

OPINIÓN N° 033-2022/DTN

Solicitante: Municipalidad Distrital de Pangoa

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

Referencia: Formulario S/N de fecha 11.ABR.2022 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de Pangoa formula varias consultas referidas a la aplicación de normativa de contrataciones del Estado en el tiempo.

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 modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

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

1. CONSULTA¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**Anterior Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1341, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- “**Anterior Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- “**Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N°

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas planteadas en el documento de la referencia, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 3 del TUPA del OSCE. Al respecto, se advierte que las consultas N° 2 y 3 no han sido formuladas en términos genéricos, sino que buscan que el OSCE determine qué acciones debe aplicar una Entidad en el contexto de un contrato en particular; asimismo, dichas consultas no están referidas específicamente al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sino que buscan que se efectúe un análisis particular respecto de una normativa especial, esto es, el Decreto de Urgencia N° 063-2021, lo cual que excede la habilitación legal otorgada a este Organismo Técnico Especializado través del literal n) del artículo 52 de la Ley y, por tal motivo, dichas consultas no podrán ser absuelta en la presente opinión.

1444, vigente desde el 30 de enero de 2019.

- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente desde el 30 de enero de 2019.

La consulta formulada es la siguiente:

2.1. ***“Que al momento de la suscripción del contrato estuvo vigente el Decreto Supremo N° 350-2015-EF “Reglamento de la Ley 30225”, ¿Habiendo sido aprobado el Adicional y Deductivo de Obra el día 23 de noviembre del 2021, que modifica el contrato principal, resultaría aplicable lo regulado en el artículo 205° del DECRETO SUPREMO N° 344-2018-EF al CONTRATO DE EJCUCION DE OBRA N° 01-2017-GM/MDP, de fecha 28 de Diciembre del 2017?”***(Sic).

2.1.1. Antes de iniciar el presente análisis, cabe señalar que este Organismo Técnico Especializado no es competente para pronunciarse sobre situaciones acaecidas en el marco de un contrato en particular. Sin perjuicio de ello, a continuación, se brindarán alcances generales vinculados a los temas planteados en vuestra consulta.

Marco constitucional sobre la aplicación de las normas en el tiempo

2.1.2 Al respecto, 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 (…)*”.

Además, debe agregarse que el artículo 109 de la Constitución dispone: *“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”*.

A partir de las mencionadas disposiciones se entiende 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 parte².

Sobre el particular, es importante señalar que el numeral 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional derivada del Expediente N° 0002-2006-PI/TC dice que *“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 (…)*”.

En ese sentido, como regla general 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 que incluye a aquellas, surgidas bajo la legislación anterior y que aun produzcan efectos, **salvo que la misma ley establezca algún tipo de excepción.**

Aplicación de la normativa de contrataciones del Estado en el tiempo

² 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.

- 2.1.3 Tal como se indicó en el numeral anterior, 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 expresa de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

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

Como puede apreciarse, la Ley establece una disposición transitoria que tiene por objeto que los procedimientos de selección iniciados antes de su entrada en vigencia, continúen rigiéndose por las normas vigentes al momento de su convocatoria, permitiéndose de este modo la **aplicación ultractiva de la anterior Ley**, siempre que se haya convocado el respectivo procedimiento de selección bajo dicho marco normativo.

En dicho contexto, la referida disposición transitoria establece la aplicación ultractiva de la anterior normativa de contratación pública, lo que configuraría una excepción a la regla de aplicación inmediata de la ley desde su entrada en vigencia.

Por ende, si la convocatoria de un procedimiento de selección se llevó a cabo durante la vigencia de la anterior Ley y del Reglamento, su desarrollo debe realizarse empleando la anterior normativa, con la finalidad de mantener inalterables las condiciones de selección, generando seguridad jurídica, y así promover una mayor participación de proveedores.

Normativa aplicable al perfeccionamiento del contrato

- 2.1.4 Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, a través de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley se establece la aplicación ultractiva de la anterior Ley, al permitirse que los procedimientos de selección iniciados antes de su entrada en vigencia continúen rigiéndose por las normas vigentes al momento de su convocatoria.

Ahora bien, para el perfeccionamiento del contrato debe considerarse la normativa prevista en el desarrollo del procedimiento de selección (que conforme se indicó, es la norma vigente al momento de la convocatoria), más aún si conforme a lo indicado en el artículo 116 del anterior Reglamento el contrato estaba conformado por: i) el documento que lo contenía; ii) los documentos del procedimiento de selección que establecían reglas definitivas; iii) la oferta ganadora; y, iv) documentos derivados del procedimiento de selección que establecían obligaciones para las partes, **siendo estos documentos elaborados en el marco de la normativa vigente al momento de la convocatoria.**

En ese sentido, el contrato era suscrito conforme a los documentos del procedimiento de selección, y de conformidad con el mandato contenido en el artículo 62 de la Constitución, los términos contractuales no podían ser modificados.

Por tales motivos, un contrato suscrito bajo los alcances de la normativa anterior, se rige por lo previsto en los documentos que lo conforman, los que provienen del procedimiento de selección al que, a su vez, se aplica la normativa vigente al momento de su convocatoria.

Fondo de Garantía - Decreto de Urgencia N° 063-2021

- 2.1.5 Por otro lado, es importante mencionar que el informe adjunto a la solicitud de opinión hace referencia al Decreto de Urgencia N° 063-2021, a través del cual se establece el fondo de garantía como medio alternativo para garantizar los contratos bajo los regímenes de contratación del Sistema Nacional de Abastecimiento.

Al respecto, es importante señalar que con el fin de mitigar los efectos económicos adversos causados por la Emergencia Sanitaria por la COVID-19, se dictaron **normas de carácter excepcional que establecían reglas especiales** cuyo objeto era dinamizar y reactivar la economía, incluyéndose medidas aplicables a los procesos de contratación pública.

En ese contexto, a partir del 12 de julio de 2021 entró en vigencia el Decreto de Urgencia N° 063-2021, que estableció medidas extraordinarias complementarias **durante el Año Fiscal 2021** para promover la dinamización de las inversiones en el marco de la reactivación económica y la ejecución del gasto público; así como asegurar la continuidad de los procesos de contratación en el marco del sistema nacional de abastecimiento.

Así, una de las medidas extraordinarias dispuestas estuvo referida a la autorización a las Entidades para que, en los documentos de los procedimientos de selección que se convoquen bajo los regímenes de contratación del Sistema Nacional de Abastecimiento, establezcan que el postor adjudicado tenga la facultad de optar, como medio alternativo a la obligación de presentar las garantías de fiel cumplimiento y de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias, por la retención del monto total de la garantía correspondiente (fondo de garantía). Cabe precisar que dicho Decreto de Urgencia, en su numeral 8.2, precisó que la referida autorización se extendía a los procedimientos de selección iniciados previamente a la entrada en vigencia, de la presente norma, siempre que se cumplan ciertas condiciones.

Asimismo, el numeral 8.3, señaló que lo dispuesto en el numeral anterior también era aplicable para los contratos de ejecución periódica de suministro de bienes, servicios, consultorías y de **ejecución de obras**, siempre que se cumplieran las siguientes condiciones:

- i. El plazo de la prestación sea igual o mayor a sesenta (60) días calendario; y,
- ii. Se considere, según corresponda, al menos dos (2) pagos a favor del contratista o dos (2) valorizaciones periódicas en función del avance de obra.

Por su parte, el numeral 8.4 dispuso que la retención se efectúa durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada en cada pago, con cargo a ser devuelto al finalizar el contrato.

Ahora bien, respecto del ámbito y vigencia de las referidas disposiciones, es importante reiterar que el artículo 1 del referido Decreto de Urgencia precisa que éste tiene por objeto dictar medidas extraordinarias complementarias y urgentes en materia económica y financiera, **durante el Año Fiscal 2021**. En esa misma línea, el artículo 13 del referido cuerpo normativo señala que este tiene vigencia **hasta el 31 de diciembre de 2021**³.

En ese sentido, independientemente de la normativa bajo la cual se hubiese suscrito un contrato (sea la anterior normativa de contrataciones del Estado o la vigente), podían aplicarse las disposiciones del artículo 8 del Decreto de Urgencia N° 063-2021, siempre que se realizaran dentro del periodo de vigencia de dicha norma y se cumplieren las condiciones contempladas en el referido artículo.

3. CONCLUSIONES

³ Salvo lo establecido en los artículos 4, 5 y 9, los cuales se sujetan a los plazos establecidos en dichos artículos.

- 3.1 Un contrato suscrito bajo los alcances de la normativa anterior, se rige por lo previsto en los documentos que lo conforman, los que provienen del procedimiento de selección al que, a su vez, se aplica la normativa vigente al momento de su convocatoria.
- 3.2 Independientemente de la normativa bajo la cual se hubiese suscrito un contrato (sea la anterior normativa de contrataciones del Estado o la vigente), podían aplicarse las disposiciones del artículo 8 del Decreto de Urgencia N° 063-2021, siempre que se realizaran dentro del periodo de vigencia de la norma y se cumplieran las condiciones contempladas en el referido artículo.

Jesús María, 9 de mayo de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP.