

T.D.: 14553660

OPINIÓN N° 065-2019/DTN

Entidad: Municipalidad Distrital de Samuel Pastor

Asunto: Aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento durante la fase de ejecución contractual

Referencia: Oficio N° 084-2019-MDSP-GM recibido el 12.MAR.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de Samuel Pastor formula una consulta respecto a la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento durante la fase de ejecución contractual.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444 así como por el acápite 9 del Anexo N° 2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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

2. CONSULTA¹ Y ANÁLISIS

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas planteadas por la Entidad, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 89 del TUPA del OSCE, advirtiéndose que:

- La Consulta N° 2 no está referida a que este Organismo Técnico Especializado analice el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, toda vez que la misma está orientada a determinar si es posible declarar la nulidad en una situación en particular, y además no se encuentra vinculada con la Consulta N° 1; motivo por el cual, no será absuelta por este Organismo Técnico Especializado, pues ello excede la habilitación legal conferida a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.
- La Consulta N° 3 no está referida a que este Organismo Técnico Especializado analice el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, toda vez que la misma está orientada a determinar si es posible declarar la nulidad de un documento en particular, y además no se encuentra vinculada con la Consulta N° 1; por tanto, no será absuelta por este Organismo Técnico Especializado, pues ello excede la habilitación legal conferida a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.
- La Consulta N° 4 no está referida a que este Organismo Técnico Especializado analice el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, dado que la misma está orientada a determinar la validez y la aplicación de un documento específico emitido por un funcionario de la Entidad, y además no se encuentra vinculada con la Consulta N° 1; motivo por el cual, no será absuelta por este

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- **“Ley”** a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, vigente hasta el 29 de enero de 2019.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente hasta el 29 de enero de 2019.

La consulta formulada es la siguiente:

"¿Encontrándonos en la fase de ejecución contractual, resultan aplicables las normas del derecho administrativo general (contenidas en la Ley 27444) en prevalencia sobre la ley y reglamento de contrataciones del Estado?"

- 2.1. En primer lugar, es importante señalar que con la finalidad de lograr el mayor grado de eficacia en las contrataciones públicas -esto es, que las Entidades obtengan los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, al mejor precio y calidad, de forma oportuna- y en observancia de principios básicos que aseguren la transparencia en las transacciones, la imparcialidad de la Entidad, la libre concurrencia de proveedores, así como el trato justo e igualitario², el artículo 76 de la Constitución Política del Perú dispone que la contratación de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos se efectúe, obligatoriamente, por licitación o concurso, de acuerdo con los procedimientos y requisitos señalados mediante ley.

Al respecto, de conformidad con lo indicado en el numeral 19 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 020-2003-AI/TC, la Ley es la norma que desarrolla el citado precepto constitucional y, conjuntamente con el Reglamento y las demás normas de carácter complementario emitidas por el OSCE, constituye la normativa de contrataciones del Estado.

Así, el artículo 3 de la Ley delimita el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, teniendo en consideración dos criterios: uno subjetivo, referido a los sujetos que deben adecuar sus actuaciones a las

Organismo Técnico Especializado, pues ello excede la habilitación legal conferida a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.

- La Consulta N° 5 no está referida a que este Organismo Técnico Especializado analice el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, dado que la misma está orientada a determinar el alcance o la aplicación de documentos específicos emitidos por el asesor legal de la Entidad, y además no se encuentra vinculada con la Consulta N° 1; motivo por el cual, no será absuelta por este Organismo Técnico Especializado, pues ello excede la habilitación legal conferida a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.
- La Consulta N° 6 no está referida a que este Organismo Técnico Especializado analice el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, toda vez que la misma solicita determinar el grado de responsabilidad del asesor legal externo de la Entidad, y además no se encuentra vinculada con la Consulta N° 1; por tanto, no será absuelta por este Organismo Técnico Especializado, pues ello excede la habilitación legal conferida a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.

² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 020-2003-AI/TC.

disposiciones de dicha normativa; y otro objetivo, referido a las actuaciones que se encuentran bajo su ámbito.

En dicho marco, el artículo citado en el párrafo precedente establece, en el numeral 3.1, un listado de organismos que, bajo el término genérico de "Entidades", se encuentran en la obligación de aplicar la normativa de contrataciones del Estado; precisando, en su numeral 3.2, que las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional de Perú y los órganos desconcentrados tienen el mismo tratamiento que las referidas Entidades.

Por su parte, el numeral 3.3 del artículo 3 indica que la normativa de contrataciones del Estado se aplica a las contrataciones que deben realizar las Entidades, organismos y órganos señalados en los párrafos precedentes, así como otras organizaciones que, para proveerse de bienes, servicios u obras, asumen el pago de la contraprestación con fondos públicos.

De esta manera, las contrataciones que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado son aquellas que realizan los sujetos señalados en los numerales 3.1 y 3.2 del artículo 3 de la Ley, así como otras organizaciones que, para proveerse de los bienes, servicios u obras, efectúan el pago de la retribución correspondiente con cargo a fondos públicos.

- 2.2 En este punto, es importante resaltar que la Ley -que de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional es la norma que desarrolla el artículo 76 de la Constitución Política del Perú- en su Primera Disposición Complementaria Final establece que "La presente Ley y su reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables (...)" (El subrayado es agregado).

Por otro lado, la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento dispone que, en lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado.

A lo señalado debe agregarse que, mediante la Consulta Jurídica N° 17-2018-JUS/DGDNCR la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos ha precisado lo siguiente:

"55. El proceso de contratación, en general, consta de varias etapas, empezando por los actos preparatorios, el desarrollo del proceso de contratación y finalmente la ejecución del contrato. Durante los actos preparatorios, no hay ninguna relación especial de la administración hacia los ciudadanos, a quienes se les considera administrados. De igual manera, durante el desarrollo del proceso de contratación, los postores no cambian su estatus jurídico frente a la Administración, pues también son considerados como administrados.

56. Durante la etapa de ejecución contractual la relación jurídica se

desarrolla entre los proveedores del Estado y la entidad pública contratante. Estos proveedores del Estado ya no son considerados como administrados, sino que existe entre ellos y la entidad contratante una relación contractual, que se rige ya no por las normas del Procedimiento Administrativo General, sino por lo dispuesto, en primer lugar, en el contrato, luego, en las bases y términos de referencia y finalmente en las normas de contrataciones del Estado. Los proveedores del Estado no tienen la calidad de administrados ante la entidad contratante, por lo que las normas sustantivas aplicables a la relación jurídica contractual que se ha generado no son las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General. (...)."
(El subrayado y resaltado son agregados).

En relación con lo expuesto precedentemente, es importante diferenciar la forma cómo debe aplicarse las demás normas de derecho público y del derecho privado en la "fase de selección" y en la "fase de ejecución contractual":

- **En la fase de selección**³: Esta fase está compuesta por el desarrollo del procedimiento de selección, a través del cual los proveedores registran su participación, formulan sus consultas y observaciones, presentan sus ofertas e interponen un recurso de apelación, de ser el caso; éstos proveedores son considerados administrados⁴.

En ese sentido, considerando que la normativa de contrataciones del Estado regula de forma especial⁵ la gestión de abastecimiento en el sector público, y en aplicación de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley, la Ley y el Reglamento **prevalecen** sobre la Ley N° 27444 "Ley del Procedimiento Administrativo General"⁶ (LPAG), **en el caso que las referidas normas establezcan disposiciones contradictorias o alternativas para una misma situación.**

³ Debe tenerse en cuenta que -conforme a la Opinión N° 050-2019/DTN- la fase de selección comprende las siguientes actividades: Los procedimientos de selección y métodos de contratación, mecanismos de solución de controversias durante el procedimiento de selección y perfeccionamiento del contrato.

⁴ En concordancia con lo expuesto, el Anexo Único del Reglamento, Anexo de Definiciones, señala que el "***Procedimiento de Selección: Es un procedimiento administrativo especial conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos administrativos, que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las Entidades del Estado van a celebrar un contrato para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías o la ejecución de un obra.***"

⁵ RUBIO CORREA señala que "***La disposición especial prima sobre la general, lo que quiere decir que si dos normas con rango de ley establecen disposiciones contradictorias o alternativas pero una es aplicable a un espectro más general de situaciones y otra a un espectro más restringido primará esta sobre aquella en su campo específico.***" (El subrayado es agregado). RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, décima edición, Pág.137.

⁶ El artículo II del TUO de la Ley N° 27444 "Ley del Procedimiento Administrativo General" señala que ésta norma regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las Entidades de la administración pública.

No obstante, de conformidad con la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento, en lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado; por consiguiente, la aplicación supletoria⁷ de la LPAG en la fase de selección tiene la finalidad de suplir la falencia o vacío existente en la normativa de contrataciones del Estado, previo análisis de compatibilidad.

- **En la fase de ejecución contractual**⁸: Esta fase inicia una vez perfeccionado el contrato. Al respecto, debe señalarse que en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, un contrato es un acuerdo de voluntades a través del cual tanto la Entidad como el proveedor buscan satisfacer su respectivo interés; en este aspecto no existe mayor diferencia entre éstos contratos y los contratos entre privados, salvo por el hecho que la Entidad representa el interés público y, por tanto, goza de potestades especiales que le permiten, por ejemplo, ordenar la ejecución de prestaciones adicionales al contratista⁹.

En dicho marco, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto reglas específicas que se aplican a los contratos que suscriben las Entidades con los proveedores, dentro del ámbito de su aplicación, en el Capítulo IV del Título II de la Ley, "*El Contrato y su Ejecución*"¹⁰, y en el Título VI del Reglamento, "*Ejecución Contractual*". Estas disposiciones tienen por objeto regular las relaciones contractuales que se instauran entre las Entidades y los contratistas, hasta su culminación.

Ahora bien, como se ha mencionado en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley, tanto la Ley como el Reglamento prevalecen sobre las otras normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado (en este caso aquellas que regulan las relaciones jurídico patrimoniales) que le sean aplicables. Siendo ello así, las disposiciones de la Ley y el Reglamento que regulan la ejecución contractual prevalecen sobre lo dispuesto en una norma de carácter general como es el Código Civil.

Asimismo, toda vez que la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento señala que, en lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de

⁷ Entiéndase por supletoriedad la situación que implica la existencia de "(...) *la norma uno, a la que le corresponde regular un hecho pero no lo hace, denominada suplida, y a la norma dos, que sí contiene una regulación para tal hecho, llamada supletoria*", las que comúnmente se conectan o vinculan a través de una remisión. NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Lima: Ara Editores, año 1997, Pág. 131 y 132.

⁸ Debe tenerse en cuenta que -conforme a la Opinión N° 050-2019/DTN- la fase de ejecución contractual comprende las siguientes actividades: La gestión administrativa del contrato y los mecanismos de solución de controversias derivadas de la ejecución contractual.

⁹ Es lo que la doctrina conoce como facultades exorbitantes.

¹⁰ Al respecto, debe indicarse que el artículo 116 del Reglamento establece que el contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimientos de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.

aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado; la aplicación supletoria¹¹ del Código Civil¹² en la fase de ejecución contractual resultará necesaria con la finalidad de suplir la falencia o vacío existente en la normativa de contrataciones del Estado, previo análisis de compatibilidad.

Cabe precisar que la aplicación supletoria de normas de derecho público o de derecho privado a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado presupone realizar un análisis comparativo para determinar si estas normas resultan compatibles o no.

Sin perjuicio de lo expuesto, la supletoriedad del Código Civil a la ejecución contractual no afecta ni excluye -cuando corresponda- la aplicación de la LPAG a las actuaciones internas de las Entidades, previas a la toma de decisiones durante la etapa de ejecución contractual.

- 2.3. Por lo expuesto, atendiendo el tenor de la consulta, debe precisarse que las disposiciones que regulan la ejecución contractual tanto en la Ley como en el Reglamento **prevalecen** sobre las otras normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables.

3. CONCLUSIÓN

Las disposiciones que regulan la ejecución contractual tanto en la Ley como en el Reglamento prevalecen sobre las otras normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables.

Jesús María, 24 de abril de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

TAM.

¹¹ Entiéndase por supletoriedad la situación que implica la existencia de “(...) *la norma uno, a la que le corresponde regular un hecho pero no lo hace, denominada suplida, y a la norma dos, que sí contiene una regulación para tal hecho, llamada supletoria*”, las que comúnmente se conectan o vinculan a través de una remisión. NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Lima: Ara Editores, año 1997, Pág. 131 y 132.

¹² Este criterio ha sido desarrollado en la Opinión N° 107-2012/DTN, señalándose que **ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado que se ocupa de la ejecución contractual, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles**, y no a las disposiciones de la Ley N° 27444, pues estas resultarían incompatibles con la lógica contractual.