

OPINIÓN N° 193-2019/DTN

Entidad: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo
Asunto: Contrataciones por Convenio Marco
Referencia: Oficio N° 874-2019-MTPE/4/11

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de la Oficina General de Administración del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, formula varias consultas vinculadas a las contrataciones realizadas mediante Convenio Marco.

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

2. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión, se entenderá por:

- “**anterior Ley**” a la aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, vigente hasta 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. *“¿Las disposiciones establecidas en la Directiva N° 002-2012-OSCE/CD, modificada por la Directiva N° 017-2012-OSCE/CD resultan aplicables a las*

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas planteadas por el solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 89 del TUPA del OSCE; advirtiéndose que la última consulta no ha sido formulada en términos genéricos, sino que está vinculada a temas de gestión propios de cada Entidad, por lo que ante el incumplimiento del requisito previsto en el literal b) del numeral 1) del Procedimiento N° 89 del TUPA, dicha consulta no será absuelta.

contrataciones efectuadas mediante Convenio Marco en el año 2014, con los proveedores seleccionados a través de Concurso Público N° 001-2011/OSCE-CM, a pesar que, dicho proceso se convocó durante la vigencia de la Directiva N° 007-2010/OSCE-CD?” (Sic).

2.1.1. De manera previa, es pertinente señalar que las consultas que absuelve el OSCE son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos; en ese sentido, la presente Opinión no tiene como finalidad determinar la normativa o disposiciones que deben aplicarse a un contrato en particular, aspecto que debe ser materia de análisis para cada caso concreto.

Realizada la precisión anterior, es importante indicar de manera preliminar que la Constitución Política del Perú establece 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*

Adicionalmente, 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*”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, citando a Diez Picaso, ha señalado 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 (...)*”².

A partir de lo desarrollado, 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 parte³.

De esta manera, se advierte que, como regla general, **la ley se aplica a los hechos y situaciones que surjan desde que esta entra en vigencia y también a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, lo que incluye a aquellas surgidas bajo los alcances de la legislación anterior y que aun produzcan efectos**; salvo que la misma ley establezca algún tipo de excepción, como puede ser postergar su vigencia en todo o en parte, o permitir que la legislación precedente siga produciendo efectos de manera ultractiva,

² De acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional en el numeral 11 de la sentencia recaída sobre el Expediente N°0002-2006-PI/TC.

³ Al respecto, puede verse Rubio Correa; Marcial (2015). *El Título Preliminar del Código Civil*. Undécima Edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, pp. 45-69.

mediante reglas de derecho transitorio, a efectos de facilitar el tránsito de un régimen legal a otro nuevo.

2.1.2. Aclarado este punto, resulta importante abordar lo concerniente al Convenio Marco. Al respecto, debe indicarse que de conformidad con lo establecido en el artículo 97 del anterior Reglamento, el Convenio Marco era “(...) *la modalidad por la cual se selecciona a aquellos proveedores con los que las Entidades deberán contratar los bienes y servicios que requieran y que son ofertados a través del Catálogo Electrónico de Convenios Marco*”.

En esta modalidad, la Entidad responsable que tenía a su cargo la generación y administración de los Convenios Marco (OSCE en este caso)⁴ definía los bienes y servicios a ser contratados a través del Catálogo Electrónico; conducía los respectivos procesos de selección; suscribía los acuerdos correspondientes y se encargaba de la administración y operatividad de dicha plataforma. Por su parte, las Entidades contratantes, además de estar obligadas a contratar a través de esta modalidad los bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico, tenían la obligación de registrar en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) las órdenes de compra o de servicio correspondientes.

Ahora bien, el numeral 2 del artículo 98 del anterior Reglamento disponía que “*Los Convenios Marco se desarrollarán a través de las fases de actos preparatorios, de selección, de catalogación y de ejecución contractual, rigiéndose por lo previsto en el presente Capítulo y en la Directiva correspondiente, siendo de aplicación supletoria lo dispuesto en la Ley y en el presente Reglamento*”. (El subrayado es agregado).

Como se puede advertir, las contrataciones realizadas a través del Catálogo Electrónico del Convenio Marco se desarrollaban mediante sus propias fases, las cuales se encontraban a cargo, tanto de una Entidad responsable (actos preparatorios, selección y catalogación) como de cada Entidad contratante (ejecución contractual), conforme a lo siguiente:

- 1) **Actos Preparatorios**, que comprendía: (i) el análisis de la demanda; (ii) el análisis de la oferta; (iii) la determinación de la viabilidad; (iv) la determinación del valor referencial; (v) la aprobación del expediente de contratación; (vi) la elaboración y aprobación de las bases.
- 2) **Selección**, que comprendía: (i) la convocatoria; (ii) el registro de participantes; (iii) la formulación de consultas; (iv) la absolución de consultas; (v) la formulación de observaciones; (vi) la absolución de observaciones; (vii) la integración de las Bases (viii) la presentación de propuestas. (ix) la evaluación y calificación de propuestas. (x) el otorgamiento de la Buena Pro (xi) el consentimiento de la Buena Pro; y (xii) la suscripción del Acuerdo de Convenio Marco.

⁴ De conformidad con el artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 014-2009, los procesos de contratación sujetos a la modalidad de Convenio Marco se encontraron a cargo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE (anteriormente CONSUCODE) hasta el 18 de marzo de 2016; fecha en que empezó a ejercer sus funciones la Central de Compras Públicas – PERÚ COMPRAS.

- 3) **Catalogación**, etapa en la cual se ingresaba en el Catálogo Electrónico (i) la información de los proveedores adjudicatarios; y (ii) las características y condiciones de los bienes y servicios ofertados por éstos, información que era sintetizada y consolidada en las fichas-producto.
- 4) **Ejecución Contractual**: comprendía el desarrollo de las actividades conducentes a la contratación de los bienes y/o servicios incluidos en los Catálogos Electrónicos por parte de las “Entidades contratantes” con los proveedores adjudicatarios con quienes se suscribieron los Acuerdos de Convenio Marco, desde el perfeccionamiento del contrato hasta el pago al proveedor adjudicatario por concepto de los bienes y/o servicios⁵.

Como se puede advertir, las fases de actos preparatorios, selección y catalogación eran realizadas por la Entidad responsable, mientras que la fase de ejecución contractual era realizada por cada Entidad contratante.

Finalmente, cabe precisar que el segundo párrafo del numeral 7.4.4 de la Directiva N° 17-2012/OSCE-CD señalaba que “*El procedimiento de desarrollo de cada una de las etapas de las fases de actos preparatorios, selección, catalogación y ejecución contractual será detallado en las Bases del proceso de selección bajo la modalidad de Convenio Marco, conforme a lo señalado en la presente Directiva, pudiendo estar sujeto a la aplicación de reglas especiales*”.

- 2.1.3. Ahora bien, en relación con la consulta formulada, es importante mencionar que en el año 2010 se aprobó la Directiva N° 007-2010/OSCE-CD, la cual establecía normas específicas para la implementación de la modalidad especial de selección de Convenio Marco; sin embargo, posteriormente, en el año 2012, el dispositivo citado fue derogado, entrando en vigencia la Directiva N° 02-2012/OSCE-CD (aprobada mediante Resolución N° 089-2012-OSCE-PRE), la cual a su vez, fue dejada sin efecto por la Directiva N° 17-2012/OSCE-CD (aprobada mediante Resolución N° 292-2012-OSCE/PRE).

Respecto de dicho cambio normativo, las Disposiciones Finales de la Directiva N° 017-2012/OSCE-CD establecían lo siguiente:

“1. La presente Directiva regirá a partir de la entrada en vigencia de la Ley 29873, que modifica la Ley de Contrataciones del Estado y el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, que modifica el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

2. La presente Directiva rige para las contrataciones que se realicen a partir de la fecha de su entrada en vigencia” (El resaltado es agregado).

3. A partir de la vigencia de la presente directiva déjese sin efecto la Directiva N° 02-2012/OSCE-CD.”

De las disposiciones citadas, se aprecia que la Directiva N° 017-2012/OSCE-CD establecía que aquellas contrataciones realizadas a partir de su entrada en

⁵ De acuerdo a lo previsto en el numeral 8.4.1 de la Directiva N° 017-2012/OSCE-CD.

vigencia debían regirse por sus disposiciones.

2.2. “¿Cómo se perfecciona la relación contractual de aquellas contrataciones efectuadas en el año 2014 a través de la plataforma de Convenio Marco?” (Sic).

Como se señaló al absolver la consulta anterior, la Directiva N° 017-2012/OSCE-CD establecía que **aquellas contrataciones realizadas a partir de su entrada en vigencia debían regirse por sus disposiciones.**

Al respecto, cabe precisar que el numeral 8.4.4 de la Directiva N° 017-2012/OSCE-CD dispuso que *“El perfeccionamiento de la relación contractual en esta modalidad, se formaliza a través de la recepción de la orden de compra y/o servicio, independientemente del monto involucrado, por lo que no son aplicables los requisitos, plazos y procedimientos señalados en la Ley y el Reglamento⁶. // Las Bases deberán indicar el procedimiento para el perfeccionamiento de la relación contractual. (...)”*

Por su parte, el numeral 8.4.8.4 de la mencionada Directiva señalaba respecto de la validez de la orden de compra o servicio publicada en el Catálogo Electrónico, lo siguiente: *“La orden de compra o servicio publicada a través de los Catálogos Electrónicos se constituye en un documento válido y suficiente para acreditar las obligaciones y derechos de las partes, posee la misma validez y eficacia que los actos realizados por medios manuales, siempre y cuando no existan discrepancias entre las partes respecto de las condiciones pactadas en dichos catálogos. Sin perjuicio de ello, en las reglas de negocio de cada Convenio Marco podrá establecerse que dicha validación se realice a través de otro mecanismo implementado para tal efecto.”*

De esta manera, puede advertirse que la Directiva N° 017-2012/OSCE-CD había regulado lo concerniente al perfeccionamiento del contrato y la validez de las órdenes de compra o servicio publicadas en los Catálogos Electrónicos, ello sin perjuicio de las regulaciones particulares que pudieran haber sido previstas en reglas de negocio de cada Convenio Marco.

2.3. “¿Resulta procedente la figura del enriquecimiento sin causa, en caso una Entidad se haya beneficiado de prestaciones ejecutadas por un proveedor, en atención al pedido electrónico generado a través de la plataforma de Convenio Marco, sin que la Entidad haya perfeccionado la contratación a través de una orden de compra u orden de servicio?” (Sic).

2.3.1. De manera previa, debe indicarse que el OSCE no puede definir si bajo determinado escenario se ha configurado una situación de enriquecimiento sin causa, toda vez que dicho aspecto que debe ser determinado a partir del análisis de los elementos propios de cada caso.

Sin perjuicio de lo señalado, se debe mencionar que nuestro ordenamiento jurídico ha recogido el principio según el cual *“nadie puede enriquecerse indebidamente a expensas de otro”*. Este principio, conocido como prohibición del **enriquecimiento sin causa**, se ha positivizado en el artículo 1954 del Código Civil de la siguiente

⁶ De conformidad con lo señalado en el artículo 138 del anterior Reglamento.

manera: “*Artículo 1954.- El que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo*”.

En el campo de la Contratación Pública, la figura del enriquecimiento sin causa también ha sido reconocida. De una parte, el Tribunal de Contrataciones del Estado mediante la Resolución N° 176/2004.TC-SU, ha establecido lo siguiente: “*(...) nos encontramos frente a una situación de hecho, en la que ha habido –**aún sin contrato válido**– un conjunto de prestaciones de una parte debidamente aceptadas - y utilizadas por la otra, hecho que no puede ser soslayado para efectos civiles. En este sentido, cabe señalar que, conforme al artículo 1954 del Código Civil, el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa. En efecto, no habiéndose suscrito el contrato correspondiente, no ha existido fundamento legal ni causa justa para dicha atribución patrimonial que sustente el enriquecimiento indebido en el que ha incurrido la Entidad, circunstancias que deberá ser ventilada por las partes en la vía correspondiente.*” (El resaltado es agregado).

Bajo esta consideración, corresponde añadir que este Organismo Técnico Especializado mediante diversas opiniones⁷ ha desarrollado los elementos que deben concurrir para que se configure un enriquecimiento sin causa, los que a saber son: (i) la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial (como puede ser la ausencia de contrato); y (iv) que las prestaciones hayan sido ejecutadas de buena fe por el proveedor⁸.

De esta manera, el proveedor que se encontraba en la situación descrita podía ejercer la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente a efectos de requerir el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas a favor de la Entidad mediante una indemnización. En dicho contexto, la autoridad competente para conocer y resolver dicha acción debía evaluar si la Entidad se había beneficiado –*es decir, enriquecido a expensas del proveedor*- con la prestación.

Sin perjuicio de ello, la Entidad que hubiese advertido la configuración de los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa –*en una decisión de su exclusiva responsabilidad*– podía reconocer de forma directa una indemnización por dicho concepto. De haber sido así, era preciso que la Entidad hubiese coordinado cuando menos con su área de asesoría jurídica interna y con la de presupuesto.

En este punto, es importante reiterar que la obligación de reconocer una suma determinada en favor del proveedor cuando se ha configurado un enriquecimiento sin causa, no emana de la normativa de Contrataciones del Estado, menos aún del contrato (pues este no tiene valor para la mencionada normativa); sino, como ya se mencionó, de un principio general del Derecho, según el cual “**nadie puede enriquecerse a expensas de otro**”.

⁷ Por ejemplo, las Opiniones N° 024-2019/DTN, N° 199-2018/DTN, N° 37-2017/DTN, N° 100-2017/DTN, N° 112-2018/DTN, entre otras.

⁸ Sobre este último punto puede revisarse el primer párrafo del numeral 2.5 de la Opinión N° 112-2018/DTN.

En consecuencia, este Organismo Técnico Especializado no puede determinar las formalidades y/o procedimientos que debe observar la Entidad para reconocer una obligación, cuya fuente es distinta al contrato y a la normativa de contrataciones del Estado, pues ello excedería la habilitación legal conferida por el literal n) del artículo 52 de la Ley. Por tanto, ello deberá ser determinado por la Entidad, como resultado de un análisis del Derecho aplicable (normas, jurisprudencia y doctrina) y de sus normas de organización interna.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. La Segunda Disposición Final de la Directiva N° 017-2012/OSCE-CD establecía que aquellas contrataciones realizadas a partir de su entrada en vigencia debían regirse por sus disposiciones.
- 3.2. La Entidad que hubiese advertido la configuración de los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa –*en una decisión de su exclusiva responsabilidad*– podía reconocer de forma directa una indemnización por dicho concepto. De haber sido así, era preciso que la Entidad hubiese coordinado cuando menos con su área de asesoría jurídica interna y con la de presupuesto.

Jesús María, 6 de noviembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/JDS