

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.

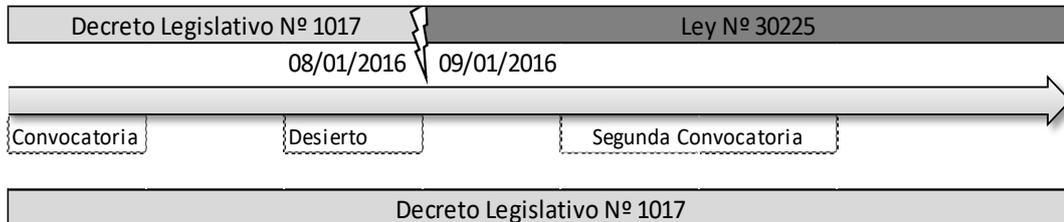
Por su parte, el artículo 78 del anterior Reglamento señalaba que "*Cuando un proceso de selección es declarado desierto total o parcialmente, el Comité Especial o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, deberá emitir informe al Titular de la Entidad o al funcionario a quien haya 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?”*

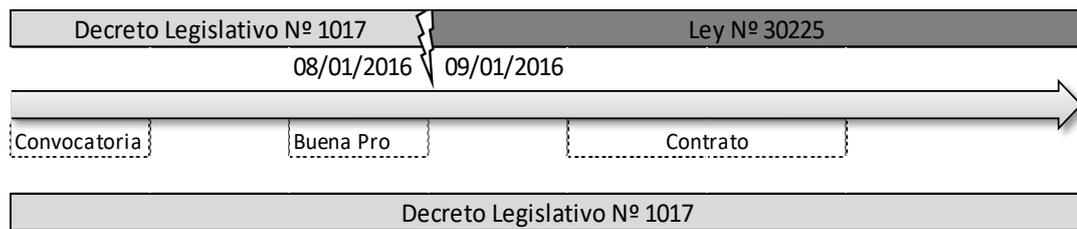
Normativa aplicable al perfeccionamiento del contrato

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.

OPINIÓN N° 033-2022/DTN

Solicitante: Municipalidad Distrital de Pangoa

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

Referencia: Formulario S/N de fecha 11.ABR.2022 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de Pangoa formula varias consultas referidas a la aplicación de 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, 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 modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

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

1. CONSULTA¹ 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°

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 las consultas N° 2 y 3 no han sido formuladas en términos genéricos, sino que buscan que el OSCE determine qué acciones debe aplicar una Entidad en el contexto de un contrato en particular; asimismo, dichas consultas no están referidas específicamente al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sino que buscan que se efectúe un análisis particular respecto de una normativa especial, esto es, el Decreto de Urgencia N° 063-2021, lo cual que excede la habilitación legal otorgada a este Organismo Técnico Especializado través del literal n) del artículo 52 de la Ley y, por tal motivo, dichas consultas no podrán ser absuelta en la presente opinión.

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. ***“Que al momento de la suscripción del contrato estuvo vigente el Decreto Supremo N° 350-2015-EF “Reglamento de la Ley 30225”, ¿Habiendo sido aprobado el Adicional y Deductivo de Obra el día 23 de noviembre del 2021, que modifica el contrato principal, resultaría aplicable lo regulado en el artículo 205° del DECRETO SUPREMO N° 344-2018-EF al CONTRATO DE EJCUCION DE OBRA N° 01-2017-GM/MDP, de fecha 28 de Diciembre del 2017?”(Sic).***

2.1.1. Antes de iniciar el presente análisis, cabe señalar que este Organismo Técnico Especializado no es competente para pronunciarse sobre situaciones acaecidas en el marco de un contrato en particular. Sin perjuicio de ello, a continuación, se brindarán alcances generales vinculados a los temas planteados en vuestra consulta.

Marco constitucional sobre la aplicación de las normas en el tiempo

2.1.2 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.**

Aplicación de la normativa de contrataciones del Estado en el tiempo

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.

- 2.1.3 Tal como se indicó en el numeral anterior, 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 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 Reglamento, su desarrollo 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 al perfeccionamiento del contrato

- 2.1.4 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.

Ahora bien, para el perfeccionamiento del contrato debe considerarse la normativa prevista en el desarrollo del procedimiento de selección (que conforme se indicó, es la norma vigente al momento de la convocatoria), más aún si conforme a lo indicado en el artículo 116 del anterior Reglamento el contrato estaba conformado por: i) el documento que lo contenía; ii) los documentos del procedimiento de selección que establecían reglas definitivas; iii) la oferta ganadora; y, iv) documentos derivados del procedimiento de selección que establecían obligaciones para las partes, **siendo estos documentos elaborados en el marco de la normativa vigente al momento de la convocatoria.**

En ese sentido, el contrato era suscrito conforme a los documentos del procedimiento de selección, y de conformidad con el mandato contenido en el artículo 62 de la Constitución, los términos contractuales no podían ser modificados.

Por tales motivos, un contrato suscrito bajo los alcances de la normativa anterior, se rige por lo previsto en los documentos que lo conforman, los que provienen del procedimiento de selección al que, a su vez, se aplica la normativa vigente al momento de su convocatoria.

Fondo de Garantía - Decreto de Urgencia N° 063-2021

- 2.1.5 Por otro lado, es importante mencionar que el informe adjunto a la solicitud de opinión hace referencia al Decreto de Urgencia N° 063-2021, a través del cual se establece el fondo de garantía como medio alternativo para garantizar los contratos bajo los regímenes de contratación del Sistema Nacional de Abastecimiento.

Al respecto, es importante señalar que con el fin de mitigar los efectos económicos adversos causados por la Emergencia Sanitaria por la COVID-19, se dictaron **normas de carácter excepcional que establecían reglas especiales** cuyo objeto era dinamizar y reactivar la economía, incluyéndose medidas aplicables a los procesos de contratación pública.

En ese contexto, a partir del 12 de julio de 2021 entró en vigencia el Decreto de Urgencia N° 063-2021, que estableció medidas extraordinarias complementarias **durante el Año Fiscal 2021** para promover la dinamización de las inversiones en el marco de la reactivación económica y la ejecución del gasto público; así como asegurar la continuidad de los procesos de contratación en el marco del sistema nacional de abastecimiento.

Así, una de las medidas extraordinarias dispuestas estuvo referida a la autorización a las Entidades para que, en los documentos de los procedimientos de selección que se convoquen bajo los regímenes de contratación del Sistema Nacional de Abastecimiento, establezcan que el postor adjudicado tenga la facultad de optar, como medio alternativo a la obligación de presentar las garantías de fiel cumplimiento y de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias, por la retención del monto total de la garantía correspondiente (fondo de garantía). Cabe precisar que dicho Decreto de Urgencia, en su numeral 8.2, precisó que la referida autorización se extendía a los procedimientos de selección iniciados previamente a la entrada en vigencia, de la presente norma, siempre que se cumplan ciertas condiciones.

Asimismo, el numeral 8.3, señaló que lo dispuesto en el numeral anterior también era aplicable para los contratos de ejecución periódica de suministro de bienes, servicios, consultorías y de **ejecución de obras**, siempre que se cumplieran las siguientes condiciones:

- i. El plazo de la prestación sea igual o mayor a sesenta (60) días calendario; y,
- ii. Se considere, según corresponda, al menos dos (2) pagos a favor del contratista o dos (2) valorizaciones periódicas en función del avance de obra.

Por su parte, el numeral 8.4 dispuso que la retención se efectúa durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada en cada pago, con cargo a ser devuelto al finalizar el contrato.

Ahora bien, respecto del ámbito y vigencia de las referidas disposiciones, es importante reiterar que el artículo 1 del referido Decreto de Urgencia precisa que éste tiene por objeto dictar medidas extraordinarias complementarias y urgentes en materia económica y financiera, **durante el Año Fiscal 2021**. En esa misma línea, el artículo 13 del referido cuerpo normativo señala que este tiene vigencia **hasta el 31 de diciembre de 2021**³.

En ese sentido, independientemente de la normativa bajo la cual se hubiese suscrito un contrato (sea la anterior normativa de contrataciones del Estado o la vigente), podían aplicarse las disposiciones del artículo 8 del Decreto de Urgencia N° 063-2021, siempre que se realizaran dentro del periodo de vigencia de dicha norma y se cumplieren las condiciones contempladas en el referido artículo.

3. CONCLUSIONES

³ Salvo lo establecido en los artículos 4, 5 y 9, los cuales se sujetan a los plazos establecidos en dichos artículos.

- 3.1 Un contrato suscrito bajo los alcances de la normativa anterior, se rige por lo previsto en los documentos que lo conforman, los que provienen del procedimiento de selección al que, a su vez, se aplica la normativa vigente al momento de su convocatoria.
- 3.2 Independientemente de la normativa bajo la cual se hubiese suscrito un contrato (sea la anterior normativa de contrataciones del Estado o la vigente), podían aplicarse las disposiciones del artículo 8 del Decreto de Urgencia N° 063-2021, siempre que se realizaran dentro del periodo de vigencia de la norma y se cumplieran las condiciones contempladas en el referido artículo.

Jesús María, 9 de mayo de 2022



Firmado digitalmente por SEMINARIO
ZAVALA Patricia Mercedes FAU
20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 10.05.2022 12:44:44 -05:00

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP.

OPINIÓN N° 040-2017/DTN

Entidad: Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - SEDAPAL

Asunto: Normativa aplicable a contrato complementario

Referencia: a) Carta N° 165-2016-GALR
b) Carta N° 169-2016-GALR

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, el Gerente de Asuntos Legales y Regulación del Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - SEDAPAL realiza varias consultas sobre la normativa aplicable a un contrato complementario.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Supervisor 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 o) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 (En adelante, la "Ley") y la Tercera Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF (En adelante, el "Reglamento").

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

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS¹

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 ***“¿Si un contrato celebrado en el marco de la normativa del Decreto Legislativo 1017, para dar lugar a una contratación complementaria, se debe cumplir con los requisitos señalados en el Artículo 182° de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF o contrariamente los previstos en el Artículo 150° del Reglamento de la Ley N° 30225, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF?”(sic).***

2.1.1 De acuerdo con el artículo 182 del anterior Reglamento, dentro de los tres (3) meses posteriores a la culminación del contrato, la Entidad podrá contratar,

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por la solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 89 del TUPA, “Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, determinándose que la Consulta N° 5 no se ha formulado de manera clara ni directa; por lo que, ante el incumplimiento del requisito previsto en el literal b) del numeral 1) del Procedimiento N° 89 del TUPA, la Consulta N° 5 no será absuelta.

complementariamente, bienes y servicios con el mismo contratista, por única vez y en tanto culmine el proceso de selección convocado, hasta por un máximo del treinta por ciento (30%) del monto del contrato original, siempre que se trate del mismo bien o servicio y que el contratista preserve las condiciones que dieron lugar a la contratación.

Sobre el particular, cabe precisar que la posibilidad de contratar complementariamente constituye un supuesto de excepción a la obligación de las Entidades de convocar procesos de selección para contratar, con fondos públicos, a los proveedores que les prestarán los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones; por lo que, debe aplicarse en forma restrictiva y únicamente cuando se cumplan las condiciones establecidas en la normativa.

En esa medida, el artículo 182 del anterior Reglamento debía aplicarse únicamente cuando se cumplieran las condiciones previstas en este; es decir, que la contratación complementaria se efectuara: (i) dentro de los tres (3) meses posteriores a la culminación del contrato; (ii) por un monto no mayor al treinta por ciento (30%) del monto del contrato original; (iii) con el contratista original; (iv) por única vez; (v) en tanto culmine el proceso de selección convocado²; (vi) que se celebre para obtener el mismo bien o servicio del contrato original; (vii) que se preserven las condiciones del contrato original³.

Dicho vínculo se materializaba través de la celebración de un nuevo contrato, que daba lugar al nacimiento de una relación jurídica distinta a aquella inicialmente entablada entre el contratista y la Entidad (contrato original), pero sujeto a las mismas condiciones que dieron origen al contrato original.

2.1.2 Ahora bien, para absolver la consulta formulada, sobre qué requisitos deben cumplirse para proceder con una contratación complementaria de un contrato firmado bajo los alcances de la normativa anterior, debemos tener presente la regulación constitucional sobre la aplicación de las normas en el tiempo. Esta, de manera general, se encuentra prevista en el artículo 103 de la Constitución en los términos siguientes: *“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”*.

² Considerando que la contratación complementaria permite que la Entidad satisfaga la necesidad de abastecerse de los bienes y servicios entre una contratación culminada y otra contratación en curso, dicho requisito supone la existencia de un proceso de selección convocado de forma previa a la suscripción del contrato complementario, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las funciones, servicios, actividades u operaciones que la Entidad tiene a su cargo, en tanto se seleccione al proveedor que cubrirá dicho requerimiento. No obstante, el referido requisito no será necesario cuando con dicha contratación complementaria se agote la necesidad de la Entidad, lo que debe ser sustentado por el área usuaria al formular su requerimiento.

³ Esto es, que el contratista cumpla con todos aquellos aspectos que constituyen requerimientos técnicos mínimos, aquellos aspectos que fueron materia de calificación mediante los factores de evaluación –incluyendo las mejoras ofrecidas al momento de presentar su propuesta técnica–, y cualquier otra condición prevista en las Bases.

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 estas 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 expresa de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte⁴ o que permite que la legislación precedente siga produciendo efectos de manera ultractiva.

Entonces, 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, como puede ser postergar su vigencia en todo o en parte, o permitir que la legislación precedente siga produciendo efectos de manera ultractiva, mediante reglas de derecho transitorio, a efectos de facilitar el tránsito de un régimen legal a otro nuevo.

Sobre el particular, es importante señalar que el numeral 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional derivada del Expediente N° 0002-2006-PI/TC establece 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 este mismo sentido, la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado vigente, dispuso la derogatoria del Decreto Legislativo 1017, según lo previsto en su Única Disposición Complementaria Derogatoria; asimismo, mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF se aprobó el Reglamento. En virtud del cual dichos cuerpos normativos entraron en vigencia el 09 de enero de 2016.

De lo anterior se desprende que en todo procedimiento de contratación iniciado a partir del 9 de enero de 2016, se regirá por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N° 30225 y su Reglamento⁵.

De esta forma, como se indicó en el numeral anterior, la contratación complementaria determina la suscripción de un nuevo contrato, aunque con el

⁴ 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.

⁵ Mediante Comunicado S/N publicado en enero de 2016, este Organismo Supervisor señaló que “*Todas las entidades públicas que se encuentren comprendidas dentro del alcance del artículo 3º de la Ley N° 30225 deberán aplicar la nueva normativa para la contratación de bienes, servicios y obras que requieran*” precisando que “*Los procesos de selección convocados en el marco del Decreto Legislativo N° 1017 continuarán su trámite con dicha normativa hasta su conclusión (...)*”.

mismo contratista y en las mismas condiciones del contrato original, al cual se le aplican las disposiciones establecidas en la normativa vigente al momento de su celebración, es decir, la Ley y su Reglamento.

2.1.3 En tal sentido, las contrataciones complementarias que se suscriban con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley y su Reglamento se registrarán por estos dispositivos legales, es decir, la Ley 30225 y su Reglamento, aprobado por el D.S.N° 350-2015-EF, aún cuando el contrato original haya sido suscrito durante la vigencia de la anterior normativa de contrataciones del Estado.

2.2 ***“¿En una contratación complementaria, derivada de un contrato formalizado durante la vigencia del Decreto Legislativo 1017, si se prescinde del Artículo 182° de su Reglamento y aplica el Artículo 150° del "Reglamento" de la "Ley", se estaría aplicando retroactivamente la Ley N° 30225 al contrato primigenio y vulnerando la Segunda Disposición Complementaria Final?”***(sic).

Como se ha señalado al absolver la primera consulta, las contrataciones complementarias configuran una nueva relación contractual, y, por tanto, de suscribirse con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 30225 y su Reglamento se registrarán por estos dispositivos legales.

Por su parte, el contrato original suscrito bajo los alcances de la normativa anterior, se rige por lo previsto en esta última, correspondiendo que sea así hasta su culminación. Ello en aplicación del artículo 62 de la Constitución que dispone que: "(...) *Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.*"

De esta forma, no se trata de una aplicación retroactiva de la Ley y su Reglamento, toda vez que estos no estarían siendo aplicados al contrato suscrito bajo los alcances de la normativa anterior.

2.3 ***"Durante la vigencia del Decreto Legislativo 1017, diferentes Opiniones del OSCE han señalado que la contratación complementaria se materializa mediante la celebración de un nuevo contrato, que da lugar al nacimiento de una relación jurídica distinta a la inicialmente entablada. ¿Esta afirmación obedece a que era requisito la culminación del contrato original, que el Artículo 42° del Decreto Legislativo 1017 señalaba, ocurría con la conformidad a la prestación y pago correspondiente dando lugar a su archivamiento definitivo?"*** (sic).

En primer lugar, es importante mencionar que de acuerdo con lo previsto tanto por el artículo 182 del anterior Reglamento, como por el artículo 150 del Reglamento vigente, la figura de la contratación complementaria es reconocida dentro de la normativa, como una figura diferente del contrato original y que, en consecuencia, corresponde a un nuevo acuerdo de voluntades entre ambas partes (Entidad y contratista) para ejecutar las mismas prestaciones por única vez y hasta por un máximo del treinta (30%) del monto del contrato original⁶.

⁶ De acuerdo con el Anexo único de Definiciones del Reglamento, contrato original es el contrato suscrito como consecuencia del otorgamiento de la buena pro en las condiciones establecidas en las Bases y la oferta ganadora.

Como puede apreciarse, la normativa es clara al diferenciar el contrato original de la contratación complementaria, de lo cual se sigue que se trata de relaciones contractuales distintas e independientes.

En dicha medida, el contrato complementario corresponde a una nueva relación contractual, la misma que se materializa a través de la suscripción de un nuevo contrato, el cual tiene su propio plazo y monto de ejecución, siempre preservándose - por parte del contratista- las mismas condiciones que dieron lugar a la adquisición o contratación.

De esta forma, la sola culminación del contrato original no determina que el contrato complementario sea considerado como una nueva relación contractual, toda vez que como ya se ha señalado previamente, la propia normativa establece la diferencia entre la contratación complementaria y el contrato original, entendiéndose ambos como relaciones contractuales independientes.

2.4 "De no haber sido la culminación del contrato el criterio determinante para concebir la contratación complementaria como un contrato nuevo, independiente del contrato original, ¿cuál fue el criterio fundamental para que se considere así a la contratación complementaria?" (sic).

Como se ha referido en la absolución a las anteriores consultas, la contratación complementaria configura una nueva relación contractual lo que se materializa en un nuevo contrato.

Esta contratación, constituye un nuevo acuerdo entre ambas partes (Entidad y contratista) que no se configura como una adenda ni una prórroga al contrato original, toda vez que no se trata de extender el plazo de ejecución del contrato original sino de pactar el inicio de un nuevo contrato.

2.5 "¿En el marco del Artículo 150° de la "Ley" es viable considerar la contratación complementaria como un nuevo contrato independiente del contrato original, considerando que ahora el requisito es que haya culminado el plazo contractual?" (sic).

De acuerdo con lo señalado en la absolución a las consultas anteriores, la contratación complementaria configura una nueva relación contractual lo que se materializa en un nuevo contrato.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 Las contrataciones complementarias que se suscriban con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley y su Reglamento se regirán por estos dispositivos legales, es decir, La Ley 30225 y su Reglamento, aprobado por el D.S.N° 350-2015-EF, toda vez que se materializan con la suscripción de un nuevo contrato, lo que da lugar a una nueva relación contractual.
- 3.2 En el caso de un contrato suscrito bajo los alcances de la anterior normativa de contrataciones del Estado, para proceder con la contratación complementaria se

debe verificar que concurren todos los elementos previstos en el artículo 150 del Reglamento, esto considerando la aplicación inmediata de la normativa.

Jesús María, 7 de febrero de 2017

SANDRO HERNÁNDEZ DIEZ
Director Técnico Normativo

NFP/