

OPINIÓN N° 184-2019/DTN

Entidad: Ludowieg Devescovi Delgado Abogados Sociedad Civil
Asunto: Aplicación supletoria de la normativa de contrataciones del Estado
Referencia: Comunicación S/N recibida el 10.OCT.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el representante de Ludowieg Devescovi Delgado Abogados Sociedad Civil, formula consultas sobre la aplicación supletoria 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 n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, y el acápite 9 del Anexo 2 del Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225, modificada mediante 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, corresponde señalar que la consulta formulada es la siguiente:

2.1 “¿Qué Reglamento es aplicable supletoriamente a los procesos iniciados sobre la base de la Ley N° 30556 y el Decreto Supremo N° 071-2018-PCM?” (Sic).

2.1.1 En primer lugar, debe reiterarse que las consultas que absuelve el OSCE son aquellas consultas genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado¹; en esa medida, este Organismo Técnico Especializado

¹ La normativa de contrataciones del Estado se encuentra conformada por la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y las demás normas de carácter reglamentario emitidas por el OSCE.

no puede pronunciarse respecto de la interpretación o integración de determinadas normas que conforman un régimen especial de contratación –*como por ejemplo la Ley N° 30556 y el Decreto Supremo N° 071-2018-PCM*–, pues ello excede de la habilitación establecida en el literal o) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de ello, a continuación se brindarán alcances generales sobre las formalidades bajo las cuales se deben emitir las garantías presentadas por postores y/o contratistas bajo el amparo de la normativa de contrataciones del Estado, así como la aplicación supletoria de dicha normativa en los regímenes legales de contratación.

- 2.1.2 En primer término, debe indicarse que el artículo 33 de la Ley ha establecido que las garantías que deben otorgar los postores adjudicatarios y/o contratistas son las de fiel cumplimiento y por los adelantos, precisando que sus modalidades, montos, condiciones y excepciones son reguladas en el Reglamento.

De igual manera, el citado artículo establece en su numeral 33.2 que “*Las garantías que acepten las Entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten. **Dichas, empresas deben encontrarse bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y deben estar autorizadas para emitir garantías;** o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.*” (El resaltado es agregado).

Adicionalmente a lo indicado, el artículo 148 del Reglamento precisa que los tipos de garantías que otorgan los postores y/o contratistas son (i) carta fianza y/o (ii) póliza de caución, emitidas por entidades bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP que **cuenten con clasificación de riesgo B o superior.**

Respecto de este punto, debe indicarse que a efectos de otorgar un mayor grado de seguridad y confianza a las Entidades Públicas, la normativa vigente dispone que aquellas entidades que emitan garantías –*además de encontrarse bajo supervisión de la SBS*– deben contar con una clasificación de riesgo B o superior.

Como se puede advertir, la normativa de contrataciones del Estado ha establecido los requisitos que deben cumplir las garantías presentadas por los proveedores y/o contratistas, a fin de ser aceptadas por las Entidades contratantes en los procesos de contratación que se realicen bajo el amparo de dicha normativa. Cabe precisar que esta exigencia resultaba obligatoria para aquellos procedimientos de selección que se convoquen a partir del 30 de enero de 2019², fecha en que entró en vigencia.

² Al respecto, la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento *-en concordancia con la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley-* establece que “*Los procedimientos de selección iniciados antes de la entrada en vigencia del presente Decreto Supremo, se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria. Igual regla se aplica para el perfeccionamiento de los contratos que deriven de los mencionados procedimientos de selección.*”

2.1.3 Aclarado este punto, cabe mencionar 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, bajo las mejores condiciones y en observancia de los 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 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.

Así, es importante anotar que la Ley es la norma que desarrolla el citado precepto constitucional y, conjuntamente con su Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE, conforman el régimen general de contratación pública.

Ahora bien, cabe indicar que adicionalmente al régimen general de contratación pública, mediante ley pueden establecerse disposiciones especiales o excepcionales; 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.*”³

De lo expuesto, puede advertirse que, mediante Ley (o Decreto Legislativo en caso de delegación de facultades), se pueden crear regímenes legales o especiales de contratación, los mismos que 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.

2.1.4 En relación con lo anterior, es importante señalar que la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley establece lo siguiente: “*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. 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 Ley, 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).

³ Numeral 19 de la Sentencia recaída sobre el EXP. N° 020-2003-AI/TC, de fecha 17 de mayo de 2004.

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 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.

En este punto, cabe precisar que conforme a lo señalado en el artículo 7-A.8 de la Ley 30556 y la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 071-2018-PCM, en todo lo no regulado y siempre que no contravenga la Ley y el presente Reglamento, es de aplicación supletoria la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF y sus modificatorias.

2.1.5 Efectuada esta precisión, es necesario mencionar que la aplicación supletoria de normas presupone 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)⁴.

No obstante, la aplicación supletoria de una norma implica 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 sus naturalezas son semejantes y, por tanto, compatibles; en este punto, cabe precisar que el referido análisis de compatibilidad debe ser realizado por el operador al que corresponda la aplicación de las disposiciones del régimen legal de contratación⁵.

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

Finalmente, cabe acotar que la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 071-2018-PCM⁶ establece que **“La Autoridad para la Reconstrucción con Cambios absuelve consultas sobre interpretación normativa del Reglamento en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles. Los principios de la contratación pública sirven como criterio de interpretación para la aplicación del Reglamento, de integración para solucionar vacíos, así como parámetros**

⁴ 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.

⁵ Conforme a lo señalado en el numeral 2.3 de la Opinión N° 080-2013/DTN.

⁶ Modificado mediante Decreto Supremo N° 148-2019-PCM.

para la actuación de quienes intervengan en las contrataciones realizadas en el marco de la reconstrucción.” (El resaltado es agregado).

2.2 *En el caso que se considere que el Reglamento aplicable es el que aprueba el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, ¿los postores y/o contratistas de los procesos iniciados sobre la base de la Ley N° 30556 y el Decreto Supremo N° 071-018-PCM deben cumplir con lo establecido por el artículo 148 del Decreto Supremo N° 344-2018-ED? Es decir, ¿deben cumplir con presentar exclusivamente garantías emitidas por entidades bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP que cuenten con clasificación de riesgo B o superior? (Sic).*

2.2.1 Tal como se ha indicado previamente, corresponde a la Entidad responsable de interpretar las disposiciones de un régimen especial de contratación, determinar qué extremos de la normativa de contrataciones del Estado pueden ser aplicados supletoriamente a las contrataciones que se sujeten a dicho régimen, previo análisis de compatibilidad.

2.3 *De igual manera, en los procesos iniciados sobre la base de la Ley N° 30556 y el Decreto Supremo N° 071-2018-PCM ¿las Entidades del Estado solo podrían recibir garantías emitidas por entidades bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP que cuenten con clasificación de riesgos B o superior? (Sic).*

2.3.1 Al respecto, debe reiterarse que corresponde a la Entidad responsable de interpretar las disposiciones de un régimen especial de contratación, determinar qué extremos de la normativa de contrataciones del Estado pueden ser aplicados supletoriamente a las contrataciones que se sujeten a dicho régimen, previo análisis de compatibilidad.

3. CONCLUSION

Corresponde a la Entidad responsable de interpretar las disposiciones de un régimen especial de contratación, determinar qué extremos de la normativa de contrataciones del Estado pueden ser aplicados supletoriamente a las contrataciones que se sujeten a dicho régimen, previo análisis de compatibilidad.

Jesús María, 22 de octubre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/.