

OPINIÓN N° 047-2022/DTN

Entidad: Gobierno Regional del Cusco

Asunto: Aprobación de contrataciones directas

Referencia: Formulario S/N de fecha 29.ABR.2022 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, el Gobernador Regional del Gobierno Regional del Cusco, el señor Jean Paul Benavente García formula varias consultas relacionadas a la aprobación de contrataciones directas.

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. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

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 la cuarta, quinta y sexta consulta no han sido formuladas en términos genéricos, sino que buscan que el OSCE determine qué acciones debe aplicar una Entidad en un contexto particular, lo cual excede la habilitación legal otorgada a este Organismo Técnico Especializado a través del literal n) del artículo 52 de la Ley y, por tal motivo, dichas consultas no podrán ser absueltas en la presente opinión.

- 2.1 *“¿Cuál es la norma aplicable para la aprobación de contrataciones directas llevadas a cabo según el literal b.1 del artículo 100 del Reglamento de la Ley N° 30225 (causal de situación de emergencia), en caso dichas contrataciones hayan sido formalizadas mediante orden de servicio/contrato antes de la vigencia de la Ley N° 31433? ¿Es aplicable la Ley N° 31433 que modifica el numeral 27.2 del artículo 27 de la Ley 30225 (aprobación de contrataciones directas mediante resolución ejecutiva regional en el caso de gobiernos regionales), si las actuaciones preparatorias, selección del proveedor y formalización de la orden de servicio de la contratación directa se realizaron con fecha anterior a su entrada en vigencia?”. (Sic)*

Un procedimiento de selección de carácter no competitivo: La Contratación Directa.

- 2.1.1 En primer término, debe señalarse que la normativa de contrataciones del Estado ha definido ciertas causales por las cuales las Entidades pueden contratar empleando el procedimiento de selección de contratación directa. Al respecto, es pertinente indicar que la contratación directa es un procedimiento de selección de naturaleza excepcional y no competitiva, que faculta a las Entidades a contratar directamente con un determinado proveedor sin la necesidad de realizar las actuaciones que constituyen 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.

Abundando más en este último punto, como es sabido, en las actuaciones preparatorias la Entidad determina las características técnicas del objeto que habrá de satisfacer su necesidad, cuantifica su valor económico y determina si cuenta con la disponibilidad presupuestal necesaria para llevar a cabo la contratación. **En la etapa selectiva, elige al proveedor que habrá de ejecutar el contrato.** Por último, en la ejecución contractual verifica que el contratista ejecute las prestaciones conforme a lo pactado y, además, realiza el pago.

Ahora bien, respecto de la etapa selectiva se debe señalar que para elegir al proveedor que habrá de ejecutar las prestaciones del contrato, la Entidad —por regla general— deberá llevar a cabo alguno de los procedimientos de selección de carácter **competitivo** contemplados en la normativa de Contrataciones del Estado. La libre competencia entre postores es la regla general puesto que ofrece a la Entidad mejores condiciones para obtener una mejor oferta.

No obstante, la propia norma ha contemplado determinados supuestos en los que carece de objeto realizar un procedimiento de carácter competitivo, toda vez que, por razones coyunturales, económicas o de mercado, la Entidad requiere contratar directamente con un determinado proveedor para satisfacer su necesidad. Dichos supuestos se encuentran establecidos en el artículo 27 de la Ley, y como ya se mencionó, constituyen las causales de contratación directa.

- 2.1.2. Ahora bien, entre las referidas causales de contratación directa, se encuentra la establecida en el literal b) del artículo 27 de la Ley, la cual dispone que las Entidades pueden emplear el procedimiento de selección de contratación directa por la causal de

“situación de emergencia”, derivada de acontecimientos catastróficos, situaciones que afecten la defensa o seguridad nacional, situaciones que supongan el grave peligro de que ocurra algunos de los anteriores supuestos, o de una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud.

Al respecto, es importante precisar que el artículo 100 del Reglamento establece los supuestos que configuran la causal de contratación directa por situación de emergencia a la que se refiere el literal b) del artículo 27 de la Ley, siendo éstos los siguientes:

“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 desde su instalación y puesta en funcionamiento en el caso de bienes bajo la modalidad de llave en mano, 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. Para la regularización de la garantía, el plazo puede ampliarse por diez (10) días adicionales”* (El resaltado y el subrayado son agregados).

Como se aprecia, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, cuando se configura la causal para la contratación directa por situación de emergencia, la Entidad **contrata 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; posteriormente, en el plazo de ley, **regulariza** aquella documentación a la que se refiere el literal b) del artículo 100 del Reglamento, entre otros, la resolución o acuerdo que la aprueba.

Cabe precisar que la situación de emergencia es el único supuesto de contratación directa que admite su **aprobación en vía de regularización**, es decir, luego de iniciada la ejecución de la prestación, ello en atención a la inmediatez con que debe actuar la Entidad para atender las necesidades urgentes que se hubiesen generado como producto de los eventos antes descritos.

Es así que, para la aprobación de las contrataciones directas, la normativa de contrataciones del Estado ha establecido ciertas condiciones, requisitos y formalidades que deben ser cumplidas.

Así, el numeral 27.2 del artículo 27 de la Ley (antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 31433) señalaba que *“Las contrataciones directas se aprueban mediante Resolución del Titular de la Entidad, acuerdo del Directorio, del Consejo Regional o del Concejo Municipal, según corresponda. Esta disposición no alcanza a aquellos supuestos de contratación directa que el reglamento califica como delegable”*.

Sin embargo, con la entrada en vigencia del de la Ley N° 31433, se modificó referido numeral 27.2 del artículo 27 de la Ley, conforme a lo siguiente: *“Las contrataciones directas se aprueban mediante resolución del titular de la entidad, resolución ejecutiva regional en el caso de los gobiernos regionales, resolución de alcaldía en el caso de gobiernos locales, o mediante acuerdo del directorio, según corresponda. 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. Esta disposición no alcanza a aquellos supuestos de contratación directa que el reglamento califica como delegable.”*

Como se puede observar, la referida modificatoria otorga a los titulares de Gobiernos Regionales y Locales la potestad de aprobar las contrataciones directas, en ese sentido, ahora dicha aprobación ha sido asignada a la parte ejecutiva de cada Entidad.

Ahora bien, en cuanto a la entrada en vigencia de dicha disposición, cabe revisar la regulación referida a la aplicación de las normas en el tiempo, según el marco normativo nacional.

Sobre aplicación de las normas en el tiempo

2.1.3 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.

Por consiguiente, en virtud del principio de aplicación inmediata de las normas, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 31433, las contrataciones directas se aprueban en el caso de Gobiernos Regionales mediante resolución ejecutiva regional y en el caso de Gobiernos Locales mediante resolución de alcaldía³.

Finalmente, cabe precisar que sin perjuicio de la facultad que la Ley N° 31433 ha otorgado a los Gobernadores Regionales y Alcaldes, debe tenerse en cuenta que las contrataciones directas que estos aprueben están sujetas a rendición de cuentas ante el Consejo Regional o el Concejo Municipal, según corresponda.

2.2 “Ante la modificatoria introducida por la Ley N° 31433 respecto del numeral 27.2 del artículo 27 de la Ley ¿resulta aplicable la primera Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento, y, como tal la aprobación de contrataciones directas por parte del Consejo Regional ante supuestos formalizados antes de la vigencia de la Ley N° 31433?” (Sic).

22.1 Tal como se ha indicado previamente, en virtud del principio de aplicación inmediata de las normas, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 31433, las contrataciones directas se aprueban en el caso de Gobiernos Regionales mediante resolución ejecutiva regional y en el caso de Gobiernos Locales mediante resolución de alcaldía.

Adicionalmente cabe mencionar que tanto la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley⁴, así como la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento⁵, referidas a la aplicación ultratractiva de la normativa de contrataciones del

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.

³ Cabe precisar que la Ley N° 31433 no prevé disposiciones transitorias que posterguen o establezcan algún tipo de excepción en cuanto a su vigencia.

⁴ “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”

⁵ “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

Estado, hacen referencia de procedimientos de selección - cuya convocatoria fue publicada inicialmente, pues buscan que las reglas previstas al convocar dicho procedimiento se mantengan durante todo el desarrollo del mismo, así como también sean respetadas durante la etapa de ejecución contractual. No obstante, debe tenerse en consideración, que tratándose de contrataciones directas, en atención a la naturaleza particular que estas revisten, se omite justamente la etapa selectiva, no existiendo, previamente a la suscripción del contrato, una etapa de convocatoria (como tal)⁶ que tenga como finalidad invitar a los proveedores a presentar sus ofertas en el marco de un procedimiento competitivo, así como las demás actuaciones propias de un procedimiento de selección clásico, por tanto, para la regularización y aprobación de tales contrataciones directas, las Entidades deberán remitirse a las normas vigentes.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. En virtud del principio de aplicación inmediata de las normas, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 31433, las contrataciones directas se aprueban en el caso de Gobiernos Regionales mediante resolución ejecutiva regional y en el caso de Gobiernos Locales mediante resolución de alcaldía.
- 3.2. Sin perjuicio de la facultad que la Ley N° 31433 ha otorgado a los Gobernadores Regionales y Alcaldes, debe tenerse en cuenta que las contrataciones directas que estos aprueben están sujetas a rendición de cuentas ante el Consejo Regional o el Concejo Municipal, según corresponda.

Jesús María, 9 de junio de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP.

perfeccionamiento de los contratos que deriven de los mencionados procedimientos de selección.”

⁶ Sin perjuicio de las actuaciones que, para efectos operativos, deban ser regularizadas.