

OPINIÓN N° 072-2019/DTN

Entidad: David Bernabé Medina Aiquipa

Asunto: Fiscalización de la documentación presentada por los postores en el marco de un proceso de selección.

Referencia: Comunicación S/N recibida el 27.MAR.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Señor David Bernabé Medina Aiquipa formula varias consultas referidas a la fiscalización de la documentación presentada por los postores en el marco de un proceso de selección.

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, Ley N° 30225 (en adelante, la “Ley”), y el acápite 9 del Anexo N° 2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF (en adelante, el “Reglamento”).

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

2. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**Anterior Ley**” a la aprobada mediante Decreto Supremo N° 1017, vigente hasta el 8 de enero de 2016.
- “**Anterior Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, vigente hasta el 8 de enero de 2016.

Las consultas formuladas son las siguientes:

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 90 del TUPA del OSCE, “Consultas del Sector Privado o la Sociedad Civil sobre la normativa de contrataciones del Estado”, determinándose que la tercera, cuarta, quinta y sexta consulta no se encuentran vinculadas con aquellas que las preceden; por lo que, ante el incumplimiento del requisito previsto en el literal b) del numeral 1) del Procedimiento N° 90 del TUPA, dichas consultas no serán absueltas.

2.1 “¿Cuál fue el periodo de vigencia de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 1017 (LCE) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (RLCE)?” (Sic).

2.1.1 Al respecto, debe indicarse que de acuerdo con el Comunicado N° 001-2009/PRE, emitido por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE), la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, entraron en vigencia el **13 de febrero de 2009**², manteniendo dicha vigencia hasta el **8 de enero de 2016**.

Cabe precisar que durante este periodo de tiempo se emitieron las siguientes normas que modificaron dicho marco normativo.

- **Ley N° 29873.** Ley que modifica el Decreto Legislativo 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado (publicado el 1 de Junio del 2012).
- **Decreto Supremo N° 138-2012-EF**, que modifica el Decreto Supremo N° 184-2008-EF que aprueba el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (publicado el 7 de agosto del 2012).
- **Decreto Supremo N° 116-2013-EF**, que modifica el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (publicado el 7 de junio del 2013).
- **Decreto Supremo N° 080-2014-EF**, que modifica el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (publicado el 22 de abril del 2014); así como el **Decreto Supremo N° 081-2014-EF**, referido a su aplicación.
- **Decreto Supremo N° 261-2014-EF**, que modifica el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (publicado el 11 de setiembre del 2014)

2.1.2 Finalmente, es importante señalar que la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30225 (vigente a partir del 9 de enero de 2016) establece que "Los procedimientos de selección iniciados antes de la entrada en vigencia de la presente Ley se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria." (El subrayado es agregado).

De esta manera, la Ley N° 30225 establece una disposición transitoria que tiene por objeto que los procedimientos de selección iniciados antes de su entrada en vigencia, continúen rigiéndose por las normas vigentes al momento de su convocatoria; permitiéndose la aplicación ultractiva de la anterior Ley – aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017– y su anterior Reglamento – aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF–, siempre que se hubiera convocado el respectivo proceso de selección bajo dicho marco normativo.

² En dicha fecha también entro en vigencia el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2009-EF.

2.2 “¿La Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017 (LCE) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (RLCE) es aplicable a todos los tipos de procesos de selección de Obras Públicas?” (Sic).

2.2.1 Al respecto, debe indicarse que, con la finalidad de lograr el mayor grado de eficacia en las contrataciones públicas *-esto es que las Entidades obtuviesen los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, al mejor precio y calidad, de forma oportuna-* y la observancia de principios básicos que aseguren la transparencia en las transacciones, la imparcialidad de la Entidad, la libre concurrencia de proveedores, así como el trato justo e igualitario, el artículo 76 de la Constitución Política del Perú dispuso lo siguiente:

“Artículo 76.- Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.” (El subrayado es agregado).

Como puede apreciarse, la Constitución Política estableció que la contratación de bienes, servicios y obras con cargo a fondos públicos debía efectuarse, obligatoriamente, mediante los procedimientos que establezca la ley que desarrolla este precepto constitucional; es decir, la Ley de Contrataciones del Estado³.

2.2.2 Ahora bien, el artículo 3 de la anterior Ley delimitaba el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, teniendo en consideración dos criterios: Uno subjetivo, referido a los sujetos que debían adecuar sus actuaciones a las disposiciones de dicha normativa, y otro objetivo, referido a las actuaciones que se encontraban bajo su ámbito.

Así, el numeral 3.1 del artículo 3 de la anterior Ley establecía un listado de Entidades que se encontraban en la obligación de aplicar la anterior normativa de contrataciones del Estado. Por su parte, el numeral 3.2 del referido artículo establecía que la Ley se aplicaba a las contrataciones que realizaban las Entidades para proveerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago de la retribución correspondiente al contratista, con cargo a fondos públicos⁴.

³ Conjuntamente con el Reglamento y las demás disposiciones de nivel reglamentario emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

⁴ Según el artículo 15 de la Ley N° 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, son fondos públicos los ingresos de naturaleza tributaria, no tributaria o por financiamiento que sirven para financiar todos los gastos del Presupuesto del Sector Público. De manera complementaria, el Anexo - Glosario de Definiciones de la Ley N° 28112, precisa que fondos públicos son los recursos financieros del Sector Público que comprende a las entidades, organismos, instituciones y empresas. Finalmente, el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la

En este sentido, **se encontraban dentro del ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado las contrataciones realizadas por las Entidades señaladas en el numeral 3.1 del artículo 3 de la anterior Ley, por las cuales asumían la obligación de pagar al contratista una retribución pecuniaria con cargo a fondos públicos.**

- 2.2.3 En relación con lo anterior, es importante señalar que el artículo 3 del anterior Reglamento establecía que la Ley y su Reglamento se **aplicaban supletoriamente** "(...) *a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras sujetas a regímenes especiales bajo ley específica, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las normas específicas que las regulan y sirvan para cubrir un vacío o deficiencia de dichas normas.*" (El resaltado es agregado).

De esta manera, la anterior normativa de contrataciones del Estado resultaba de aplicación supletoria a aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que se sujetaran a un régimen especial de contratación –en concordancia con el artículo 76 de la Constitución y la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 020-2003-AI/TC, únicamente se podían crear regímenes especiales por ley-, siempre que esta aplicación supletoria no hubiese resultado incompatible con las normas específicas de dicho régimen.

Asimismo, cabe anotar que la aplicación supletoria de una norma implicaba un análisis de compatibilidad; esto era, realizar un análisis comparativo de la norma a ser suplida y de la norma supletoria, a efectos de determinar si sus naturalezas eran semejantes y, por tanto, compatibles⁵.

En ese sentido, la aplicación supletoria de alguna de las disposiciones de la anterior normativa de contrataciones del Estado a las disposiciones que regían un régimen especial de contratación, implicaba realizar un análisis comparativo entre ambas disposiciones, a efectos de determinar si resultaban compatibles y, en consecuencia, si procedía tal supletoriedad.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 La Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, estuvo vigente desde el 13 de febrero de 2009 hasta el 8 de enero de 2016.

Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado por Decreto Supremo N° 304-2012-EF, señala que los fondos públicos se orientan a la atención de los gastos que genere el cumplimiento de sus fines, independientemente de la fuente de financiamiento de donde provengan.

⁵ 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.

- 3.2 Para definir si una contratación se encontraba dentro del ámbito de aplicación de la anterior normativa de contrataciones del Estado *conformada por el Decreto Legislativo N° 1017 y el Decreto Supremo N° 184-2008-EF*, en primer lugar, debía analizarse si la misma reunía las características de una contratación pública, es decir, si se configuraba el ámbito objetivo y el subjetivo para la aplicación de dicha normativa; una vez hecho esto, correspondía determinar, además, si dicha contratación se encontraba incurso en alguno de los supuestos de inaplicación previstos en el numeral 3.3 del artículo 3 de la anterior Ley, o si se encontraba regulada por un régimen especial de contratación dispuesto por ley.
- 3.3 La anterior normativa de contrataciones del Estado *–conformada por el Decreto Legislativo N° 1017 y el Decreto Supremo N° 184-2008-EF–* resultaba de aplicación supletoria a aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que se sujetaran a un régimen especial de contratación, siempre que esta aplicación supletoria no hubiese resultado incompatible con las normas específicas de dicho régimen y sirviera para para cubrir un vacío o deficiencia de dichas normas.

Jesús María, 9 de mayo de 2019

CARLA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

RMPP.