

**OPINIÓN N° 117-2020/DTN**

Entidad: Consorcio Ejecutor Ucayali

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

Referencia: Formulario S/N de fecha 28.OCT.2020 – Consulta Sector Privado sobre la normativa de contrataciones del Estado.

---

**1. ANTECEDENTES**

Mediante el documento de la referencia, el Representante Legal del Consorcio Ejecutor Ucayali, formula una consulta sobre 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, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444.

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

**2. CONSULTA 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° 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 “Para la renovación de Garantías ¿Las Garantías de Fiel Cumplimiento, Adelanto Directo y Adelanto de Materiales, otorgado por una Cooperativa de Ahorro y Crédito inscrita en el Registro Nacional de COOPAC de la Superintendencia de Banca Seguros y AFP, en la ejecución de un contrato que se regula por las disposiciones de la Ley N° 30225 Modificado mediante Decreto Legislativo N°1341 y su reglamento aprobado aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015 EF Modificado mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF, debe cumplir los requisitos adicionales establecidos en el artículo 148 del Decreto Supremo N° 344-2018 EF ?” (Sic.).**

2.1.1. De manera previa, conforme a los antecedentes de la presente Opinión, debe indicarse que este Organismo Técnico Especializado absuelve las consultas relacionadas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas en términos genéricos, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos; en tal sentido, el OSCE no puede, en vía de consulta, pronunciarse sobre el tratamiento que debe dársele a las garantías presentadas por el contratista en el marco de una contratación en particular, aspecto que debe ser analizado y determinado de acuerdo a las particularidades del caso concreto, por la Entidad contratante.

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde desarrollar algunos alcances generales respecto la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado en el tiempo.

2.1.2. En primer lugar, debe indicarse que el artículo 33 de la anterior Ley disponía que las garantías que debían otorgar los postores adjudicatarios y/o contratistas — según corresponda— eran las de fiel cumplimiento del contrato y por adelantos (directos o para materiales), respectivamente. Estas garantías debían ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al sólo requerimiento de la Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emitían.

En ese contexto, el segundo párrafo del referido artículo establecía que las empresas que emitían dichas garantías debían encontrarse bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, las cuales debían estar autorizadas para emitir dichas garantías, o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

2.1.3. Ahora bien, es importante anotar que las garantías otorgadas conforme a lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado deben mantenerse vigentes para salvaguardar los recursos públicos comprometidos en la contratación y, para tal efecto, se dispone su renovación periódica antes de la fecha de su vencimiento, según corresponda.

Sobre el particular, y tomando en consideración el tenor de la consulta planteada, corresponde determinar si la renovación de dichas garantías debe ajustarse a lo previsto en el artículo 33 de la anterior Ley y a las disposiciones del anterior Reglamento –*marco normativo bajo el cual se suscribió el contrato*–, o si –para tal

efecto- resulta de aplicación la disposición adicional –referida a que las garantías sean emitidas por entidades bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP que cuenten con clasificación de riesgo B o superior- incorporada en el artículo 148 del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente desde el 30 de enero de 2019.

En relación con lo anterior, debe indicarse que la Constitución Política del Perú ha establecido en su artículo 103, lo siguiente: “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”. (El énfasis es agregado).

Por su parte, el artículo 109 de la Carta Magna 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*”.

De las disposiciones constitucionales citadas se colige que, en materia de aplicación de las normas en el tiempo, en el ordenamiento jurídico nacional rige la *teoría de los hechos cumplidos*<sup>1</sup>, lo que implica que la ley es obligatoria desde su entrada en vigencia (situación que, en principio, ocurre desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial). Así, una vez que la norma entra en vigencia, esta es aplicable 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 parte<sup>2</sup>.

2.1.4. Sin perjuicio de lo expuesto, a propósito de la consulta planteada, es pertinente anotar que conforme a lo establecido en el artículo 62 de la Norma Suprema “ (...) *Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes, u otras disposiciones de cualquier clase*<sup>3</sup>”

Como se aprecia, si bien la regla general es que desde su entrada en vigencia la ley se aplica de manera inmediata, también es cierto que la Carta Magna dispone determinadas excepciones al respecto, como por ejemplo en materia contractual, en donde las cláusulas del contratos -de conformidad con el artículo 62 de la Constitución- no pueden ser modificados por leyes emitidas con posterioridad a su perfeccionamiento, **salvo que** –de conformidad con el inciso 14 del artículo 2 de la

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo señalado en el fundamento 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 (...)”.

<sup>3</sup> “En este artículo se garantiza que las reglas que regularon el contrato cuando fue hecho, no puedan ser modificados posteriormente por el Estado.” Rubio Correa, Marcial (2012). Para Conocer la Constitución de 1993. Tercera Edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, pp. 117.

Constitución, y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>4</sup>- **dichos términos impliquen afectar el interés u orden público**, o algún bien, principio o derecho constitucional que sea necesario preservar frente a la libertad contractual, para lo cual, previamente, debe efectuarse el test de proporcionalidad.

Efectuadas las precisiones anteriores, cabe anotar que a partir del 30 de enero de 2019 entraron en vigencia el Decreto Legislativo N° 1444 que modifica la Ley N° 30225 (la Ley), y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF; así, obedeciendo a la regulación constitucional sobre la aplicación de las normas en el tiempo, las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado vigente a partir de la fecha señalada, son aplicables a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

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 norma se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria*". (El énfasis es agregado).

De esta manera, se advierte que la Ley contempla una disposición transitoria que tiene por finalidad regular los procedimientos de selección iniciados antes de su entrada en vigencia, estableciendo que éstos continúen rigiéndose por las normas vigentes al momento de su convocatoria; de tal manera que dicha norma permite la aplicación ultractiva de la anterior Ley, siempre que se haya convocado el respectivo procedimiento de selección bajo dicho marco normativo (es decir, bajo la anterior normativa de contrataciones del Estado).

2.1.5. En este punto, debe indicarse que de conformidad con el artículo 116 del anterior Reglamento, el contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.

Así, dentro de los documentos del procedimiento de selección que rigen el contrato, entre otros, se establecen los requisitos que deben cumplir las garantías otorgadas, los cuales se encontrarán acorde a la normativa vigente al momento de la convocatoria. En esa medida, las disposiciones de dicha normativa –incluyendo aquellas relativas a la presentación de garantías- forman parte del contrato derivado del procedimiento de selección y, en consecuencia –en concordancia con lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución-, serán aplicables durante la ejecución contractual.

---

<sup>4</sup> Se puede consultar, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional, emitida el 30 de enero de 2004, recaída sobre el Expediente N° 2670-2002-AA-TC. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho de libertad de contratación está sujeto a una serie de límites expresos e implícitos. Entre los primeros, a partir de lo señalado en el numeral 14) del artículo 2 de la Constitución, tenemos a la finalidad lícita que deberá perseguir todo contrato, así como las normas de orden público que son de obligatorio e ineludible cumplimiento para las partes. En tanto que como límites implícitos tenemos a los derechos fundamentales que pueden justificar limitaciones a la libertad de contratación. Los límites indicados, de hecho, justificarían que el Estado, en virtud de su *ius imperium*, pueda introducir modificaciones en las condiciones contractuales.

Por tanto, la renovación de las garantías presentadas en el marco de un contratación realizada bajo la vigencia de la anterior Ley -aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1341- y su reglamento -aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF-, se rige por dicha normativa<sup>5</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe indicarse que la aceptación -por parte de las Entidades- de las garantías que se presentan en el marco de un proceso de contratación con el Estado y que emiten las entidades autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos y Pensiones, se sujeta a lo dispuesto por la legislación que regula dicha materia y por la Entidad competente.

En consecuencia, al momento de su renovación, corresponderá que las Entidades acepten garantías emitidas por empresas que se encuentren autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos y Pensiones a emitir cartas fianzas.

### **3. CONCLUSIONES**

- 3.1. La renovación de las garantías presentadas en el marco de una contratación realizada bajo la vigencia de la anterior Ley -aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1341- y su reglamento - aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF-, se rige por dicha normativa.
- 3.2. Al momento de su renovación, corresponderá que las Entidades acepten garantías emitidas por empresas que se encuentren autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos y Pensiones a emitir cartas fianzas.

Jesús María, 26 de noviembre de 2020

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
**Directora Técnico Normativa**

LAA/gms

---

<sup>5</sup> Este criterio es concordante con el contemplado en la Opinión N° 233-2019/DTN.