

OPINIÓN N° 106-2020/DTN

Solicitante: Nami Florida Ponce

Asunto: Aplicación supletoria de la Ley N° 27444, “Ley del Procedimiento Administrativo General” en la fase de selección.

Referencia: Formato de solicitud de consulta de fecha 5.OCT.2020

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la señora Nami Florida Ponce, realiza varias consultas referidas a la aplicación supletoria de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en la fase 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, 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 modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

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:

- “**Anterior Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada mediante el Decreto Legislativo N° 1341, vigente a partir del 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- “**Anterior Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “Encontrándonos en la fase de Selección –para el perfeccionamiento del contrato, resultan aplicables las normas de derecho administrativo general (contenidas en la Ley 27444)” (Sic).

2.1.1. 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 igualitario¹, 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 fundamento 19 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 020-2003-AI/TC, la Ley de Contrataciones del Estado es la norma que desarrolla el citado precepto constitucional y, conjuntamente con su Reglamento y las demás normas de carácter complementario emitidas por el OSCE, constituyen la normativa de contrataciones del Estado.

- 2.1.2. Efectuadas estas precisiones, cabe iniciar el presente análisis mencionando que la aplicación supletoria de normas implica la existencia de una normativa que, siendo aplicable a determinada 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).

Bajo esa óptica, la Primera Disposición Complementaria Final de la anterior Ley establecía 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 énfasis es agregado).

Por su parte, la Primera Disposición Complementaria Final del anterior Reglamento disponía 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**". (El énfasis es agregado).

De esta manera, se puede advertir que el **procedimiento de selección** -definido como un procedimiento administrativo especial conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos administrativos²- **debía realizarse conforme a lo dispuesto por la anterior normativa de contrataciones del Estado, la cual predominaba³ sobre las normas del procedimiento administrativo general**, entre otras normas del derecho público y privado que pudieran resultar aplicables⁴.

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 020-2003-AI/TC.

² De acuerdo a la definición de "**Procedimiento de selección**" contemplada en el Anexo de Definiciones del anterior Reglamento "*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 una obra*".

³ 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.

⁴ En coherencia con lo señalado en las Opiniones N° 127-2019/DTN, N° 107-2019/DTN, N° 065-2019/DTN, entre otras.

Sin perjuicio de ello, de conformidad con la Primera Disposición Complementaria Final del anterior Reglamento, **en lo no previsto** en la Ley y el Reglamento, eran de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado. Por consiguiente, **la aplicación supletoria⁵ de la LPAG en la fase de selección tenía la finalidad de suplir la falencia o vacío existente en la normativa de contrataciones del Estado**, previo análisis de compatibilidad⁶.

2.2. ***“Es aplicable de forma supletoria las normas que regulan: la rectificación de errores y la subsanación documental prevista en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General – ley 27444, o el Código Civil; cuando se encuentre con la suscripción del contrato y no en ejecución; dado que en el marco de la ley de Contrataciones y su Reglamento, no establece rectificación de errores de los documentos presentados para el perfeccionamiento del contrato (Garantía de Fiel Cumplimiento)”*** (Sic).

2.2.1. Sobre el particular, debe reiterarse que en aplicación de la Primera Disposición Complementaria Final de la anterior Ley, dicha norma así como su Reglamento **prevalían** sobre la Ley N° 27444 "Ley del Procedimiento Administrativo General"⁷ (LPAG), **en el caso que las referidas normas establecieran disposiciones contradictorias o alternativas para una misma situación.**

No obstante, de conformidad con la Primera Disposición Complementaria Final del anterior Reglamento, **en lo no previsto en la anterior Ley y su Reglamento**, eran de aplicación supletoria las normas de derecho público y, **sólo en ausencia de éstas**, las de derecho privado.

En tal sentido, durante la fase de selección, las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo General sólo podían ser aplicadas supletoriamente a condición que la anterior Ley y su Reglamento, no hubiesen regulado determinada situación o supuesto particular; para ello, además, era necesario verificar que dicha aplicación supletoria no resultara incompatible con la normativa de contrataciones del Estado.

2.2.2 Bajo esa premisa, corresponde efectuar un análisis sobre la regulación prevista en la anterior normativa de contrataciones del Estado respecto de la “rectificación de errores” en los documentos presentados para la suscripción del contrato.

Al respecto, el numeral 1 del artículo 119 del anterior Reglamento establecía lo siguiente: ***“Dentro del plazo de ocho (8) días hábiles siguientes al registro en el SEACE del consentimiento de la buena pro o de que esta haya quedado administrativamente firme, el***

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.

⁶ La aplicación supletoria de una norma presupone un análisis de compatibilidad; esto es, realizar un análisis comparativo de la norma a ser suplida y de la norma supletoria, a efectos de determinar si la naturaleza de ambas es semejante y, por tanto, si son normas compatibles.

⁷ 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.

*postor ganador de la buena pro debe presentar la totalidad de los requisitos para perfeccionar el contrato. En un plazo que no puede exceder de los tres (3) días hábiles siguientes de presentados los documentos la Entidad debe suscribir el contrato o notificar la orden de compra o de servicio, según corresponda, **u otorgar un plazo adicional para subsanar los requisitos, el que no puede exceder de cinco (5) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la Entidad.** Al día siguiente de subsanadas las observaciones, las partes suscriben el contrato.”* (El énfasis es agregado).

Como se puede advertir, en caso que el órgano encargado de las contrataciones advirtiera que el postor adjudicado había omitido la presentación de algún requisito o presentado el mismo de manera errónea o defectuosa –*como por ejemplo, la garantía de fiel cumplimiento*– otorgaba un plazo adicional no mayor de cinco (5) días hábiles, a efectos de que éste tenga la posibilidad de levantar dicha observación; ello con el propósito de cautelar que el procedimiento de selección cumpliera sus fines y se llegara a perfeccionar el contrato bajo las mejores condiciones de precio y calidad, salvaguardando la satisfacción oportuna de las necesidades públicas⁸.

De esta manera, se puede advertir que, en lo que respecta a la subsanación de los requisitos para la suscripción del contrato (por la omisión o presentación errónea o defectuosa de -*por ejemplo*- la garantía de fiel cumplimiento), no existía vacío o laguna normativa que justificara la aplicación supletoria de la LPAG, por lo que correspondía aplicar lo establecido en el artículo 119 del anterior Reglamento. Asimismo, cabe reiterar que conforme la Primera Disposición Complementaria Final de la anterior Ley, ésta prevalece sobre las normas del procedimiento administrativo general.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 Durante la fase de selección, las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo General sólo podían ser aplicadas supletoriamente a condición que la anterior Ley y su Reglamento, no hubiesen regulado determinada situación o supuesto particular; para ello, además, era necesario verificar que dicha aplicación supletoria no resultara incompatible con la normativa de contrataciones del Estado.
- 3.2 En lo que respecta a la subsanación de los requisitos para la suscripción del contrato (por la omisión o presentación errónea o defectuosa de -*por ejemplo*- la garantía de fiel cumplimiento) no existía vacío o laguna normativa que justificara la aplicación supletoria de la LPAG, por lo que correspondía aplicar lo establecido en el artículo 119 del anterior Reglamento.

Jesús María, 2 de noviembre de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/GMS.

⁸ Conforme a lo señalado en la Opinión N° 119-2018/DTN.