

OPINIÓN N° 083-2020/DTN

Entidad: Provías Nacional

Asunto: Aplicación supletoria de la normativa de contrataciones del Estado en regímenes legales de contratación.

Referencia: Oficio 295 -2020-MTC/20.2

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Jefa de la Oficina de Administración de Provías Nacional formula consultas a este Organismo Técnico Especializado sobre la aplicación supletoria de la normativa de contrataciones del Estado en regímenes legales de contratación.

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

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

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

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

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1** *“¿En qué casos procede aplicar supletoriamente la normativa de contratación pública a las disposiciones establecidas en el Anexo 16 del Decreto de Urgencia N° 070-2020, respecto a la contratación de bienes y servicios relacionados con el mantenimiento de carreteras de la Red Vial Nacional?”.*

- 2.1.1 De manera previa corresponde mencionar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas formuladas en términos genéricos referidas al sentido y alcance de la **normativa de contrataciones del Estado**, la cual se encuentra conformada por la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y las normas de carácter obligatorio emitidas por el OSCE; en tal medida, no puede emitir opinión respecto a una normativa distinta a ésta, como lo es el Decreto de Urgencia N° 070-2020 “Decreto de Urgencia para la reactivación económica y atención de la población a través de la inversión pública y gasto corriente ante la Emergencia Sanitaria producida por el COVID-19”.

Sin perjuicio de ello se brindarán algunos alcances generales sobre las materias consultadas.

Régimen general y regímenes especiales de contratación

- 2.1.2 En principio, se debe mencionar que el Estado, en el marco del ejercicio de la Función Administrativa, emplea al contrato como un instrumento jurídico para llevar a cabo actividades de distinto tipo.

Así, de una revisión del universo contractual del Estado se puede advertir que éste, a través de sus organizaciones públicas, celebra contratos para: i) la adquisición de bienes, servicios y obras; (ii) la concesión de servicios públicos; (iii) la disposición de bienes que se encuentran bajo su dominio; (iv) el endeudamiento interno o externo; (v) la vinculación de personal; entre otros.

Dicho lo anterior, corresponde anotar que, en nuestro ordenamiento jurídico no existe un marco normativo que regule de manera unificada la totalidad de contratos que celebra la Administración Pública; atendiendo a dicha coyuntura, se han previsto marcos regulatorios distintos para cada tipo de contratación, los cuales establecen procedimientos, requisitos y condiciones particulares en función de la naturaleza propia de cada contrato.

- 2.1.3. Dentro del conjunto de contratos a los que se aludió en los párrafos anteriores, se encuentran aquellos suscritos al amparo del artículo 76 de la Constitución Política del Perú, el cual señala 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).

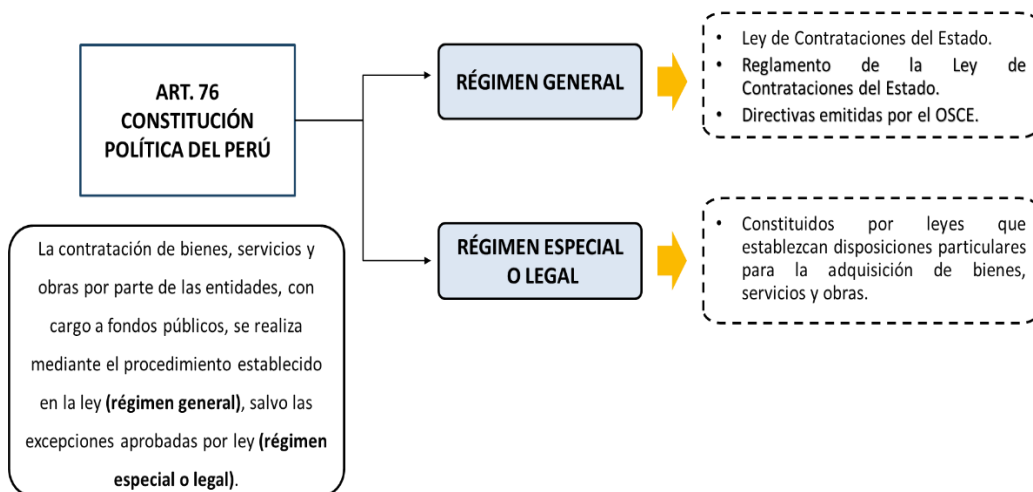
Como se puede apreciar, del citado precepto constitucional se puede inferir que la contratación de bienes, servicios y obras cuyo pago sea asumido con fondos públicos debe llevarse a cabo mediante los requisitos, procedimientos y

formalidades que hubiese establecido la ley que desarrolla tal precepto, la cual no es otra que la Ley de Contrataciones del Estado.

Asimismo, de este artículo –y de la interpretación que de él hace el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 020-2003-AI/TC- se desprende que la propia ley puede establecer excepciones a su aplicación, es decir, que determinadas adquisiciones de bienes, servicios y obras se lleven a cabo sin observar la Ley de Contrataciones del Estado; esto es, en atención a la *reserva de ley* contenida en el artículo constitucional antes señalado, que se lleven a cabo conforme a las disposiciones que hubiese establecido una ley distinta.

En atención a lo señalado, se puede diferenciar, de una parte, el *régimen general* de las contrataciones del Estado, conformado por la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y las normas emitidas por el OSCE; y de otra, los *régimenes especiales o legales de contratación*, los cuales se encuentran constituidos por aquellas leyes que establezcan disposiciones particulares para la adquisición de bienes, servicios y obras.

RÉGIMEN GENERAL Y RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN



Es preciso mencionar que, tanto el régimen general como los especiales emanan del artículo 76 de la Constitución y, ambos, tienen la función de regular un tipo de contratación en particular: aquella que le permite al Estado, utilizando fondos públicos, adquirir los bienes, servicios y obras necesarios para cumplir con sus funciones.

La anotación precedente es importante, pues debe tenerse presente que existen determinadas contrataciones que tienen al Estado como una de sus partes, pero que, pese a ello, en atención de su peculiar naturaleza, su marco legal no se desprende de lo establecido por el artículo 76 de la Constitución; así, por ejemplo, se tiene a las contrataciones que realiza el Estado con la finalidad de obtener financiamiento, o aquellas cuya finalidad es vincular a personas a fin de que

desarrollen actividades de carácter laboral en las entidades públicas, entre otras.

Aplicación supletoria de la normativa de contrataciones del Estado en regímenes legales de contratación

2.1.4. De conformidad con lo indicado en el numeral precedente, mediante ley pueden establecerse disposiciones especiales o excepcionales al régimen general de contrataciones del Estado, inaplicando, parcial o totalmente, sus disposiciones, tal y como lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional de la siguiente manera: “(...) *si bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76° de la Constitución, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución, y cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública. Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario.*”¹ (El subrayado es agregado).

En efecto, mediante ley se pueden crear regímenes legales o especiales de contratación, **los cuales tienen naturaleza excepcional**, a fin de que las Entidades puedan contratar bienes, servicios u obras aplicando disposiciones distintas a las previstas en la normativa de contrataciones del Estado.

2.1.5 En relación con lo anterior, es importante señalar que la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley establece lo siguiente: “*La presente norma y su reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. (...) Asimismo, son de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que no se sujeten al ámbito de aplicación de la presente norma, 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 subrayado es agregado).

De esta manera, la normativa de contrataciones del Estado resulta de aplicación supletoria a aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que se sujeten a un régimen especial o legal de contratación -más aún si en dicho régimen se establece tal supletoriedad- **siempre que esta aplicación supletoria no resulte incompatible con las normas específicas del referido régimen.**

Ahora bien, es necesario precisar que la aplicación supletoria de una determinada norma presupone la existencia de otra normativa que, siendo aplicable a una relación o situación jurídica de manera obligatoria, no regula un caso o supuesto particular (norma suplida), por lo que resulta necesario recurrir a otra normativa distinta con la finalidad de suplir la falencia o vacío existente (norma supletoria)².

¹ Numeral 19 de la Sentencia recaída sobre el EXP. N° 020-2003-AI/TC, de fecha 17 de mayo de 2004.

² 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*

En ese sentido, la aplicación supletoria de una norma implica un análisis de compatibilidad que contiene un estudio comparativo de la norma a ser suplida y de la norma supletoria, a efectos de determinar si sus naturalezas son semejantes y, por tanto, compatibles. En este punto, cabe precisar que el referido análisis de compatibilidad debe ser realizado por la Entidad que resulte responsable según la ley de la materia.

En ese sentido, corresponde a la Entidad que según la normativa especial resulte responsable, determinar qué extremos de la normativa de contrataciones del Estado pueden ser aplicados supletoriamente a las contrataciones que se sujeten a dicho régimen especial, para lo cual, previamente, debe realizar un análisis de compatibilidad.

2.2 “¿Procede contratar a través de Subasta Inversa Electrónica bienes y servicios vinculados con la ejecución de actividades de mantenimiento rutinario de la red vial nacional, que se encuentran dentro del listado de bienes y servicios comunes (LBSC), y que cuentan con fichas técnicas vigentes, aprobadas por la Central de Compras Públicas – PERÚ COMPRAS, conforme en la normativa de contratación pública vigente, en aplicación a lo dispuesto en las Disposiciones Adicionales del Anexo 16 del Decreto de Urgencia N° 070-2020?”.

2.2.1 En primer término, y tal como se indicó al absolver la consulta anterior, las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas formuladas en términos genéricos referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado; en tal medida, no es posible pronunciarnos sobre un caso específico, más aún si está vinculado a una contratación bajo un régimen legal o especial de contratación; sin embargo, se brindarán alcances generales sobre las figuras mencionadas.

Contrataciones bajo el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica

2.2.2 De conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley, “Una Entidad puede contratar por medio de licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, selección de consultores individuales, comparación de precios, subasta inversa electrónica, contratación directa y los demás procedimientos de selección de alcance general que contemple el reglamento, los que deben respetar los principios que rigen las contrataciones y los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública” (...). (El subrayado es agregado).

En concordancia con ello, el artículo 53 del Reglamento prevé los procedimientos de selección que las Entidades utilizan para contratar bienes, servicios en general, consultorías y obras; entre ellos, los siguientes: a) Licitación Pública; b) Concurso

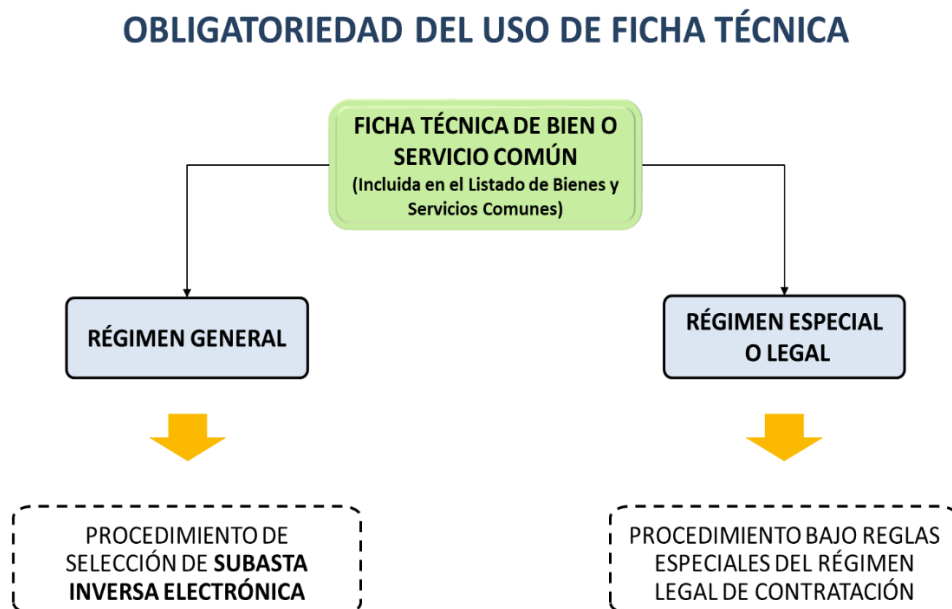
regulación para tal hecho, llamada supletoria”, las que comúnmente se conectan o vinculan a través de una remisión. NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Lima: Ara Editores, año 1997, Pág. 131 y 132.

Público; c) Adjudicación Simplificada; d) **Subasta Inversa Electrónica**; e) Selección de Consultores Individuales; f) Comparación de Precios; y, g) Contratación Directa.

De esta manera, se puede apreciar que la **Subasta Inversa Electrónica es un procedimiento de selección que se encuentra regulado en la normativa de contrataciones del Estado como uno de los métodos que –si se cumplen los requisitos correspondientes- pueden ser utilizados por las Entidades; este procedimiento de selección**, conforme a lo previsto en los artículos 26 de la Ley y 110 del Reglamento, es utilizado para contratar bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica y se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes.

- 2.2.3 Ahora bien, tal como se indicó, el empleo de este tipo de procedimiento de selección se da cuando el bien o servicio a contratar cuenta con ficha técnica y se encuentra incluido en el Listado de Bienes y Servicios Comunes. Al respecto, el numeral 26.2 del artículo 26 de la Ley señala que *“La ficha técnica debe ser utilizada, incluso en aquellas contrataciones que no se encuentran bajo su ámbito o que se sujeten a otro régimen legal de contratación”*. (El subrayado es agregado).

Puede constatarse que la norma desarrolla de manera clara el alcance de la obligatoriedad de uso de la ficha técnica. Tal obligatoriedad puede graficarse de la siguiente manera:



En ese sentido, cuando una Entidad desarrolle una contratación bajo un régimen especial o legal de contratación y la prestación corresponda a la contratación de bienes o servicios comunes, es decir que cuenten con ficha técnica y se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes, debe emplear obligatoriamente la información contenida en tales fichas técnicas.

Posibilidad de emplear el régimen general en el marco de contrataciones realizadas al amparo de un régimen especial

2.2.4 Conforme a lo anteriormente señalado, existe de una parte, el *régimen general* de las contrataciones del Estado, conformado por la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y las normas obligatorias emitidas por el OSCE; y de otra, los *regímenes especiales o legales de contratación*, los cuales se encuentran constituidos por aquellas leyes que establezcan disposiciones particulares para la adquisición de bienes, servicios y obras.

Al respecto, la constitución de un régimen especial o legal de contratación resulta una **medida excepcional** que se emplea, por decisión del legislador, cuando las disposiciones del régimen general no resultan, en determinado contexto o determinada coyuntura, convenientes para determinadas contrataciones.

Sobre el particular, mediante Decreto de Urgencia N° 070-2020 “*Decreto de Urgencia para la reactivación económica y atención de la población a través de la inversión pública y gasto corriente, ante la Emergencia Sanitaria producida por el COVID-19*”, se aprueba –entre otras medidas- un régimen especial de contratación para la adquisición de bienes y servicios necesarios para la ejecución de las actividades de mantenimiento de la Red Vial Nacional y Vecinal previstas en el referido Decreto de Urgencia, conforme se dispone en su artículo 23.

Así, mediante el Anexo N° 16 del Decreto de Urgencia N° 070-2020 se regula un procedimiento especial de selección para la contratación de bienes y servicios para el mantenimiento periódico y rutinario; al respecto debe reiterarse que **en todo lo no regulado** en el referido decreto, y siempre que no resulte incompatible con éste, resulta de aplicación la normativa de contrataciones del Estado, aspecto que deberá ser analizado por la Entidad que resulte competente según la ley de la materia.

Sin perjuicio del análisis que debe realizar la Entidad que por aplicación de la legislación especial resulte responsable, puede mencionarse que si el régimen especial no regula instituciones del régimen general, tales como la nulidad de oficio o la ejecución contractual, podría, previo análisis de compatibilidad, aplicarse supletoriamente tales disposiciones.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 Existe un régimen general correspondiente a la normativa de contrataciones del Estado y, en paralelo, pueden existir regímenes legales de contratación, de carácter especial, creados mediante ley, que establecen sus propios requisitos, procedimientos y demás formalidades para llevar a cabo las contrataciones públicas bajo su ámbito.
- 3.2 La normativa de contrataciones del Estado resulta de aplicación supletoria a aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que se sujeten a un régimen

legal de contratación, siempre que esta aplicación supletoria no resulte incompatible con las normas contenidas en dicho régimen especial.

- 3.3 Corresponde a la Entidad que resulte competente según la ley de la materia, determinar qué extremos de la normativa de contrataciones del Estado pueden ser aplicados supletoriamente a las contrataciones que se sujeten a un régimen especial, para lo cual, previamente, debe realizar un análisis de compatibilidad.
- 3.4 Cuando una Entidad desarrolle una contratación bajo un régimen especial o legal de contratación y la prestación corresponda a la contratación de bienes o servicios comunes, es decir que cuenten con ficha técnica y se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes, debe emplear obligatoriamente la información contenida en tales fichas técnicas.

Jesús María, 8 de septiembre de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC.