

OPINIÓN N° 111-2022/DTN

Entidad: Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción – SENCICO

Asunto: Aplicación supletoria de la Ley del Procedimiento Administrativo General en la ejecución contractual.

Referencia: Formulario S/N de fecha 15.NOV.2022 – Consulta sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor César Napoleón Hidalgo Montoya, Gerente General del Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción – Sencico formula consultas relacionadas con la ampliación del plazo en los contratos de ejecución de obras.

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 sus modificatorias.

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 la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias¹.

¹ La última modificación al Decreto Supremo N° 344-2018-EF ha sido realizada mediante el Decreto Supremo N°234-2022-EF.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguiente:

2.1. “En mérito del artículo 197 del RLCE, el contratista presentó la solicitud de ampliación de plazo sustentado que la partida modifica la ruta crítica de la ejecución de obra vigente, motivo por el cual la Entidad aprobó la ampliación de plazo del contrato; sin embargo, posteriormente se verifico que su sustento no modifico la ruta crítica. En ese sentido, ¿la Entidad podrá declarar la nulidad de la resolución que aprobó la ampliación del plazo?” (Sic.)

2.1.1. En primer lugar, es preciso aclarar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas formuladas de manera genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado sin hacer alusión a casos concretas o situaciones específicos; en ese sentido, esta Dirección carece de competencia para determinar las actuaciones que debe realizar la entidad en el marco de la ejecución de un contrato, máxime cuando están enmarcadas en una situación de inobservancia de lo establecido por la normativa aplicable, como es la aprobación de una ampliación de plazo que no cumple con los requisitos reglamentarios. Sin perjuicio de ello, se brindarán alcances de carácter general respecto de la posible aplicación supletoria de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en la etapa de ejecución contractual de las contrataciones reguladas por la normativa de Contrataciones del Estado.

Respecto de la aplicación supletoria de la Ley del Procedimiento Administrativo General

2.1.2. La Primera Disposición Complementaria Final de la Ley establece 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).

Por su parte, la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento dispone 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 subrayado es agregado).

Al respecto debe señalarse 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)².

No obstante, la aplicación supletoria de una norma presupone un análisis de compatibilidad; esto es, realizar un análisis comparativo de la norma a ser suplida

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 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.

y de la norma supletoria, a efectos de determinar si la naturaleza de ambas es semejante y, por tanto, si son normas compatibles.

A lo señalado debe agregarse que, mediante la Consulta Jurídica N° 17-2018-JUS/DGDNCR la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos ha precisado lo siguiente:

"55. El proceso de contratación, en general, consta de varias etapas, empezando por los actos preparatorios, el desarrollo del proceso de contratación y finalmente la ejecución del contrato. Durante los actos preparatorios, no hay ninguna relación especial de la administración hacia los ciudadanos, a quienes se les considera administrados. De igual manera, durante el desarrollo del proceso de contratación, los postores no cambian su estatus jurídico frente a la Administración, pues también son considerados como administrados.

56. Durante la etapa de ejecución contractual la relación jurídica se desarrolla entre los proveedores del Estado y la entidad pública contratante. Estos proveedores del Estado ya no son considerados como administrados, sino que existe entre ellos y la entidad contratante una relación contractual, que se rige ya no por las normas del Procedimiento Administrativo General, sino por lo dispuesto, en primer lugar, en el contrato, luego, en las bases y términos de referencia y finalmente en las normas de contrataciones del Estado. Los proveedores del Estado no tienen la calidad de administrados ante la entidad contratante, por lo que las normas sustantivas aplicables a la relación jurídica contractual que se ha generado no son las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General (...)." (El subrayado es agregado).

En atención a lo antes, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto reglas específicas que se aplican a los contratos que suscriben las Entidades con los proveedores, dentro del ámbito de su aplicación, en el Capítulo IV del Título II de la Ley, "El Contrato y su Ejecución"³, y en el Título VII del Reglamento, "Ejecución Contractual". Estas disposiciones tienen por objeto regular las relaciones contractuales que se instauran entre las Entidades y los contratistas, hasta su culminación.

En contraposición a lo señalado en el párrafo anterior, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, **no regula las relaciones contractuales de las entidades públicas, sino las actuaciones de la función administrativa del**

³ Al respecto, debe indicarse que el artículo 138 del Reglamento establece que el contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas, la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.

Estado⁴ y el procedimiento administrativo común, como se desprende del Artículo II de su Título Preliminar⁵.

Efectuadas las precisiones precedentes, corresponde indicar que el Código Civil, en su Artículo IX del Título Preliminar, establece que "*Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza*"; por consiguiente, debe reconocerse la aplicación supletoria del Código Civil a los contratos celebrados por las Entidades con sus proveedores en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, en los aspectos que resulten compatibles.

Por ello, en concordancia con el criterio desarrollado en diversas opiniones⁶, ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado que se ocupa de la ejecución contractual, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles, y no a las disposiciones de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, pues, como se ha indicado, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual.

Cabe precisar que la aplicación supletoria de las disposiciones compatibles del Código Civil a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regulan la ejecución contractual, no afecta ni excluye *-cuando corresponda-* la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General a las actuaciones que permiten a las Entidades manifestar su voluntad en el marco de una relación contractual bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado.

Respecto de este último punto, cabe precisar que, si bien entre el contratista y la Entidad existe una relación de naturaleza contractual, la formación de los actos a través de los cuales esta última manifiesta sus decisiones –durante la gestión de un contrato– deben cumplir ciertos requisitos indispensables que los doten de validez. En ese sentido, dado que tales decisiones se generan en el desempeño de

⁴ Uno de los elementos diferenciales de la función administrativa, según Christian Guzmán Napurí, es que manifiesta una "(...) *relación directa con los administrados, de tal manera que las actividades que desempeña la Administración Pública los afectan de manera directa*. Asimismo, dicha función se encuentra sometida al principio de legalidad, y en especial, a la ley emanada del Parlamento (...)" (El subrayado es agregado). *Un Acercamiento al Concepto de Función Administrativa en el Estado de Derecho*. Revista Asociación Civil Derecho & Sociedad. Publicación N° 31. Pág. 291.

⁵ "Artículo II.- **Contenido**

1. La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales.

2. Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley.

3. Las autoridades administrativas, al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley." (El énfasis es agregado)

⁶ Por ejemplo, las Opiniones N° 107-2012/DTN, N° 130-2018/DTN, N° 065-2019/DTN, N° 001-2020/DTN y N° 099-2022/DTN.

prerrogativas propias de la administración, corresponde aplicar aquellas disposiciones que regulan la función administrativa del Estado⁷. Así, por ejemplo, en el marco de una relación contractual –entre la Entidad y el contratista– las actuaciones que debe realizar la Entidad para expresar su voluntad (sea mediante decisiones o declaraciones) a efectos de que tengan validez deben ser emitidos por el órgano facultado para ello -según su competencia-, deben expresar su respectivo objeto (que deberá ajustarse al ordenamiento jurídico), deben estar debidamente motivados, deben perseguir las finalidades de interés público⁸, entre otros aspectos, ello conforme al Principio de Legalidad⁹.

Ahora bien, lo anteriormente señalado no busca afirmar que las actuaciones que adopte la Entidad durante la ejecución contractual deben considerarse actos administrativos como tal –con todos los efectos que ello implicaría–, sino más bien, reconoce que tales actos y/o decisiones se generan en el ejercicio de la función administrativa, por lo que, de manera supletoria –es decir, en aquello no regulado en la normativa de contrataciones del Estado– pueden aplicarse las reglas propias de dicha función, contenidas en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, siempre que, previo análisis de compatibilidad, se determine, entre otros aspectos, que no contravienen disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado y/o no sean incompatibles con la naturaleza de aquella figura que se pretende aplicar.

Finalmente, con lo indicado en los párrafos precedentes se modifica el criterio contemplado en la Opinión N°130-2018-DTN, en el cual se indica que, de suscitarse vicios en la declaración que resuelve la solicitud de ampliación de plazo debe evaluarse una posible aplicación del Código Civil.

⁷ Conforme al artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General: “Artículo II.- Contenido

1. *La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales. (...)* (El subrayado es agregado)

⁸ “Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. *Competencia.* - Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

2. *Objeto o contenido.* - Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

3. *Finalidad Pública.* - Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

4. *Motivación.* - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

5. *Procedimiento regular.* - Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación”.

⁹ “Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la 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.”

2.2. ***“En caso que la Entidad pudiera declarar la nulidad de la resolución que aprobó la ampliación de plazo, la normativa aplicable supletoria a la Ley de Contrataciones del Estado, sería el código civil o la Ley de Procedimiento Administrativo General”*** (Sic.)

Como se anotó, si bien entre el contratista y la Entidad existe una relación de naturaleza contractual, la formación de los actos a través de los cuales esta última manifiesta sus decisiones –durante la gestión de un contrato- deben cumplir ciertos requisitos indispensables que los doten de validez. En ese sentido, **dado que tales decisiones se generan en el desempeño de prerrogativas propias de la administración, corresponde aplicar aquellas disposiciones que regulan la función administrativa del Estado.** Así, por ejemplo, en el marco de una relación contractual –entre la Entidad y el contratista–, las actuaciones que debe realizar la Entidad para expresar su voluntad (sea mediante decisiones o declaraciones) a efectos de que tengan validez deben ser emitidos por el órgano facultado para ello –según su competencia-, deben expresar su respectivo objeto (que deberá ajustarse al ordenamiento jurídico), deben estar debidamente motivados, deben perseguir las finalidades de interés público, entre otros aspectos, ello conforme al Principio de Legalidad.

Lo anteriormente señalado no busca afirmar que las actuaciones que adopte la Entidad durante la ejecución contractual deben considerarse actos administrativos como tal –con todos los efectos que ello implicaría–, sino más bien, reconoce que tales actos y/o decisiones se generan en el ejercicio de la función administrativa, por lo que, de manera supletoria –es decir, en aquello no regulado en la normativa de contrataciones del Estado– pueden aplicarse las reglas propias de dicha función, contenidas en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, siempre que, previo análisis de compatibilidad, se determine, entre otros aspectos, que no contravienen disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado y/o no sean incompatibles con la naturaleza de aquella figura que se pretende aplicar.

Finalmente, con lo indicado en los párrafos precedentes se modifica el criterio contemplado en la Opinión N°130-2018-DTN, según el cual, de suscitarse vicios en la declaración que resuelve la solicitud de ampliación de plazo debe evaluarse una posible aplicación del Código Civil.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado que se ocupa de la ejecución contractual, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles, y no a las disposiciones de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, pues, como se ha indicado, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual. Esto último no afecta ni excluye -cuando corresponda- la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 27444 a las actuaciones que permiten a las Entidades manifestar su voluntad en el marco de una relación contractual bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado.

3.2. Si bien entre el contratista y la Entidad existe una relación de naturaleza contractual, la formación de los actos a través de los cuales esta última manifiesta sus decisiones – durante la gestión de un contrato- deben cumplir ciertos requisitos indispensables que los doten de validez. En ese sentido, dado que tales decisiones se generan en el desempeño de prerrogativas propias de la administración, corresponderá, en dicho caso, aplicar supletoriamente aquellas disposiciones que regulan la función administrativa del Estado.

Jesús María, 15 de diciembre de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC/GMS