

OPINIÓN N° 217-2019/DTN

Solicitante: Arturo Ernesto Delgado Vizcarra

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

Referencia: Documento S/N de fecha 8.NOV.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Arturo Ernesto Delgado Vizcarra formula una consulta referida 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, modificada por Decreto Legislativo N° 1444; así como por el acápite 9 del Anexo 2 del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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

1. CONSULTA Y ANÁLISIS

Referencias

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.

Las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. **“¿Cuál es la ley de Contrataciones del Estado aplicable para la ejecución de cualquier contrato de obra convocado a través de una adjudicación simplificada derivada de una licitación pública desierta, si dicha licitación fue convocada cuando estuvo vigente el Decreto Legislativo N° 1341 y la adjudicación simplificada fue convocada cuando se encontró vigente el Decreto Legislativo N° 1444?”**

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 (...)*”.

Asimismo, 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*”.

En virtud de las citadas disposiciones se desprende 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 parte¹.

Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo señalado en el numeral 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 (...)*”.

De esta manera, se aprecia como regla general que 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 cual 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

¹ 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.

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

En ese contexto, 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 subrayado es agregado).

Así, la propia Ley contempla una disposición transitoria que tiene por objeto regular los procedimientos de selección iniciados antes de su entrada en vigencia, estableciendo que estos continúen rigiéndose por las normas vigentes al momento de su convocatoria; de tal manera que esta permite la **aplicación ultractiva de la anterior Ley**, siempre que se haya convocado el respectivo procedimiento de selección bajo dicho marco normativo.

Como se observa, dicha disposición transitoria establece la aplicación ultractiva de la anterior normativa de contrataciones del Estado, lo que configuraría una excepción a la regla de aplicación inmediata de la ley desde su entrada en vigencia.

Por tanto, si la convocatoria de un procedimiento de selección se realizó durante la vigencia de la anterior Ley y del anterior Reglamento, el desarrollo de éste debe efectuarse empleando dicha normativa de contratación pública, a fin de mantener inalterables las condiciones de selección y generar seguridad jurídica, para así promover una mayor participación de proveedores en los procesos de contrataciones del Estado.

Normativa aplicable posterior al desierto

- 2.1.3 Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la anterior Ley, los procedimientos de selección se declaraban desiertos cuando no quedaba válida ninguna oferta.

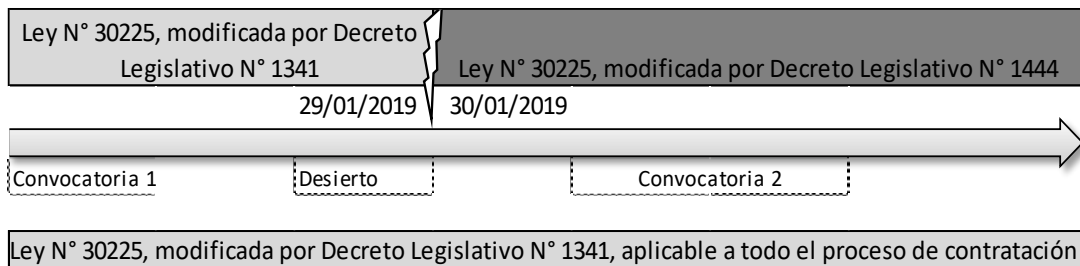
Por su parte, el numeral 44.2 del artículo 44 del anterior Reglamento establecía que "*Cuando un procedimiento de selección es declarado desierto total o parcialmente, el órgano encargado de las contrataciones o el comité de selección, según corresponda, debe emitir un informe al Titular de la Entidad 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 procedimiento, debiéndose adoptar las medidas correctivas antes de convocar nuevamente*". (El énfasis es agregado).

Bajo tal regulación, cuando se declaraba desierto un procedimiento de selección correspondía al órgano encargado de las contrataciones o al comité de selección realizar una siguiente convocatoria, previa elaboración de un informe en el que se justificara y evaluara las causas que no permitieron la conclusión de dicho procedimiento, y la implementación de las medidas correctivas que resultaran

necesarias para tal efecto.

En este punto, es importante anotar que -conforme a lo indicado en reiteradas opiniones²- la declaración de desierto **no** concluye con el procedimiento de selección³, el cual continúa su curso mediante una nueva convocatoria.

Por ello, cuando un procedimiento de selección se convocaba en el marco de la anterior Ley y del anterior Reglamento, y era declarado desierto, correspondía que la nueva convocatoria se realizara bajo las reglas vigentes al momento de la primera convocatoria de dicho procedimiento, tal como aprecia en el siguiente gráfico:



Normativa aplicable al perfeccionamiento del contrato

2.1.4. En tal sentido, considerando que el artículo 48 del anterior Reglamento disponía que los procedimientos de selección culminaban –entre otras causales– cuando se perfeccionaba el contrato, dicho acto debía realizarse observando la normativa aplicable al procedimiento de selección (que conforme a lo indicado, al derivar de una declaratoria de desierto, se regía por la normativa vigente al momento de su primera convocatoria).

Lo señalado en el párrafo precedente es concordante con lo dispuesto en el numeral 116.1 del artículo 116 del anterior Reglamento, el cual establecía que **el contrato se conformaba por**: i) el documento que lo contenía; ii) los documentos del procedimiento de selección que establecían reglas definitivas; iii) la oferta ganadora; y, iv) los documentos derivados del procedimiento de selección que establecían obligaciones para las partes; documentos que eran elaborados en observancia de lo establecido por la normativa vigente al momento de la convocatoria, que –consecuentemente- aplicaba al contrato⁴.

² Como por ejemplo, las Opiniones N° 057-2019/DTN y N° 036-2017/DTN, entre otras.

³ Sobre el particular, debe precisarse que, tanto la anterior normativa como la vigente, establecen cuatro supuestos en los que se produce la culminación del procedimiento de selección: (i) *cuando se perfecciona el contrato*; (ii) *cuando se cancela el procedimiento*; (iii) *cuando se deja sin efecto el otorgamiento de la buena pro por causa imputable a la Entidad*; y, (iv) *cuando no se suscriba el contrato por las causales establecidas en el Reglamento*.

⁴ En concordancia con lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución, en virtud del cual “(...) *Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.* (...)”.

Por lo expuesto, si en el marco de la Ley N° 30225, modificada por Decreto Legislativo N° 1444, se convocó una adjudicación simplificada derivada de una licitación pública declarada desierta, cuya primera convocatoria se realizó durante la vigencia de la Ley N° 30225, modificada por Decreto Legislativo N° 1341, el contrato resultante de dicho procedimiento de selección debe regirse bajo los alcances de la Ley vigente al momento de su primera convocatoria.

3. CONCLUSIÓN

Si en el marco de la Ley N° 30225, modificada por Decreto Legislativo N° 1444, se convocó una adjudicación simplificada derivada de una licitación pública declarada desierta, cuya primera convocatoria se realizó durante la vigencia de la Ley N° 30225, modificada por Decreto Legislativo N° 1341, el contrato resultante de dicho procedimiento de selección debe regirse bajo los alcances de la Ley vigente al momento de su primera convocatoria.

Jesús María, 3 de diciembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA.