

OPINIÓN N° 002-2023/DTN

Entidad: Gobierno Regional de Ucayali

Asunto: Aplicación de la normativa de contrataciones del Estado en el tiempo

Referencia: Formulario S/N de fecha 01.DIC.2022 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente de la Oficina Regional de Asesoría Jurídica del Gobierno Regional de Ucayali formula varias consultas respecto de la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado en el tiempo, en relación a la modificatoria del numeral 27.2 del artículo 27 de la Ley mediante la Ley N° 31433 “Ley que modifica la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, y la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, respecto a las atribuciones y responsabilidades de concejos municipales y concejos regionales, para fortalecer el ejercicio de su función de fiscalización”.

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 en términos genéricos y vinculadas 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 sus modificatorias; 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

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante la Ley N° 30225 y sus modificatorias.
- “Reglamento” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguiente:

- 2.1. ***“¿Si las Contrataciones Directas por causal de acontecimientos catastróficos, realizadas por un Gobierno Regional, con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 31433, deben ser aprobadas por el Gobernador Regional en vías de regularización, o por el Consejo Regional” (Sic).***

Marco constitucional sobre la aplicación de las normas en el tiempo

2.1.1. En principio, debe mencionarse que la Constitución, en su artículo 103, señala que “(...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley (...)”.

Asimismo, el artículo 109 de la Constitución dispone que “*La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte*”.

En virtud de las citadas disposiciones se desprende que, en materia de aplicación de las normas en el tiempo, en nuestro ordenamiento rige la denominada teoría de los hechos cumplidos, es decir que la ley es obligatoria desde su entrada en vigencia, esto es, desde el día siguiente a su publicación en el diario oficial, y se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte¹.

Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo señalado en el numeral 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional derivada del Expediente N° 0002-2006-PI/TC, el cual refiere lo siguiente: “*Diez – Picaso, (...) sostiene que en el momento en que una ley entra en vigor, despliega, por definición, sus efectos normativos y debe ser aplicada a toda situación subsumible en su supuesto de hecho; luego no hay razón alguna por la que deba aplicarse la antigua ley a las situaciones, aún no extinguidas, nacidas con anterioridad (...)*”.

De esta manera, se aprecia como regla general que la ley se aplica a los hechos y situaciones que surjan desde que entra en vigencia y también a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, lo cual incluye a aquellas surgidas bajo la legislación anterior y que aun produzcan efectos, salvo que la misma ley establezca algún tipo de excepción.

Sobre la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado en el tiempo

2.1.2. Tal como se indicó en el numeral anterior, la ley es obligatoria desde su entrada en vigencia, es decir, desde el día siguiente a su publicación en el diario oficial, y se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, salvo disposición expresa de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

En ese contexto, la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley establece que “*Los procedimientos de selección iniciados antes de la entrada en vigencia de la presente norma se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria*”. (El subrayado es agregado).

Así, la propia Ley contempla una disposición transitoria que tiene por objeto regular los procedimientos de selección iniciados antes de su entrada en vigencia, estableciendo que estos continúen rigiéndose por las normas vigentes al momento de su convocatoria; de tal manera que esta permite **la aplicación ultractiva de la anterior Ley**, siempre que se haya convocado el respectivo procedimiento de selección bajo

¹ Sobre el particular, puede consultarse: Rubio Correa, Marcial (2015). *El Título Preliminar del Código Civil*. Undécima Edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, pp. 45-69.

dicho marco normativo.

Como se observa, dicha disposición transitoria establece la aplicación ultractiva de la anterior normativa de contrataciones del Estado, lo que configuraría una excepción a la regla de aplicación inmediata de la ley desde su entrada en vigencia.

Por tanto, si la convocatoria de un procedimiento de selección se realizó durante la vigencia de la Ley y su Reglamento antes de que fueran modificados, el desarrollo de éste, así como la ejecución del contrato que deriva de dicho procedimiento debe efectuarse empleando dicha normativa de contratación pública, a fin de mantener inalterables las condiciones de selección —bajo las cuales, posteriormente, se perfecciona el contrato— y generar seguridad jurídica, para así promover una mayor participación de proveedores en los procesos de contrataciones del Estado.

Sobre el contrato en el marco de los procesos de contratación llevados a cabo mediante los procedimientos de selección clásicos

2.1.3. Realizados los alcances anteriores, resulta pertinente realizar un breve desarrollo sobre la forma en que se perfecciona el contrato en el marco de los procedimientos de selección clásicos, a efectos de, luego, poder remarcar las disposiciones que, de manera excepcional, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto para el caso de la contratación directa por la causal de situación de emergencia establecida en el literal b) del artículo 27 de la Ley.

2.1.4. Sobre el particular, debe señalarse que el proceso de contratación consta de tres (3) fases: fase de actuaciones preparatorias, fase de selección y fase de ejecución contractual; siendo necesario precisar que la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que la realización de las actuaciones que constituyen cada una de dichas fases son realizadas en ese estricto orden.

Es así que, en virtud de lo previsto en el artículo 139 del Reglamento, el contrato se perfecciona con el postor que resultó ganador de la buena pro de un procedimiento de selección convocado y efectuado de conformidad con las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado para tales efectos y, de acuerdo con lo establecido en el artículo 144 del Reglamento, su vigencia (la vigencia del contrato) inicia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o, en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio.

Dicho de otro modo, en el marco de lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, la regla general es que el contrato tiene vigencia a partir del día siguiente de su perfeccionamiento —el que se da cuando se suscribe el documento que contiene el contrato o cuando se recibe la orden de compra o de servicio—, siendo esto posible (el perfeccionamiento) sólo si previamente se han realizado las actuaciones que constituyen a las fases de actuaciones preparatorias y la fase de selección, cumpliendo con los requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y demás disposiciones que establece la mencionada normativa para tales efectos, habiéndose obtenido de allí al ganador o ganadores de la buena pro del respectivo procedimiento de selección.

Sobre la contratación directa por situación de emergencia: sus condiciones y requisitos, así como la posibilidad que establece la normativa de contrataciones del Estado para su realización en vías de regularización

2.1.5. Por otra parte, corresponde señalar que el artículo 27 de la Ley establece una lista de supuestos en los cuales las Entidades se encuentran facultadas a emplear el procedimiento de contratación directa. Al respecto, debe señalarse que la contratación directa es un procedimiento de selección de naturaleza excepcional y no competitiva, que faculta a la Entidad a contratar directamente con un determinado proveedor sin la necesidad de realizar determinadas actuaciones propias de los procedimientos de selección clásicos; siendo necesario precisar que dicha situación no enerva la obligación de la Entidad de cumplir —en el marco de los procesos de contratación que emplean la contratación directa— con los requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías establecidos en la Ley y el Reglamento para las fases de actuaciones preparatorias y de ejecución contractual.

Así, entre las causales de contratación directa previstas en el artículo 27 de la Ley, se encuentra la del literal b), la cual permite que, excepcionalmente, las Entidades puedan contratar directamente con un determinado proveedor “*Ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, situaciones que afecten la defensa o seguridad nacional, situaciones que supongan el grave peligro de que ocurra alguno de los supuestos anteriores, o de una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud*”.

2.1.6. Sobre el particular, resulta pertinente indicar que el literal b) del artículo 100 del Reglamento establece los supuestos en los que se configura la situación de emergencia a la que se refiere el literal b) del artículo 27 de la Ley, siendo éstos:

“b.1.) Acontecimientos catastróficos, que son aquellos de carácter extraordinario ocasionados por la naturaleza o por la acción u omisión del obrar humano que generan daños afectando a una determinada comunidad.

b.2.) Situaciones que afectan la defensa o seguridad nacional dirigidas a enfrentar agresiones de orden interno o externo que menoscaben la consecución de los fines del Estado.

b.3.) Situaciones que supongan grave peligro, que son aquellas en las que exista la posibilidad debidamente comprobada de que cualquiera de los acontecimientos o situaciones anteriores ocurra de manera inminente.

b.4.) Emergencias sanitarias, que son aquellas declaradas por el ente rector del sistema nacional de salud conforme a la ley de la materia”.

Al respecto, es importante añadir que el penúltimo párrafo del literal b) del artículo 100 del Reglamento establece que:

*“En dichas situaciones, la Entidad **contrata de manera inmediata** los bienes, servicios en general, consultorías u obras estrictamente necesarios, tanto para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, como para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, **sin sujetarse a los requisitos formales de la presente norma**. Como máximo, dentro del plazo de veinte (20) días hábiles **siguientes** de efectuada la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros o del inicio de la prestación del servicio, o del inicio de la ejecución de la obra, **la Entidad regulariza aquella documentación referida a las actuaciones preparatorias, el informe o los informes que contienen el sustento técnico legal de la Contratación Directa, la resolución o acuerdo que la aprueba, así como el contrato y sus requisitos**, que a la fecha de la contratación no haya sido elaborada, aprobada o suscrita, según corresponda; debiendo en el mismo plazo registrar y*

*publicar en el SEACE los informes y la resolución o acuerdos antes mencionados*².
(El resaltado y el subrayado son agregados).

Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que, cuando se configura la situación de emergencia a la que se refiere el literal b) del artículo 27 de la Ley, la Entidad se encuentra facultada a **contratar inmediatamente** los bienes, servicios en general, consultorías u obras estrictamente necesarios, tanto para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, como para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, con la **posibilidad de regularizar** aquella documentación a que se refiere el penúltimo párrafo del literal b) del artículo 100 del reglamento; es decir, la contratación directa por situación de emergencia es el **único caso en el que la normativa de contrataciones del Estado ha establecido** que la Entidad puede contratar antes de que se realicen las actuaciones antes referidas.

2.1.7. Por tanto, cuando en virtud de la configuración de la causal de situación de emergencia —a que se refiere el literal b) del artículo 27 de la Ley—, **la Entidad contrata** bienes, servicios en general, consultorías u obras con un proveedor, **regulariza** la documentación a la que se refiere el artículo 100 del Reglamento, entre la que se encuentra el contrato y sus requisitos; teniendo en cuenta que **el cómputo del plazo para realizar dicha regularización inicia a partir** del día hábil siguiente de la ocurrencia de alguno de los eventos —propios de la ejecución contractual— que se detallan a continuación: la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros o del inicio de la prestación del servicio, o del inicio de la ejecución de la obra.

2.1.8. Ahora bien, la consulta solicita que se indique si la Ley N° 31433, vigente desde el 7 de marzo de 2022³, debe aplicarse a las contrataciones directas por la causal de situación de emergencia a la que se refiere el literal b) del numeral 27.1 del artículo 27 de la Ley, realizadas con anterioridad a dicha fecha.

Al respecto, es pertinente señalar que la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del mencionado dispositivo modifica el numeral 27.2 del artículo 27 de la Ley N° 30225 “Ley de Contrataciones del Estado”. A continuación, se muestra un cuadro comparativo del mencionado numeral antes y después de la referida modificatoria:

Numeral 27.2 del artículo 27 de la Ley N° 30225 <u>hasta</u> el 6 de marzo de 2022	Numeral 27.2 del artículo 27 de la Ley N° 30225 <u>a partir</u> del 7 de marzo de 2022
<i>“Las contrataciones directas se aprueban mediante Resolución del Titular de la Entidad, acuerdo del Directorio, del Consejo Regional o del</i>	<i>“Las contrataciones directas se aprueban mediante resolución del titular de la entidad, <u>resolución ejecutiva regional en el caso de los gobiernos</u></i>

² Cabe señalar que, de manera excepcional, a partir de la declaratoria de emergencia nacional a consecuencia del brote del COVID-19, se han emitido normas legales que permiten emplear el procedimiento de contratación directa por la causal de situación de emergencia **a determinadas entidades y para determinados requerimientos**, estableciendo un **plazo de regularización máximo de treinta (30) días hábiles** cuyo inicio se computa de acuerdo con lo establecido en el artículo 100 del Reglamento.

³ La Ley N° 31433 fue publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 6 de marzo de 2022.

<p><i>Concejo Municipal, según corresponda. Esta disposición no alcanza a aquellos supuestos de contratación directa que el reglamento califica como delegable”.</i></p>	<p><u>regionales, resolución de alcaldía en el caso de gobiernos locales, o mediante acuerdo del directorio, según corresponda. <u>Las contrataciones directas aprobadas por el gobernador regional o el alcalde se encuentran sujetas a rendición de cuentas ante el respectivo consejo regional o concejo municipal.</u></u> Esta disposición no alcanza a aquellos supuestos de contratación directa que el reglamento califica como delegable”.</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Como ya se señaló, Ley de Contrataciones del Estado establece una excepción a la regla de la aplicación inmediata de las normas —en lo que referido a las normas que rigen el procedimiento de selección—, aplicándose aquellas que se encontraban vigentes al momento de la convocatoria. No obstante, la disposición modificada por la Ley N° 31433 no regula aspectos del procedimiento de selección, sino, más bien, modifica las formalidades para la aprobación de las contrataciones directas que establece el artículo 27 de la Ley, motivo por el que su aplicación —no estando relacionada al procedimiento de selección, sino a la aprobación de su realización— debe ser inmediata.

En conclusión, en el marco de las contrataciones directas por situación de emergencia, a partir del 7 de marzo de 2022 las aprobaciones que se realicen, incluso en vías de regularización, deben ser realizadas por resolución ejecutiva regional, en el caso de los gobiernos regionales.

2.2. “¿La Ley N° 31433, vigente desde el 04 de marzo de 2022, que otorga la potestad de aprobar mediante Resolución Ejecutiva Regional a los Gobernadores Regionales, las contrataciones directas por situaciones de emergencia, se aplica a contrataciones directas realizadas en años anteriores que, no se regularizaron, o le corresponde aprobar al Consejo Regional?” (Sic).

Como se indicó al absolver la consulta anterior, en el marco de las contrataciones directas por situación de emergencia, a partir del 7 de marzo de 2022 aquellas aprobaciones que se realicen —incluyendo aquellas que se están regularizando—, deben ser realizadas por resolución ejecutiva regional, en el caso de los gobiernos regionales.

2.3. “¿Conforme a lo señalado en el numeral 3.2 de las conclusiones de la OPINIÓN N° 031-2022/DTN, de fecha 04 de abril de 2022, es viable que, el Gobernador Regional apruebe mediante acto resolutivo, la contratación directa por causal de acontecimiento catastrófico, que no se regularizó en su oportunidad y cuya contratación se inició con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 31433?” (Sic).

Sobre el particular, debe indicarse que, efectivamente, la Opinión N° 031-2022/DTN señala que “(...) la potestad que la normativa de Contrataciones del Estado vigente le otorga a los Gobernadores Regionales para aprobar, mediante resolución ejecutiva regional, contrataciones directas por situación de emergencia, rige a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 31433 (...) dichas autoridades se encuentran facultadas a aprobar tales

contrataciones directas, incluso, en vías de regularización, conforme a lo dispuesto en el literal b) del artículo 100 del Reglamento”.

Así, en concordancia con lo que señala la Opinión N° 031-2022/DTN, la potestad que le otorga la normativa de contrataciones del Estado vigente a los Gobernadores Regionales para aprobar, mediante resolución ejecutiva regional, contrataciones directas por situación de emergencia, rige a partir de su entrada en vigencia. Es decir, a partir del 7 de marzo del 2022, los gobernadores regionales pueden aprobar contrataciones directas por la causal de situación de emergencia incluyendo aquellas cuya aprobación se estuviera realizando en vías de regularización.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. En el marco de las contrataciones directas por situación de emergencia, a partir del 7 de marzo de 2022, las aprobaciones que se realicen, incluso en vías de regularización deben ser realizadas por resolución ejecutiva regional, en el caso de los gobiernos regionales.
- 3.2. En concordancia con lo que señala la Opinión N° 031-2022/DTN, la potestad que le otorga la normativa de contrataciones del Estado vigente a los Gobernadores Regionales para aprobar, mediante resolución ejecutiva regional, contrataciones directas por situación de emergencia, rige a partir de su entrada en vigencia. Es decir, a partir del 7 de marzo del 2022, los gobernadores regionales pueden aprobar contrataciones directas por la causal de situación de emergencia incluyendo aquellas cuya aprobación se estuviera realizando en vía de regularización.

Jesús María, 5 de enero de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS