

OPINIÓN N° 057-2019/DTN

Entidad: Ministerio Público – Fiscalía de la Nación

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

Referencia: Oficio N° 000714-2019-MP-FN-PP

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Procurador Público Adjunto del Ministerio Público formula varias consultas referidas a la aplicación de la 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, Ley N° 30225, y el acápite 9 del Anexo 2 del Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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

1. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Referencias

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**Ley**” a la aprobada mediante Ley N° 30225, vigente desde el 9 de enero de 2016.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, vigente hasta el 29 de enero de 2019.
- “**Anterior Ley**” a la aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, vigente hasta

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas planteadas por la Entidad solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 89 del TUPA del OSCE; advirtiéndose que la cuarta consulta busca que este Organismo Técnico Especializado precise si la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado constituye una afectación al principio de legalidad y al debido proceso, aspecto que escapa de las atribuciones que corresponden al OSCE al tratarse de un asunto en concreto y no ser parte de la función de absolver las consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, por lo que dicha consulta no será absuelta.

el 8 de enero de 2016.

- **“Anterior Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, vigente hasta el 8 de enero de 2016.

Las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. **“(…) ¿si los procesos de selección convocados en el marco del Decreto Legislativo N° 1017 continuarán su trámite con dicha normativa, incluyendo los que se hayan declarado desiertos?”**

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 (…)”*.

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

- 2.1.2 Tal como se indicó en el numeral anterior, la ley es obligatoria desde su entrada en

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.

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 anterior Reglamento, el desarrollo del mismo 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 posterior al desierto

2.1.3 En principio, debe indicarse que de conformidad con el artículo 32 de la anterior Ley, los procesos de selección (ahora llamados "procedimientos de selección") quedaban desiertos cuando no había quedado válida ninguna oferta.

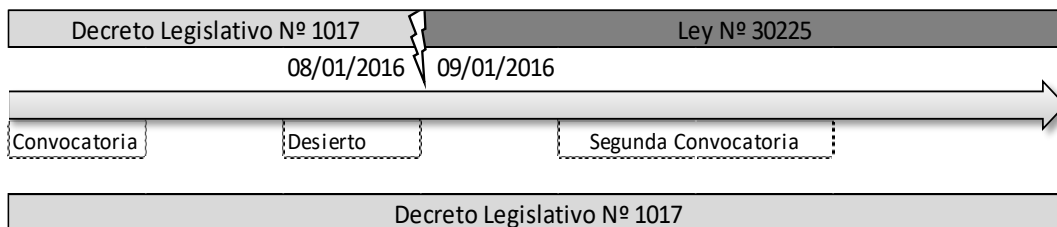
Por su parte, el artículo 78 del anterior Reglamento señalaba que "*Cuando un proceso de selección es declarado desierto total o parcialmente, el Comité Especial o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, deberá emitir informe al Titular de la Entidad o al funcionario a quien haya delegado la facultad de aprobación del Expediente de Contratación en el que justifique y evalúe las causas que no permitieron la conclusión del proceso, debiéndose adoptar las medidas correctivas antes de convocar nuevamente*".

Conforme a lo anterior, declarado desierto un proceso de selección, correspondía al órgano encargado de las contrataciones o al comité especial realizar la siguiente convocatoria, previo informe en el que se justificara y evaluara las causas que no permitieron la conclusión del proceso, así como las medidas correctivas necesarias.

2.1.4 Ahora bien, es preciso mencionar que, tal como se ha indicado en reiteradas opiniones³, la declaración de desierto no concluye con el proceso de selección, el cual continúa en curso mediante una nueva convocatoria del mismo.

³ Como por ejemplo la Opinión N° 036-2017/DTN.

En ese sentido, cuando un proceso de selección convocado en el marco de la anterior Ley y del anterior Reglamento es declarado desierto, corresponde que la nueva convocatoria se realice bajo las reglas vigentes al momento de su primera convocatoria.



- 2.2. *“(...) ¿si el hecho de que continúen con su trámite (dichos procesos) en el mismo marco normativo, extiende el periodo de vigencia del glosado Decreto Legislativo al contrato suscrito con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 30225?”*

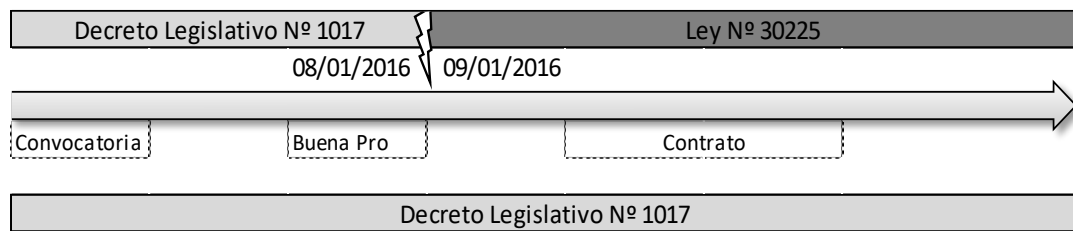
Normativa aplicable al perfeccionamiento del contrato

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.

Así, si bien el artículo 22 del anterior Reglamento disponía que los procesos de selección culminaban –entre otras causales– cuando se suscribía o perfeccionaba el contrato, para realizar esta última actividad debía considerarse la normativa prevista en el desarrollo del proceso de selección (que conforme se indicó, toma en consideración la norma vigente al momento de la convocatoria), más aún si conforme a lo indicado en el artículo 142 del anterior Reglamento el contrato estaba conformado por: i) el documento que lo contiene; ii) las Bases Integradas; iii) la oferta ganadora; y, iv) documentos derivados del procedimiento de selección que establecían obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato, siendo estos documentos elaborados en el marco de la normativa vigente al momento de la convocatoria.

En ese sentido, considerando que el contrato era suscrito conforme a los documentos del proceso de selección, así como el mandato contenido en el artículo 62 de la Constitución, los términos contractuales no pueden ser modificados⁴.

⁴ Así, por ejemplo, disposiciones que regulan la penalidad por mora o la aprobación de adicionales o ampliaciones del plazo.



- 2.3. “(...) *¿Cuál de las Leyes de Contrataciones del Estado y sus respectivos Reglamentos son aplicables a un arbitraje iniciado en el contexto antes reseñado?*”.

Normativa aplicable en un arbitraje

- 2.3.1 Conforme a lo indicado al absolver las consultas anteriores, la Ley permite que el contrato –derivado de un proceso de contratación– se rija conforme a la normativa que correspondía a dicho proceso, que para la materia en consulta se refiere a la normativa vigente al momento de su convocatoria.

Asimismo, durante la ejecución contractual pueden presentarse una serie de controversias, como por ejemplo, las referidas a la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, las cuales se resolvían mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, tal como lo dispone el artículo 52 de la anterior Ley. Así, antes de la culminación del contrato y dentro del plazo fijado en el anterior Reglamento, las partes podían iniciar algunos de los medios de solución de controversias antes citados, entre ellos el arbitraje.

En tal sentido, a efectos de solucionar las controversias producidas durante la ejecución del contrato, debían aplicarse las disposiciones previstas en dicho documento contractual, el mismo que se perfeccionó en el marco de la normativa vigente al momento de la convocatoria del correspondiente proceso de selección, sin perjuicio de aquellas disposiciones procedimentales que en el marco de un arbitraje iniciado resulten aplicables al desarrollo del mismo.

- 2.4. “(...) *¿si sería legalmente viable la modificación de los derechos y obligaciones de las partes establecidos en las bases, concordados con Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento vigentes a esa fecha; si al momento de la suscripción del Contrato, ya había entrado en vigencia la Ley N°30225 y su reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N° 350-2015-EF?*” (Sic).

Tal como se indicó al absolver las consultas anteriores, el contrato suscrito bajo los alcances de la normativa anterior, se rige por lo previsto en los documentos que lo conforman, los que provienen del proceso de selección al que, a su vez, se aplica la normativa vigente al momento de su convocatoria.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Si la convocatoria de un proceso de selección se llevó a cabo en el marco del Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, el desarrollo del mismo debe realizarse empleando dicha normativa, con la finalidad de mantener inalterables las

condiciones de selección, generar seguridad jurídica y así promover una mayor participación de proveedores.

- 3.2. Cuando un proceso de selección convocado en el marco del Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento es declarado desierto, corresponde que la nueva convocatoria se realice bajo las reglas vigentes al momento de su primera convocatoria.
- 3.3. El contrato suscrito bajo los alcances de la normativa anterior, se rige por lo previsto en los documentos que lo conforman, los que provienen del proceso de selección al que, a su vez, se aplica la normativa vigente al momento de su convocatoria.

Jesús María, 9 de abril de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC.