

OPINIÓN N° 107-2019/DTN

Entidad: Contraloría General de la República

Asunto: Verificación de los documentos presentados por el postor adjudicatario de la buena pro

Referencia: Oficio N° 143-2019-EMAPICASA/OCI

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el jefe del órgano de control institucional de la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de ICA S.A. realiza varias consultas sobre la verificación de los documentos presentados por el postor adjudicatario de la buena pro, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado.

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 o) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 (en adelante, la “Ley”), y la Tercera Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-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:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, vigente desde el 9 de enero de 2016 hasta el 29 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente desde el 9 de enero de 2016 hasta el 29 de enero de 2019.

¹ De la revisión del documento de la referencia, se advierte que las consultas planteadas están referidas a situaciones ocurridas durante la vigencia de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1341; por tanto, el análisis de la presente Opinión se efectuará tomando en consideración lo establecido en dicha legislación.

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 ***“Si es procedente la aplicación de los numerales 210.1 y 210.2 del artículo 210 del TUO de la Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General, respecto a la consignación de alguna información errada involuntariamente, para un procedimiento de selección que se encuentra con el consentimiento de la buena pro y la suscripción del contrato.”***²

2.1.1. En primer lugar, debe indicarse que los procesos de contrataciones del Estado se llevan a cabo de conformidad con lo dispuesto en la Ley, el Reglamento y las Directivas emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), entre otros documentos estándar y de orientación que se ponen a disposición de los usuarios de la contratación pública.

Así lo establece la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley, al señalar 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).

De esta manera, se advierte que el **procedimiento de selección** -definido como un procedimiento administrativo especial conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos administrativos³- **debe realizarse conforme a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, la cual predomina sobre las normas del procedimiento administrativo general**, entre otras normas del derecho público y privado que pudieran resultar aplicables.

Asimismo, según lo establecido en el artículo 2 de la Ley, los procesos de contratación pública se desarrollan con fundamento en los principios que rigen las contrataciones del Estado, previstos en dicho dispositivo; sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público que resulten aplicables a tales procesos.

Como se aprecia, si bien la normativa de contrataciones del Estado contiene los dispositivos que rigen los procesos de contratación pública, estos también se realizan, supletoriamente⁴, en observancia de las normas del procedimiento administrativo general y los principios generales del derecho público que resulten aplicables en el marco de dichos procesos, tales como los principios de

² <https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/1773-2017.pdf>

³ De acuerdo a la definición de **“Procedimiento de selección”** contemplada en el Anexo de Definiciones del Reglamento, es *“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”*.

⁴ De acuerdo a 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, solo en ausencia de estas, las de derecho privado”*.

“presunción de veracidad”⁵ y de “privilegio de controles posteriores”⁶, entre otros.

- 2.1.2. Precisado lo anterior, es pertinente señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del Reglamento, *“Durante el desarrollo de la admisión, precalificación, evaluación y calificación, el órgano encargado de las contrataciones o el comité de selección, según corresponda, puede solicitar a cualquier postor que subsane o corrija algún error material o formal de los documentos presentados, siempre que no alteren el contenido esencial de la oferta”*. (El subrayado es agregado).

En tal sentido, dicho artículo permite la subsanación de los errores materiales o formales que se adviertan en los documentos presentados por el postor, durante ciertas etapas del procedimiento de selección; ello, en tanto no se altere el contenido esencial de la oferta al realizarse la corrección de tales errores.

Posteriormente, al concluir las etapas a que hace referencia el artículo 39 del Reglamento, y quedando consentido el otorgamiento de la buena pro, corresponde a la Entidad realizar la inmediata verificación de la propuesta presentada por el postor ganador de la buena pro, tal como dispone el numeral 43.6 del artículo 43 del Reglamento.

En ese contexto, tal verificación implica el ejercicio de la prerrogativa de la Entidad de comprobar la veracidad de la información presentada por dicho postor durante el procedimiento de selección, en atención al Principio de privilegio de controles posteriores que recoge el numeral 43.6 del referido artículo.

Así, al ejercer tal prerrogativa, la Entidad efectúa las acciones que correspondan según el marco legal que rige sus facultades durante un proceso de contratación pública; esto es, conforme a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado y por las normas que regulan el procedimiento administrativo general, entre otras, siempre que estas resulten aplicables.

- 2.1.3. Por tanto, de conformidad con lo establecido en el numeral 43.6 del artículo 43 del Reglamento, después de consentido el otorgamiento de la buena pro, corresponde a la Entidad realizar la verificación de los documentos presentados por el ganador de la buena pro, para lo cual, en atención a sus facultades conferidas por Ley y conforme al Principio de legalidad⁷, debe regir sus

⁵ Dicho principio se encuentra regulado en el numeral 1.7 del artículo IV del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley del Procedimiento Administrativo General, probado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, el cual dispone que *“En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario”*.

⁶ La norma citada precedentemente regula el referido principio, el cual se encuentra establecido en su numeral 1.16, el cual dispone lo siguiente: *“La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz”*.

⁷ Conforme a dicho Principio *“Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la*

actuaciones según lo dispuesto en las normas que resulten aplicables para dicho fin, por ejemplo, aquellas que regulan la rectificación de errores durante la revisión de los actos en vía administrativa⁸, cautelando el interés público que persigue la normativa de contrataciones del Estado.

2.2 «Si la Entidad debió aplicar lo establecido en el artículo 39 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que dice: “durante el desarrollo de la admisión, precalificación, evaluación y calificación, el Órgano Encargado de las Contrataciones o el Comité de selección, puede solicitar a cualquier postor que subsane o corrija algún error material o formal de los documentos presentados siempre que no alteren el contenido esencial de la Oferta”»

Tal como se indicó preliminarmente, las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas **referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado**, sin hacer alusión a asuntos concretos o casos específicos; en esa medida, este despacho no puede determinar si una Entidad debió, o no, aplicar lo establecido en el artículo 39 del Reglamento en el marco de un procedimiento de selección en particular; toda vez que ello excedería las atribuciones conferidas por Ley a esta Dirección.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe reiterar que el referido artículo permite la subsanación de los errores materiales o formales que se adviertan en los documentos presentados por el postor, durante ciertas etapas del procedimiento de selección; ello, en tanto no se altere el contenido esencial de la oferta al realizarse la corrección de tales errores.

Por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del Reglamento, durante el desarrollo de la admisión, precalificación, evaluación y calificación del procedimiento de selección, la Entidad está facultada a solicitar, a cualquier postor, la subsanación de errores materiales o formales incurridos en los documentos presentados como parte de su oferta, siempre que no modifiquen el contenido esencial de ella.

2.3 «Si la Entidad, debería aplicar lo establecido en el numeral 43.6 del Artículo 43° del Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, que señala: “(...) En caso de comprobar inexactitud o falsedad en las declaraciones, información o documentación presentada, la Entidad declara la nulidad del otorgamiento de la buena pro del contrato, (...)”.[Sic]»

Cabe reiterar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico

Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”.

⁸ Cabe precisar que los numerales 210.1 y 210.2 del artículo 210 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General están referidos a la regulación de la “Multa coercitiva”; sin embargo, en el documento de la referencia se advierte que **la consulta planteada está referida a la posibilidad de aplicar las normas que regulan “la rectificación de errores” durante la revisión de los actos en vía administrativa**, previstas en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Especializado son aquellas **referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sin hacer alusión a asuntos concretos o casos específicos**; en esa medida, este despacho no puede determinar si una Entidad “debería”, o no, aplicar lo establecido en el numeral 43.6 artículo 43 del Reglamento en el marco de un procedimiento de selección en particular; toda vez que ello excedería las atribuciones conferidas por Ley a esta Dirección.

No obstante lo anterior, debe indicarse que de conformidad con lo establecido en el numeral 43.6 del artículo 43 del Reglamento, después de consentido el otorgamiento de la buena pro, corresponde a la Entidad realizar la verificación de los documentos presentados por el ganador de la buena pro, para lo cual, en atención a sus facultades conferidas por Ley y conforme al Principio de legalidad, debe regir sus actuaciones según lo dispuesto en las normas que resulten aplicables para dicho fin, **por ejemplo, aquellas que regulan la rectificación de errores durante la revisión de los actos en vía administrativa**, cautelando el interés público que persigue la normativa de contrataciones del Estado.

En tal sentido, **si al efectuar dicha verificación, la Entidad comprueba inexactitud o falsedad en las declaraciones, información o documentación presentada por el postor**, esta puede declarar la nulidad del otorgamiento de la buena pro o del contrato, dependiendo de la oportunidad en que se hizo la comprobación; adicionalmente, en ese contexto, dicha Entidad comunica al Tribunal de Contrataciones del Estado para que inicie el procedimiento administrativo sancionador y al Ministerio Público para que interponga la acción penal correspondiente.

Al respecto, debe precisarse que conforme a reiterados pronunciamientos del referido Tribunal⁹, un documento es falso cuando este **no fue expedido por su supuesto órgano emisor o no fue firmado por su supuesto suscriptor**; o aquel documento que, siendo válidamente expedido, haya sido adulterado en su contenido. Por su parte, la información inexacta supone un contenido que no es concordante o congruente con la realidad, y que constituye una forma de falseamiento de esta.

Por tanto, cuando al realizar la verificación que establece el numeral 43.6 del artículo 43 del Reglamento, la Entidad determine que la documentación presentada por el postor **no** califica como falsa o inexacta, conforme a los términos expuestos en la presente Opinión, **no cabría la declaración de nulidad de oficio ni la comunicación al Tribunal de Contrataciones del Estado y al Ministerio Público, pues no habría comisión de infracción o delito que pudieran originar la necesidad de aplicar tales medidas**.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. De conformidad con lo establecido en el numeral 43.6 del artículo 43 del Reglamento, después de consentido el otorgamiento de la buena pro, corresponde

⁹ A mayor abundamiento, sírvase a revisar, a modo de ejemplo, las Resoluciones N° 1691-2017-TCE-S3 y N° 524-2017-TCE-S2, entre otras.

a la Entidad realizar la verificación de los documentos presentados por el ganador de la buena pro, para lo cual, en atención a sus facultades conferidas por Ley y conforme al Principio de legalidad, debe regir sus actuaciones según lo dispuesto en las normas que resulten aplicables para dicho fin, por ejemplo, aquellas que regulan la rectificación de errores durante la revisión de los actos en vía administrativa, cautelando el interés público que persigue la normativa de contrataciones del Estado.

- 3.2. Conforme a lo dispuesto en el artículo 39 del Reglamento, durante el desarrollo de la admisión, precalificación, evaluación y calificación del procedimiento de selección, la Entidad está facultada a solicitar, a cualquier postor, la subsanación de errores materiales o formales incurridos en los documentos presentados como parte de su oferta, siempre que no modifiquen el contenido esencial de ella.
- 3.3. Cuando al realizar la verificación que establece el numeral 43.6 del artículo 43 del Reglamento, la Entidad determine que la documentación presentada por el postor no califica como falsa o inexacta, conforme a los términos expuestos en la presente Opinión, no cabría la declaración de nulidad de oficio ni la comunicación al Tribunal de Contrataciones del Estado y al Ministerio Público, pues no habría comisión de infracción o delito que pudieran originar la necesidad de aplicar tales medidas.

Jesús María, 2 de julio de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA.