEL ACOGIMIENTO A LA CAUSAL DE EXONERACION

La primera fase del procedimiento está constituida por dos actos fundamentales que la Administración realiza para concretar su voluntad de exonerarse: i) La sustentación en dictamen técnico legal interno favorable; y, ii) La aprobación calificada del acogimiento a cargo de la autoridad superior²⁵.

2.1. La Sustentación en dictamen técnico y legal previo favorable

Las resoluciones o acuerdos que aprueben la exoneración de los procesos de selección, al amparo de las causales contenidas en éste requieren obligatoriamente uno o más informes previos que contengan la justificación técnica y legal de la procedencia y necesidad de la aplicación de la causal. Dicho (s) informe (s) deberá ser emitido por las áreas técnica y de asesoría jurídica de la Entidad, previamente a la aprobación del acuerdo exoneratorio.

Entendiendo que la sustentación de esta acción debe ser preparada previamente por los especialistas permanentes de la entidad (Asesoría Jurídica

²² M M. Diez; “Derecho Administrativo”, T. III, p. 129.

²³ MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A Contratos Administrativos, 288.

²⁴ Incluso para la contratación directa es necesario contar con la fase precontractual de planificación de la contratación, indagación de fuentes de suministro, establecimiento de los términos de referencia que clarifiquen lo que se quiere adquirir y sus características esenciales.

²⁵ Excepcionalmente en el caso de la exoneración por causal de secreto, secreto militar u orden interno, es requerido un elemento adicional: el Informe previo externo favorable de la Contraloría General de la República.

y Área de Logística), un aspecto práctico importante a dilucidar es qué entender por un “informe técnico-legal”. ¿Se trata de un informe unitario de ambas áreas? ¿Un informe por cada área asumiendo sus responsabilidades propias por los hechos y competencia profesional? ¿Dos informes sucesivos? ¿Uno primero del área técnica, y luego el legal que asume los hechos técnicos expuestos por el primero y los califica jurídicamente? La nueva regulación no ha adoptado una posición definitoria sobre el particular, pues se ha limitado a declarar que pueden ser uno o más informes previos. Por tanto, resultará siempre viable que se trate de un informe técnico y de un informe legal, cada uno formulado por la instancias especializadas de la entidad (La Oficina de Administración o de Logística, y la Asesoría Legal, respectivamente).

De manera general, puede establecerse que el informe técnico debe satisfacer los siguientes temas: justificación legal de la adquisición (correspondencia con el PIA, el Plan de Adquisiciones, etc.), el estudio de mercado, la necesidad de la exoneración y los criterios y principios aplicables. Por su parte la formulación del informe legal para este efecto debe responder a los deberes de veracidad, compromiso con la veracidad, imparcialidad técnica, y lealtad con los intereses permanentes del servicio público. Además de ello, debe contener conclusiones expresas y claras sobre todas las cuestiones planteadas o que surjan de los antecedentes en conocimiento, evitarse fórmulas generales, y evitar generalizar situaciones de excepcionalidad²⁶.

De modo sucinto podemos referir que el contenido de los informes técnico legales a emitirse deben satisfacer comprobadamente la existencia de cada una de las condiciones legales para la aplicación de la causal de la exoneración.

2.2. Aprobación calificada

2.2.1. Competencia legal

La competencia legal para aprobar el acogimiento a alguna causal de exoneración radica, de manera indelegable, en las instancias máximas de decisión institucional conforme al siguiente detalle:

1. Entidades que constituyen pliegos presupuestales (ministerios, organismos constitucionalmente autónomos, organismos públicos descentralizados): Resolución del Titular del Pliego.
2. Empresas del Estado: Acuerdo del Directorio.
3. Gobiernos Regionales: Acuerdo del Consejo Regional.
4. Gobierno Local (provincial o distrital): Acuerdo de Consejo.

2.2.2. Contenido indispensable del acto de acogimiento

Ahora bien, el contenido necesario de la parte resolutive de este Acuerdo o Resolución aprobatoria será el siguiente:

- La aprobación expresa y precisa del acogimiento a alguna de las causales prevista en la Ley. (numeral 6.1. Directiva N° 11-2001-CONSUCODE/PRE).

²⁶ NTCI 700-08 Asesoramiento especializado a las autoridades públicas).

- La autorización a las instancias administrativas para que emplee la modalidad de contratación directa, en vez de la que hubiese correspondido conforme a su monto o naturaleza. Debe recordarse que este acto administrativo no constituye la aprobación de la operación en sí, ni del contrato, lo único a que se refiere es autorizar el cambio de modalidad.
- La determinación, en su caso, de la dependencia u órgano que se encargará de realizar la adquisición o contratación exonerada, de acuerdo al monto, complejidad, envergadura o sofisticación. (Art. 148 del TUO del Reglamento).
- La determinación del tipo del bien, servicio u obra materia de la exoneración, y su descripción básica. (numeral 6.5. Directiva N° 11-2001-CONSUCODE/PRE).
- El valor referencial de la adquisición. (expresado en términos claros y precisos y no solamente referenciales). (numeral 6.5. Directiva N° 11-2001-CONSUCODE/PRE).
- La fuente de financiamiento. (numeral 6.5. Directiva N° 11-2001-CONSUCODE/PRE).
- La cantidad o el tiempo que se requiere adquirir o contratar mediante exoneración. (indispensable en caso de exoneración por desabastecimiento inminente y emergencias). (numeral 6.5. Directiva N° 11-2001-CONSUCODE/PRE).

2.2.3. Carácter irrecurrible del acto de acogimiento

Por aplicación del artículo 150 del TUO del Reglamento, se ha consagrado el carácter no impugnabile en la vía administrativa de la decisión institucional de acogerse a alguna causal de exoneración. En aplicación de esta norma, ningún agente del mercado podría pretender interponer un recurso de apelación, o de revisión ante el CONSUCODE, contra este tipo de decisiones institucional, pues –en puridad- carecen de un interés legítimo, directo, e inmediato que pueda verse afectado con la contratación directa.

El Tribunal de CONSUCODE ha establecido que no corresponde aplicar las técnicas de impugnación contra estos actos, en la medida que no ha existido proceso de selección alguno que otorgue legitimidad a algún agente del mercado (potencial postor) para afirmar que se afectan directamente sus intereses, derechos u obligaciones particulares²⁷.

No obstante, la decisión pese a ser irrecurrible por los administrados directamente, sí es susceptible de ser controlada en sede administrativa aun, a través de los mecanismos del propio CONSUCODE (acción de monitoreo) y, la fiscalización posterior a cargo del Sistema Nacional de Control.

2.3. La prohibición de aprobación de exoneraciones en vía de regularización

El artículo 20° del TUO de Ley se ha cuidado de prohibir expresamente que se puedan aprobar exoneraciones en vía de regularización (salvo la situación

²⁷ Resolución N° 643/2004-TC-SU de 12.OCT.2004.

de emergencia, en la que la autorización es connaturalmente a posteriori de la adquisición).

Con esta disposición se proscriben aquellos casos en los cuales una entidad organiza un proceso de exoneración o adopta la decisión exoneratoria, a *posteriori* de haber establecido el vínculo contractual, o iniciado la prestación con el proveedor preferido. En este caso, la entidad ha elegido o concertado directamente y sin autorización oficial, con un postor, e incluso puede que le haya empezado a prestar servicios, entregar los bienes, o construir la obra, y a *posteriori* organiza el proceso de selección para “regularizar” la concertación ya realizada. Aquí, la Administración ha procedido previamente de manera irregular, al concertar informalmente con su proveedor, para luego proceder a su contratación, léase adaptar las Bases, invitarlo a postular, y a evaluar la calidad de sus propuestas técnica y económica. En este caso, indudablemente nos encontramos frente a un acuerdo clandestino que es formalizado a *posteriori*, por lo que entraña un desvío de poder.

3. FASE DE TRASMISIÓN DEL ACOGIMIENTO A LA CAUSAL DE EXONERACIÓN

3.1. Publicación de la decisión de exoneración en el diario oficial El Peruano. (Salvo adquisiciones de secreto militar y contratación de servicios públicos)

La publicidad también encuentra su lugar en la contratación directa, como medio para que la actuación gubernativa sea clara, manifiesta y sujeta a la libre crítica de cualquier interesado. Se trata de una necesidad de darle publicidad al acto a modo de búsqueda de transparencia y no de una formalidad esencial para la existencia del acto, por lo que desde que es autorizada la acción, la Administración puede ejecutar los actos internos orientados a la adquisición.

Como se ha dicho, la exigencia adicional de publicación del acto aprobatorio busca reforzar la transparencia de proceso, a la vez que activa las posibilidades de control externo y social sobre la gestión contractual del Estado. Por ejemplo, a partir de la información transparentada suelen actuar de oficio las acciones de supervisión, monitoreo y control de la Contraloría General de la República, CONSUCODE e incluso activarse los mecanismos de fiscalización y veeduría ciudadana.

Las resoluciones o acuerdos que aprueben las exoneraciones de los procesos de selección conforme a este artículo, salvo las previstas en los casos de servicios públicos sujetos a tarifas y de secreto militar, son publicados en el Diario Oficial El Peruano dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su emisión o adopción, según corresponda.

La inobservancia de este deber no acarrea la nulidad del proceso ni del contrato, sino sólo la asunción de responsabilidad de los encargados de cumplir el encargo.

A partir de su instalación, el acto de dispensa también deberá publicitarse en el SEACE que administra el CONSUCODE (Art. 147 del TUO del reglamento).

3.2. Comunicación a la Contraloría General de la República

Copia del informe técnico legal y de la resolución aprobatoria se enviará a la Contraloría General de la República dentro de los diez días calendarios siguientes, para su revisión selectiva posterior. Tienen un carácter informativo y no convalidante ya que la presentación de información ante la Contraloría General de la República no convalida los actos o acciones que no se ciñan a la normativa vigente, por corresponder a las autoridades de las respectivas entidades, dentro de su proceso de control interno, supervisar previa, concurrente y posteriormente la legalidad de los actos que se informan.

Es claro que el objetivo es transferir suficiente información al organismo superior de control, a fin de que analice si los hechos y circunstancias que determinaron tal acogimiento corresponden a los requisitos previstos legalmente, y de no serlo, disponer la incoación de responsabilidades consiguientes. Por ello, la información que las entidades presentan, permite mantener actualizada la base de datos institucional para la planificación de auditorías y otras actividades de control posterior que se llevan a cabo en forma selectiva por el Sistema Nacional de Control.

La remisión de la información será de responsabilidad institucional del funcionario de mayor nivel jerárquico en las entidades o empresas del Estado, a quien hace referencia el inciso b) del Artículo 4º del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones.

La actual directiva de la Contraloría General de la República para organizar la presentación de información está aprobada por la Resolución de Contraloría N° 042-2001-CG y se denomina “Información que las Entidades deben Remitir a la Contraloría General de la República con relación a Contrataciones y Adquisiciones del Estado”. Dicho documento establece que las entidades deben remitir dentro de los diez días calendarios siguientes a la fecha de su aprobación, lo siguiente:

- a) Copia de la Resolución del Titular del Pliego Presupuestario o Titular de la Entidad y en su caso, del Acuerdo de Directorio o Concejo Municipal, con que se aprueba la adquisición con exoneración de Licitación, Concurso Público o Adjudicación Directa.
- b) Copia del Informe técnico- legal sustentatorio de la exoneración materia de aprobación.
- c) Formato de datos que la propia Directiva establece.

En el caso de procesos de selección exonerados con carácter de secreto militar o de orden interno, igualmente deberán ser presentadas por el Ministerio de Defensa o el Ministerio del Interior respectivamente, sin perjuicio de aquella que deba presentarse para fines de obtener la opinión previa de la Contraloría General de la República, en los casos a que se

refieren el Artículo 19º inciso d) del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Artículo 109º de su Reglamento.

3.3. Comunicación a CONSUCODE

Dentro de los diez días hábiles siguientes, la entidad también deberá entregar copia del Acuerdo o resolución exoneratoria y de los informes técnicos y legales que le justifican al CONSUCODE.

Sin perjuicio de la comunicación que deberá efectuarse a CONSUCODE, la entidad debe ingresar la información de la exoneración, al SEACE, conforme a las indicaciones que se dicten al respecto.

3.4. Otros mecanismos de publicidad específicos

i. Publicación de contratos de publicidad

En el caso de los servicios de publicidad contratados por las entidades, éstas tienen el deber de publicar en la página web institucional, los contratos suscritos con los medios de comunicación, las tarifas a las que están sujetos, la duración de los espacios contratados, los criterios de selección y otros que se consideren necesarios (Art. 50, Ley N° 28278).

ii. Publicación en la página web de la entidad (aplicable a empresas del Estado)

Por Resolución de Dirección Ejecutiva N° 065-2004/DE-FONAFE, fue aprobada la “Directiva de Transparencia en la Gestión de las Empresas Bajo el Ambito de Fonafe”, que dispone expresamente la publicación de los Acuerdos de Directorio que aprueben acogerse a una exoneración, entre otra información específica en materia de contrataciones y adquisiciones. (numeral 3.9.2.)

Conforme a ella, las empresas deberán publicar en sus respectivas páginas Web, con una actualización trimestral, dentro de los 20 días calendario siguientes de concluido el trimestre, por cada proceso efectuado por exoneración:

- 1) Código del bien o servicio.
- 2) Descripción del bien o servicio.
- 3) Datos del ganador de la buena pro: Nombre, RUC, indicando si es PYME o no.
- 4) Valor referencial.
- 5) Monto adjudicado.
- 6) Detallar la causal de la exoneración.

4. LA CONTRATACIÓN DIRECTA ESTRICTO SENSU

Conforme los diversos aspectos comentados con anterioridad, la intención del Legislador al establecer los supuestos de exoneración es facilitar la celeridad en la toma de decisiones contractuales ante circunstancias de facto que así lo hacen

aconsejable, pero preservando márgenes razonables de transparencia, y racionalidad, que aseguren que las acciones administrativas de contratación cumplan los fines del sistema de contrataciones público, de “garantizar que las entidades obtengan bienes, servicios, y obras de la calidad requerida, en forma oportuna y a precios o costos adecuados” (Artículo 3 *in fine* del Texto Único Ordenado).

Dentro de este marco, la contratación directa es la que la Administración pública realiza con determinada persona, física o jurídica, que ella ha seleccionado discrecionalmente, sobre las bases de la contratación a realizarse. En ese sentido, aquí la Administración cuenta con gran margen de libertad para seleccionar a su contratante, liberándose del automatismo en la decisión que caracteriza a los otros procesos adquisitivos.

Conforme al artículo 20 del TUO de la Ley y artículo 148 de su Reglamento, el procedimiento a seguir en las contrataciones exoneradas será realizada “en forma directa, mediante acciones inmediatas, requiriendo invitar a un solo proveedor, cuya propuesta cumpla con las características y condiciones establecidas en las Bases, la misma que podrá ser obtenida, por cualquier medio de comunicación, incluyéndose el facsímile y el correo electrónico”.

La contratación directa, como el proceso adquisitivo que genera mayor discrecionalidad a los operadores administrativos, debe ser ejecutada con extrema cautela, observando siempre la objetividad y transparencia de las acciones para hacerlas irreprochables y evaluables permanentemente.

En ningún otro procedimiento se encuentra el funcionario tan cerca de la tentación de la arbitrariedad y del subjetivismo como en éste, por lo que debe tenerse presente como afirma **ESCOLA** que “*las contrataciones directas mal efectuadas y con resultados perjudiciales para el interés público generan sospechas y suspicacias, que toda administración pública debe evitar, además de exponer un panorama gravoso de ineficiencia administrativa*”²⁸.

A este efecto, el proceso de selección se concreta en las siguientes acciones:

1. Acción adquisitiva inmediata

La norma exime de la formalidad de las convocatorias e invitaciones formales, dado que por las circunstancias comprobadas de excepción, se requiere una acción adquisitiva inmediata de las áreas de logística de la entidad, que conlleven del modo más expeditivo a identificar el proveedor idóneo conforme con las bases. Es aconsejable, por tanto, proceder a la selección preferente bajo los criterios de idoneidad técnica, concordancia en el giro empresarial, récord de servicios anteriores, etc.

Abre un margen de discrecionalidad importante pero que debe ser ejercido responsablemente y siguiendo los principios de transparencia y moralidad. Conforme establece **ESCOLA**²⁹:

²⁸ ESCOLA, Héctor; op. cit., p. 362.

²⁹ ESCOLA, Héctor; op. cit., p. 362.

“La administración pública, como se ha dicho, puede dirigirse en la contratación directa a la persona que considere más idónea y competente para cumplir el contrato de que se trate, pero esta libertad no es absoluta, (...) esa elección debe hacerse seleccionando a la persona o empresa que en virtud de sus antecedentes, solvencia técnica y financiera, aparezca como la más apta. La administración no puede dirigirse a cualquiera, sino a quien fundadamente crea mejor”.

La inmediatez inherente a esta contratación hace innecesario notificar de la convocatoria y resultados, tanto a Prompyme como a CONSUCODE (Acuerdo N° 016/013 de 29.09.2003), o requerir la presencia de notario público.

2. Obtención de una cotización concordante con las bases

La característica de la contratación directa es que la entidad pública elige directamente al contratista, sin someterlo a oposición o puja, actuando tal cual un particular procede. Pero la elección no puede ser arbitraria ni ilegal, como puede suceder si recae en quienes poseen impedimento para ser contratista, le es incompatible el contrato, o tiene inhabilidad para el efecto.

La autorización para la Administración es para dirigirse libremente a quien juzgue conveniente, dentro de criterios de razonabilidad y transparencia y solicitarle una oferta de contrato conforme a sus términos de referencia, la cual será evaluada y de ser conforme, adjudicado el contrato³⁰.

Es esencial, la conformidad de la cotización con las bases que sirvieron de antecedente al proceso, *“esto hace que aun en los supuestos de contratación directa, el contrato administrativo mantenga sus características de contrato de adhesión, aun cuando la administración pública admita variantes que no afecten el objeto del contrato”*^{31 32}.

La contratación directa, dado que no exige oposición o concurrencia sino al contrario las excluye, es un sistema que carece del automatismo que caracteriza a la licitación pública, por el cual la Administración queda vinculada de un lado a la voluntariedad de los postores que deseen concurrir y luego por la conveniencia o no de la oferta que planteen. En este caso al contrario, la Administración ostenta la libertad para identificar a su posible contratista, quedando sólo sujeta al deber de motivar y explicar las razones de su elección.

Obviamente si la cotización no se adecuara a las bases, existe el deber de desestimarla y proveerse de otra cotización³³. A diferencia de otras legislaciones, la nuestra no autoriza a negociar los términos contractuales con el proveedor, lo cual consideramos no aplicable a nuestros procesos adquisitivos.

³⁰ DROMI, “Derecho Administrativo”, p. 323.

³¹ ESCOLA, op. cit., p. 362.

³² Desde otra perspectiva, pero acertadamente MONEDERO afirma que “la libertad contractual del órgano en estos casos queda frenada además, en el cuadro de condiciones económico-administrativas que ha de regir su operación”. MONEDERO GIL, José Ignacio; “Doctrina del Contrato del Estado”, p. 342.

³³ MARIENHOFF, Miguel; op. cit., p. 293.

Debe tenerse presente que en el caso de exoneraciones declarada por emergencia, las MYPE descentralizadas tienen preferencia para ser invitadas a cotizar en estos procesos (Art. 17º, Ley 28304).

3. Evaluación de la oferta

La evaluación de la oferta debe ser realizada por la autoridad competente, siguiendo los criterios de la ley y de las bases, de tal modo de verificar su adecuación al interés público. Aun en esta modalidad contractual la Administración pese a su libertad de selección inicial, queda sujeta al deber de rechazar la oferta de contratación directa por precio, calidad o condición inconveniente, y vinculado al criterio de adjudicar a la mejor oferta³⁴.

4. Suscripción del documento contractual

Los contratos que se celebren como consecuencia de las exoneraciones señaladas en el párrafo anterior deben cumplir con los respectivos requisitos, condiciones, formalidades y garantías regulares. En tal sentido, la selección del contratista mediante vía directa, no implica cambiar las exigencias contractuales (reglas para adelantos, garantías aplicables a la ejecución contractual, etc.) que legítimamente le corresponderían al contrato según su monto y naturaleza.

5. FASE DE CONTROL POSTERIOR A LA EXONERACIÓN

5.1. Control interno como actividad: Balance anual de exoneraciones

Finalmente, cada entidad debe realizar al final del periodo presupuestal un balance anual comparando el presupuesto total ejecutado en materia de contrataciones, discriminando la cantidad ejecutada mediante procedimientos de libre concurrencia (licitación pública, concurso público y adjudicación directa de menor cuantía ordinaria) y aquellos ejecutados mediante causales de exoneración.

Esta comparación se hace con el objetivo de establecer si se ha cumplido la naturaleza excepcional de la contratación directa y el carácter de regla general, de las fórmulas de libre concurrencia. Las apreciaciones que se extraigan de este análisis, deben retroalimentar los planes anuales futuros o introducir las modificaciones que sean necesarias en la gestión logística para mejorar su adecuación³⁵.

5.2. Monitoreo externo a cargo de CONSUCODE

Corresponde a la Gerencia Técnico Normativa del CONSUCODE emitir opinión sobre los casos de exoneraciones a los procesos de selección y en consecuencia, de advertirse alguna irregularidad, poner en conocimiento de

³⁴ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, p. 323.

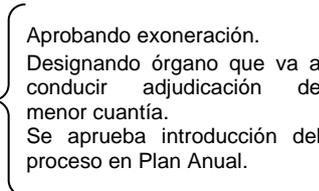
³⁵ Norma Técnica de Control Interno, 700-07, aprobada por Resolución de Contraloría N° 123-2000-CG.

la Contraloría General de la República algún indicio de incompetencia, negligencia, corrupción, o inmoralidad (Art. 56 del ROF de CONSUCODE).

5.3. Control Posterior Externo a cargo de la Contraloría General de la República

Confirme a sus atribuciones constitucionales y legales, el Sistema Nacional de Control, conformado por la Contraloría General de la República y sus Órganos de Control Institucional, realizan las acciones de control posterior de manera selectiva, para apreciar la corrección, eficacia, y eficiencia con que los procesos de adquisiciones han sido llevados a cabo por las entidades.

TRAMITACIÓN DE LAS EXONERACIONES – ESQUEMA GENERAL

Dependencia usuaria (Cualquier Oficina de la Entidad)	1) Surgimiento de la necesidad. PE: La Oficina de Personal requiere una computadora. 2) Remite requerimiento a dependencia encargada de las adquisiciones y contrataciones de la Entidad (en adelante dependencia encargada. PE: La Gerencia de Administración).
Dependencia encargada (Área de Administ/Logística)	3) Elabora la indagación de mercado y define valor referencial. 4) Determina aparente causal de exoneración. 5) Solicita informes técnico y legal a las áreas respectivas.
Entidad técnica de la Entidad	6) Elabora el informe técnico. PE: la Oficina de Informática
Área legal de la Entidad	7) Elabora el informe legal. PE: La Oficina de Asesoría Jurídica. Ambas oficinas remiten los informes técnico y legal a la dependencia encargada.
Dependencia encargada	8) Solicita aprobación de exoneración e inclusión de la adquisición o contratación en el Plan Anual (si no ha sido programada).
- Titular del Pliego (en entidades públicas) - Directorio (en empresas públicas) - Consejo Municipal (en municipalidades)	9) Consulta acerca de disponibilidad presupuestaria. 10) Expide resolución o acuerdo  11) Ordena publicación en El Peruano la resolución o acuerdo que aprueba la exoneración. 12) Ordena remisión a la Contraloría General de la República el informe técnico legal y la resolución o acuerdo que aprueba la exoneración. 13) Remite expediente de la exoneración al órgano encargado de
Dependencia Encargada o Comité Especial	14) Elabora las Bases de la adjudicación de menor cuantía. 15) Remite las Bases para su aprobación.
- Titular del Pliego - Directorio - Concejo Municipal	16) Aprueba las Bases mediante Resoluciones o Acuerdos, según sea el caso.
Dependencia Encargada o Comité Especial	17) Efectúa la invitación a un solo proveedor pudiendo invitarse a Otros proveedores más.
Proveedor invitado	18) Alcanza propuesta.
Dependencia Encargada o Comité Especial	19) Otorga la buena pro

VI. SÍNTESIS

1. El régimen de las exoneraciones, reúne una serie de circunstancias y eventos reales, calificado por el Legislador Nacional para autorizar –de manera uniforme- a todas las entidades públicas a eximirse de su deber constitucional y legal de seguir el procedimiento de licitación o concurso público para contratar toda obra, servicio o adquisición de bienes, y proceder a contratarlos directamente, siguiendo los principios de la contratación administrativa.
2. La calificación efectuada por el Legislador Nacional de las circunstancias que ameritan la exoneración se funda en los factores: i) La inviabilidad de la concurrencia abierta por imposibilidad (jurídica o fáctica) de competencia (por ejemplo, la contratación de prestadores de servicios públicos sujetos a tarifas únicas, la adquisición de bienes que sólo puede ofrecer el fabricante o quien tiene un título de exclusividad, o contratar *in tuito personae* a determinado artista o autor literario; y, ii) La inconveniencia administrativa de la concurrencia abierta, (por ejemplo, las contrataciones entre entidades administrativas, las adquisiciones ante situaciones de emergencia, contratos de secreto nacional, etc.).
3. Las condiciones exigidas legalmente para el acogimiento a la causal de urgencia son: i) Una ausencia concreta de bienes, servicios u obras necesarias; ii) La ausencia del bien, servicio u obra debe ser extraordinaria; iii) La ausencia del bien, servicio u obra debe ser imprevisible, y; iv) Que el efecto razonable de la ausencia sea comprometer directa y de modo inminente los servicios esenciales u operaciones productivas de la entidad.
4. Las condiciones exigidas legalmente para el acogimiento a la causal de emergencia son: i) Una situación fáctica contingente: acontecimientos catastróficos, situaciones de grave peligro, o necesidades de la defensa nacional; y, ii) La competencia institucional para actuar en contra de la emergencia.
5. Las condiciones exigidas legalmente para el acogimiento a la causal de servicios públicos sujetos a tarifas son: i) Que la prestación sea de servicios públicos calificados como tales; y, ii) Que estos servicios públicos deben estar sujetos a tarifas únicas aprobadas ante un organismo regulador.
6. Las condiciones exigidas legalmente para el acogimiento a la causal de servicios personalísimos: i) Fundamentar documentadamente la necesidad de la especialización para la prestación del servicio; ii) Que el contratista sea comprobadamente y de modo evidenciable un prestador especializado en razón de su destreza, habilidad, experiencia particular o saber técnico o científico; iii) Una apreciación objetiva de los antecedentes demostrativos de la capacidad especial y que acrediten la profesionalización del contratista y la adecuación de las aptitudes del proveedor a las necesidades objetivadas de antemano.
7. Las condiciones exigidas legalmente para acogerse a la causal de prórroga de contratos de arrendamientos de inmuebles, son las siguientes: i) Preexistencia de algún contrato de arrendamiento, concertado a través de un procedimiento en competencia abierta; ii) La entidad debe ocupar físicamente el inmueble objeto del contrato; iii) Que la renta a pactarse en la prórroga no se incremente en una tasa mayor al crecimiento del índice general de precios al por mayor; iv) Que el contrato

incluya una cláusula obligatoria de resolución unilateral a favor de la entidad, sin pago de indemnización por ningún concepto ni incluir opción de compra.

8. Las condiciones exigidas legalmente para acogerse a la causal de adquisiciones en el exterior son: i) Que la adquirente sea una Misión Diplomática en el Exterior (embajada, delegación, consulado, etc.); y, ii) Que los bienes, servicios u obras a adquirirse sean para empleo de la propia delegación.
9. Las condiciones exigidas legalmente para acogerse a la causal de adquisición de insumos son las siguientes: i) Debe tratarse de una empresa del Estado que tenga como giro la producción de bienes, y no la prestación de servicios; ii) El objeto del contrato exonerado debe versar sobre la obtención de insumos o de bienes intermedios para sus procesos productivos (equipos y maquinarias); iii) Los bienes a obtenerse deben corresponder al giro de la empresa; y, iv) La contratación debe hacerse a precios de mercado y no a precios meramente convencionales.
10. Las condiciones exigidas legalmente para acogerse a la causal de contratación interadministrativa son las siguientes: i) Cumplimiento de la restricción a la capacidad de las entidades públicas bajo forma empresarial para proveer bienes, servicios, u obras a otras entidades del propio Estado; ii) La exigencia de idoneidad económica de la prestación de bienes, servicios u obras; y, iii) La prestación personalísima a cargo de la entidad pública ofertante.
11. Las condiciones exigidas legalmente para acogerse a la causal de adquisición de bienes o servicios que no admitan sustitutos, son: i) Identificación objetiva de la existencia de un proveedor único; ii) Que la entidad necesite de esos bienes o servicios provistos en exclusividad; iii) Que la necesidad de bienes o servicios de la Administración no pueda ser satisfecha igualmente con otros artículos, objetos, o productos de distinta clase o análogos, o por otros prestadores de servicios.
12. Para el acogimiento a alguna de las causales, la ley exige que la entidad siga un procedimiento interno de aprobación que a la vez constituyen una sucesión de medios de control previo interno para veracidad y corrección de la decisión. Tales medios son: i) La sustentación en dictamen técnico legal interno favorable; ii) La aprobación expresa, calificada y previa de la autoridad superior; iii) La publicación de la decisión de la autoridad favorable al acogimiento en el diario oficial El Peruano; iv) La comunicación al Órgano de Control Externo del Estado.

CASOS PARA RESOLVER

CASO 1

Por el terremoto que acaba de producirse en el departamento de Moquegua, el Gobierno ha declarado el estado de emergencia correspondiente y como tal ha exonerado a las entidades públicas de la zona de los requisitos de licitación y concurso públicos para la reconstrucción de las zonas afectadas. En este contexto, el Director de Administración su Municipalidad, le propone al amparo de dicha exoneración realizar las contrataciones siguientes:

1. Adquirir papel continuo para los faxes e impresoras.
2. Comprar calaminas, cemento y ladrillo para ser donado en acciones cívicas.
3. Contratar servicios de teléfonos para mejorar las comunicaciones.
4. Contratar personal Asesor especializado en emergencias para el periodo presupuestal.
5. Compra de vehículos para los directivos de la municipalidad.

¿Cuál es su opinión respecto de la procedencia de cada una de estas propuestas?

CASO 2

La División de Administración del Municipio de Lima, ha decidido renovar los equipos de computadoras de la entidad. A este efecto, el jefe de sistemas le indica que la mejor marca en el mercado y que se adecuan a las necesidades de los sistemas preexistentes son los equipos IBM. Por ello, le ha dispuesto que usted elabore los términos de referencia necesarios para hacer posible esta adquisición. ¿Podría ser exonerada esta contratación?

VII. BIBLIOGRAFÍA

COMADIRA, Julio Rodolfo; *La Licitación Pública (Nociones, Principios, Cuestiones)*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2001.

CONSUCODE; *Manual Electrónico de Contrataciones del Estado. Adquisiciones de Menor Cuantía*, versión 2002.

DALLARI, Adilson Abreu; *Aspectos jurídicos da licitação*. Sexta Edición, Saraiva, 2003.

DROMI, Roberto; *Licitación pública*. Ediciones Ciudad Argentina, Segunda Edición. 1995.

ESCOBAR GIL, Rodrigo; *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*. Legis Editores S.A., Segunda Reimpresión, 2000.

ESCOLA, Héctor. *Tratado integral de los contratos administrativos*. Tomo I.

FARRANDO, Ismael (Director); *Contratos Administrativos*. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Primera Edición, 2001.

LOPES MEIRELLES, Hely; *Licitação e Contrato Administrativo*. Malheiros Editores. Decimotercera edición, 2002.

MONEDERO GIL, José Ignacio. *Doctrina del Contrato del Estado*.

MORON URBINA, Juan Carlos; *El procedimiento exoneratorio de la libre concurrencia en las adquisiciones y contrataciones del Estado*. Actualidad Jurídica, Tomo 95, Octubre 2001.

MORON URBINA, Juan Carlos; *La exoneración al principio de libre concurrencia en la contratación administrativa ¿elusión o necesidad?*; Actualidad Jurídica, Tomo 92, Julio 2001.

MUTIS VANEGAS, Andrés; y QUINTERO MUNERA, Andrés. *La contratación estatal: análisis y perspectivas*. Pontificia Universidad Javeriana y Fundación Social, Primera edición, Año 2000.

NIEBUHR, Joel de Menezes; *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. Editorial Dialéctica, Sao Pablo, 2003.

SAYAGUES LASO, Enrique; *La licitación pública*. Montevideo, Peña & Cia. Impresores.