

a) En cuanto a la licitación pública, concurso público y adjudicación simplificada para contratar bienes, servicios en general y obras, incluyendo aquellos casos de adjudicaciones simplificadas para la contratación de consultorías de obras y consultorías en general (según lo prevean las bases), si bien los artículos 56, 59 y 67 del RLCE establecen que el comité de selección debe otorgar la buena pro y comunicarla a través de su publicación en el SEACE, debe considerarse que la regla especial y específica sobre notificación prevista en el artículo 42 del RLCE, establece que el otorgamiento de la buena pro en acto público se presume notificado en la fecha del acto, enfatizando además que dicha presunción no admite prueba en contrario.

b) En tal sentido, si bien los artículos 56, 59 y 67 del RLCE establecen una obligación de publicación en el SEACE, la regla de notificación sigue siendo la prevista en el artículo 42 del RLCE, por lo que, en nuestra opinión, esa es la regla que resulta de aplicación respecto a la fecha de notificación de todo acto de otorgamiento de buena pro realizado en acto público.

c) Sin embargo, de aprobarse el proyecto de Acuerdo propuesto, se aplicará, a partir de su publicación, el acuerdo mayoritariamente adoptado.

Mario F. Arteaga Zegarra

J. Antonio Corrales Gonzales

Maria Rojas de Guerra

Paola Saavedra Alburquerque

1531000-1

**Acuerdo de Sala Plena referido a la "Competencia del Tribunal de Contrataciones del Estado para conocer controversias y denuncias derivadas de los procedimientos de contratación desarrollados por PETROPERÚ S.A."**

**TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**

**ACUERDO N° 04-2017/TCE**

06.06.2017

En la SESIÓN N° 5/2017 del 6 de junio de 2017, los Vocales integrantes del Tribunal de Contrataciones del Estado, acordaron por mayoría:

**ACUERDO DE SALA PLENA REFERIDO A LA "COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO PARA CONOCER CONTROVERSIAS Y DENUNCIAS DERIVADAS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DESARROLLADOS POR PETROPERÚ S.A."**

**ACUERDO N° 04/2017**

**06.06.2017**

En este estado, el Presidente dispuso que la Secretaria dé lectura a la propuesta objeto de la sesión, referida a la competencia del Tribunal de Contrataciones del Estado para conocer controversias y denuncias derivadas de los procedimientos de contratación desarrollados por PETROPERÚ S.A.

Así, la Secretaria da lectura a la propuesta de Acuerdo formulada por el Vocal Víctor Villanueva Sandoval sobre la materia referida, cuyo sustento se expone a continuación:

**A.- ANTECEDENTES**

1. Por Ley N° 28840, Ley de Fortalecimiento y Modernización de la Empresa Petróleos del Perú (PETROPERÚ S.A.), publicada el 23 de julio de 2006 en el Diario Oficial El Peruano, se declaró de interés nacional el fortalecimiento y modernización

de PETROPERÚ S.A., estableciéndose que sus actividades deben desarrollarse en el marco de dicha Ley, su Ley Orgánica, el Decreto Legislativo N° 43 y su modificatoria, la Ley N° 26224, su Estatuto Social y, supletoriamente, por las disposiciones de la Ley General de Sociedades.

En dicho contexto, la Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 28840 estableció que las adquisiciones y contrataciones de PETROPERÚ S.A. se rigen por su Reglamento, propuesto por su Directorio y aprobado por el CONSUCODE (actualmente el OSCE); asimismo, prescribe que las modalidades de adquisiciones y contrataciones de PETROPERÚ S.A. serán definidas en su Reglamento y se regirán por los principios de eficiencia, economía, transparencia y auditabilidad, así como los demás principios contenidos en la legislación de la materia.

Dicha disposición complementaria también estableció que en los procesos de adquisiciones y contrataciones de PETROPERÚ S.A., los postores podían interponer recurso de apelación, después de otorgada la buena pro, ante PETROPERÚ S.A., y de revisión ante el Tribunal del CONSUCODE. En el caso del recurso de revisión, los postores debían presentar previamente una garantía por el 1% del valor referencial del proceso de selección.

Finalmente, la referida disposición también estableció la competencia del CONSUCODE para imponer sanciones administrativas a proveedores.

2. En cuanto al desarrollo de las referidas normas legales contenidas en la citada Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 28840, mediante Resolución N° 523-2009-OSCE/PRE<sup>1</sup> se aprobó el Reglamento de Contrataciones de PETROPERÚ S.A., en cuyo numeral 5.12 se estableció:

*"Con relación al Registro Nacional de Proveedores - RNP, el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE, recursos de impugnación y procedimientos administrativos sancionadores que se tramitan ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, será de aplicación el Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.*

*PETROPERÚ está obligado a poner en conocimiento del Tribunal los hechos que den lugar a sanción de acuerdo con las causales previstas en el Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, y el último párrafo de la Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 28840, Ley de Fortalecimiento y Modernización de la Empresa Petróleos del Perú - PETROPERÚ S.A."*

(El énfasis es agregado)

3. Ahora bien, mediante Decreto Legislativo N° 1292 publicado el 30 de diciembre de 2016 en el Diario Oficial El Peruano, se declaró de necesidad pública e interés nacional la reorganización y modernización de PETROPERÚ S.A.; además, entre otros aspectos, se modificó la Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 28840, eliminándose toda referencia a la intervención del OSCE respecto a la aprobación del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones de dicha empresa estatal, así como la competencia del Tribunal en cuanto a los recursos de revisión y la potestad sancionadora.

4. Por este motivo, ante la existencia de procedimientos administrativos sancionadores en trámite y la interposición de recursos de revisión, la Presidencia del Tribunal realizó las gestiones y comunicaciones pertinentes ante otras instancias, con la finalidad de dar a conocer las implicancias del referido cambio legal en la competencia del Tribunal.

El 30 de mayo de 2017, se publicó en el portal institucional del OSCE el Comunicado N° 1-2017-OSCE/

<sup>1</sup> Emitida el 08 de abril del 2008 y publicada el día 12 del mismo mes y año.



TCE, a través del cual se indica que, en tanto no se emita una norma con rango de ley que restituya competencias al Tribunal de Contrataciones del Estado, las Salas que lo componen no pueden conocer los recursos de revisión relacionados con las controversias derivadas de procesos de selección convocados por PETROPERÚ S.A. con posterioridad a la publicación del Decreto Legislativo N° 1292, así como tampoco los procedimientos administrativos sancionadores derivados de procesos de selección desarrollados por dicha Entidad.

5. Mediante Memorando N° 045-2017/V/MAZ presentado el 31 de mayo de 2017, la Presidencia de la Tercera Sala del Tribunal, hizo devolución de un expediente originado a partir de un recurso de revisión toda vez que el mismo no había sido admitido, lo cual debía decidirse teniendo en cuenta el Comunicado N° 1-2017-OSCE/TCE.

6. Asimismo, en el Informe N° 06-2017-CADS-JJSH, adjunto al Memorando N° 1049-2017/STCE del 31 de mayo de 2017, la Secretaría del Tribunal dio a conocer que siguen ingresando solicitudes de sanción y recursos de revisión derivados de procesos de selección convocados por PETROPERÚ S.A.

7. Ante esta situación la Presidencia del Tribunal ha considerado necesario proponer al Colegiado la aprobación de un Acuerdo de Sala Plena donde se determine el trámite a seguir en el Tribunal ante los recursos de revisión derivados de procesos de selección convocados por PETROPERÚ S.A., que han ingresado o puedan ingresar al Tribunal de Contrataciones del Estado, así como respecto de los expedientes administrativos sancionadores.

## B.- ANÁLISIS Y PROPUESTA

8. Cabe resaltar que el principio de legalidad previsto en el numeral 1.1 del artículo IV de del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en lo sucesivo la LPAG, señala que las autoridades deben actuar dentro las facultades que le estén atribuidas, y además, en cuanto al régimen sancionador, dicho principio (tipificado en el numeral 1 del artículo 246 de la LPAG) prescribe que solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a los administrados. Asimismo, en el artículo 70 (Fuente de Competencia Administrativa), numeral 70.1 de la LPAG, se establece que "la competencia de las Entidades tiene su fuente en la Constitución y en la Ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquellas se derivan".

Por consiguiente, al haberse modificado la Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 28840, según los términos expuestos, es importante advertir que, a la fecha, el Tribunal de Contrataciones del Estado no cuenta con autorización legal para intervenir como instancia administrativa en la solución de controversias generadas durante los procedimientos de selección desarrollados por PETROPERÚ S.A., así como respecto al régimen sancionador por la comisión de infracciones administrativas.

9. En los artículos 99, 100 y 101 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, se han establecido los requisitos y trámite de admisibilidad así como las causales de improcedencia aplicables a los recursos de apelación presentados ante el Tribunal o ante la Entidad.

Es importante resaltar que, conforme a lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 28840, el Tribunal de Contrataciones del Estado tenía competencia para conocer y resolver los recursos de revisión que se presentaban en los procesos de selección que convocaba PETROPERÚ S.A. y, por remisión del Reglamento de Contrataciones de dicha Entidad, tramitaba tales recursos aplicando supletoriamente las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Sin embargo, a partir de la vigencia de las modificaciones incorporadas por el Decreto Legislativo N° 1292, **las normas de contrataciones del Estado ya no resultan aplicables a los referidos procedimientos**; asimismo, el Tribunal de Contrataciones del Estado ha perdido las competencias que poseía para conocerlos y resolverlos.

Complementando lo antes indicado, es importante señalar que a través del Decreto Legislativo N° 1272 se ha excluido el recurso de revisión de la LPAG, precisando que sólo cabe cuando por Ley o Decreto Legislativo se establezca su aplicación. Por tanto, el marco normativo general en materia de procedimientos administrativos ya no contempla al recurso de revisión entre los medios impugnatorios que pueden ser formulados, no existiendo a la fecha norma con rango de ley que contemple dicho recurso para los procesos de selección que convoque PETROPERÚ, como exige el artículo 216, numeral 216.1, de la LPAG.

10. En tal sentido, considerando que, a la fecha, los requisitos y trámite de admisibilidad previstos en los artículos 99 y 100 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, son estrictamente aplicables a los recursos de apelación que se resuelven dentro de su ámbito de aplicación; por consiguiente, los recursos de revisión (que han sido excluidos del ámbito jurídico administrativo) relacionados a controversias derivadas de procesos de selección convocados por PETROPERÚ S.A., no pueden ser tramitados bajo las reglas previstas en la normativa de contrataciones del Estado.

En consecuencia, los expedientes relacionados con recursos de revisión por controversias en los procesos de selección convocados por PETROPERÚ S.A., deberán ser devueltos a los administrados en aplicación de lo previsto en el artículo 139 de la LPAG, cuyo inciso 139.2 establece que si la entidad aprecia su incompetencia pero no reúne certeza acerca de la entidad competente, notificará dicha situación al administrado para que adopte la decisión más conveniente a su derecho.

Para tal efecto y con el objeto de no dilatar innecesariamente el procedimiento de selección en el que se interpone dicho recurso, la Presidencia del Tribunal deberá disponer dicha devolución mediante decreto.

11. De igual modo, las modificaciones efectuadas al régimen jurídico de PETROPERÚ S.A. a través del Decreto Legislativo N° 1292, también determinan la pérdida de competencia para conocer procedimientos administrativos sancionadores relacionados con procedimientos de contratación de PETROPERÚ S.A., por lo que, en estricta aplicación del principio de legalidad que rige los procedimientos de tal naturaleza, los expedientes que se encuentren en trámite en la Secretaría del Tribunal deberán archivarlos sin emitir pronunciamiento sobre el fondo, sin perjuicio de su remisión al Ministerio Público en caso se adviertan indicios de presunta comisión de delitos.

### En consecuencia

Visto y considerando la propuesta de la Presidencia del Tribunal, luego del debate correspondiente, la Sala Plena del Tribunal de Contrataciones del Estado **acordó aprobar por mayoría** lo siguiente:

1. En vista de las modificaciones incorporadas por el Decreto Legislativo N° 1292 a la Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 28840, el Tribunal de Contrataciones del Estado carece de competencia para conocer los recursos de revisión relacionados a procesos de selección convocados por PETROPERÚ S.A. a partir del 31 de diciembre de 2016.

2. En los recursos de revisión que se presenten ante el Tribunal no es de aplicación lo dispuesto en los artículos 99, 100 y 101 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que deberán ser devueltos por la Secretaría a los administrados, sin más trámite que su simple verificación y la emisión del decreto autorizado por la Presidencia del Tribunal, en aplicación de lo previsto en el artículo 139 de la LPAG y conforme a lo establecido en el presente Acuerdo.



3. Los expedientes administrativos sancionadores que se encuentren en trámite en la Secretaría del Tribunal a la fecha de entrada en vigencia del presente Acuerdo y los que ingresen a partir de la misma, deberán archivarse previa emisión del decreto correspondiente, sin pronunciamiento sobre el fondo, sin perjuicio de su remisión al Ministerio Público en caso se adviertan indicios de presunta comisión de delitos. Los expedientes sancionadores que se encuentren en Sala deberán ser devueltos a Secretaría para que se efectúe el trámite dispuesto en el presente numeral.

El presente Acuerdo de Sala Plena será de aplicación a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Víctor Villanueva Sandoval

Mario F. Arteaga Zegarra

J. Antonio Corrales Gonzales

Otto Egúsqüiza Roca

Violeta Lucero Ferreyra Coral

Gladys Cecilia Gil Candía

Héctor Marín Inga Huamán

Paola Saavedra Alburqueque

Peter Palomino Figueroa

María Rojas de Guerra

Mariela Sifuentes Huamán

Carola Patricia Cucat Vilchez  
Secretaría del Tribunal

#### VOTO EN DISCORDIA PARCIAL DEL VOCAL JORGE LUIS HERRERA GUERRA

El vocal que suscribe el presente voto, coincide plenamente con lo expresado en los Acuerdos N° 1 y N° 3 del Acuerdo de Sala Plena, así como los fundamentos que sustentan dichas decisiones; sin embargo, respetuosamente, discrepa de la decisión adoptada por la mayoría del Colegiado en el Acuerdo N° 2, así como la motivación que la sustenta. En tal sentido, se precisan los fundamentos de la discrepancia:

1. En efecto, el citado Acuerdo N° 2 señala que los recursos de revisión relacionados a procedimientos de selección convocados por PETROPERU S.A. que se presenten ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, deberán ser devueltos por la Secretaría del Tribunal a los administrados, sin más trámite que su simple verificación y la emisión del decreto autorizado por la Presidencia del Tribunal, en aplicación de lo previsto en el artículo 139 del TUO de la Ley N° 27444; es decir, dichos recursos no serán admitidos a trámite.

Al respecto, existe una diferencia importante entre los conceptos de inadmisibilidad e improcedencia, aun cuando, en ambos casos, el recurrente no ve satisfechas sus pretensiones y no se produce un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia; así lo advirtió, hace ya varios años, el Tribunal Constitucional en su Sentencia del 17 de junio de 1998 (Expediente N° 974-96-HC/TC):

"(...)

2. Que, doctrinaria y legalmente los conceptos procesales de "infundada", "inadmisible" e "improcedente" tienen diferente significación jurídica por tanto consecuencias diversas; en tal sentido, es necesario que los jueces utilicen adecuadamente los términos anotados (...).

3. Que, en principio es "improcedente" una demanda cuando el régimen legal vigente no prescribe el derecho

invocado por el demandante por razón de no estar reconocido tal derecho o por ser jurídicamente imposible el referido derecho, verbigracia falta de oportunidad en el tiempo (caducidad), de lugar (competencia), falta de agotamiento de la vía previa, falta de legitimidad o interés para obrar, de razonabilidad entre los hechos y el petitorio. Es "inadmisible" una demanda cuando carezca de los requisitos que la ley exige; pero pasible de ser subsanados. Es "fundada" una demanda cuando se ha probado la afirmación de los hechos alegados por el demandante que configuran el derecho invocado reconocido por ley; caso contrario, se debe declarar infundada cuando no se prueba los hechos anotados como el presente caso.

"(...)"

(El subrayado es agregado)

2. En efecto, cuando un órgano judicial, administrativo o arbitral no es competente para conocer alguna materia y, especialmente, si se trata de un procedimiento recursivo, la consecuencia jurídica no debe ser que no se admita el recurso o que sea devuelto sin más trámite que su simple verificación, como se señala en el Acuerdo N° 2, pues, en dicho caso, no se trata de un incumplimiento de requisitos de forma que la ley exige y que pueden ser subsanados, sino que, en dichos supuestos, lo que corresponde es que se declare la improcedencia del recurso.

3. Así lo dispone el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, en delante el Reglamento, cuando en su artículo 100, señala que un recurso de apelación se considera como no presentado sólo si se omite presentar los requisitos previstos para su admisibilidad (los cuales, además, pueden ser subsanados), y, en cambio, precisa, en el numeral 1 del artículo 101 del mismo cuerpo normativo, que cuando el Tribunal de Contrataciones del Estado carece competencia para resolverlo debe declarar su improcedencia. Cabe señalar que, conforme a la Base Legal del Procedimiento N° 03 "Recursos de revisión derivados de procesos convocados por Petroperú ante el Tribunal de Contrataciones del Estado" del Texto Único de Procedimientos Administrativos del OSCE, aprobado por el Decreto Supremo N° 196-2016-EF, son de aplicación a dicho procedimiento los artículos 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 104, 111 y 112 del Reglamento, y ello es así por cuanto ni el Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones de Petroperú ni otra norma, contienen disposiciones expresas respecto de la admisibilidad y procedencia de los recursos de revisión materia de análisis.

4. Asimismo, el Tribunal de Contrataciones del Estado en sus resoluciones previas, respecto de estos recursos, ha desarrollado el análisis de admisibilidad y procedencia conforme a las normas antes citadas, las cuales han sido aplicadas de manera supletoria, conforme lo dispone, expresamente, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, cuando señala que, dicha norma y su reglamento, "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".

5. Por su parte, el TUO de la Ley N° 27444, cuando se refiere a la admisibilidad de los recursos impugnatorios, en su artículo 219, sólo dispone que el escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 122 de dicha norma, los cuales están referidos a las formalidades que debe contener todo escrito que se presente ante cualquier entidad. Como se puede apreciar, tampoco el régimen general permite que, ante la verificación de la incompetencia de un órgano, la consecuencia sea que no se admitan los recursos que se presenten respecto de dicha materia.

JORGE LUIS HERRERA GUERRA

1531000-2