

OPINIÓN N° 018-2020/DTN

Solicitante: Gobierno Regional de Cajamarca
Asunto: Contratación de prestaciones pendientes de ejecución.
Referencia: Oficio N° 027- 2020- GR-CAJ-GSRJ

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Sr. Econ. Ever Garcia Vera, Gerente Subregional de Jaen, del Gobierno Regional de Cajamarca formula varias consultas sobre la contratación de prestaciones pendientes de ejecución derivadas de un contrato declarado nulo.

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.

2. CONSULTA Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. *“Posterior a la Declaratoria de Nulidad de Contrato para la ejecución de una obra, sin tener avance físico, por haberse configurado la transgresión del Principio de Presunción de Veracidad, se actualizó el expediente técnico, adecuándose a las*

nuevas normas técnicas de Salud. Consulta ¿La entidad puede invitar a los postores que participaron en el procedimiento de selección para la ejecución de la obra?” (sic)

- 2.1.1. De manera previa se debe mencionar que de acuerdo con el literal b), del numeral 44.2. del artículo 44 de la Ley, una entidad pública puede declarar la nulidad de un contrato “cuando se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, previo descargo”.

Una vez tomada la decisión de declarar nulo un contrato, la entidad como responsable de las contrataciones a su cargo, deberá gestionar la contratación de aquellas prestaciones cuya ejecución hubiese quedado pendiente. Para estos efectos podrá servirse del procedimiento contemplado en el artículo 167 del Reglamento.

En las líneas sucesivas se desarrollarán alcances generales sobre el referido procedimiento.

- 2.1.2. El texto del artículo 167 del Reglamento es el siguiente:

“Cuando se resuelva un contrato o se declare su nulidad y exista la necesidad urgente de continuar con la ejecución de las prestaciones derivadas de este, sin perjuicio de que dicho acto se encuentre sometido a alguno de los medios de solución de controversias, la Entidad puede contratar a alguno de los postores que participaron en el procedimiento de selección. Para estos efectos, la Entidad determina el precio de dichas prestaciones, incluyendo todos los costos necesarios para su ejecución, debidamente sustentados.

167.2. Una vez determinado el precio y las condiciones de ejecución, y de existir disponibilidad presupuestal, la Entidad invita a los postores que participaron en el procedimiento de selección para que, en un plazo máximo de cinco (5) días, manifiesten su intención de ejecutar las prestaciones pendientes de ejecución por el precio y condiciones señalados en el documento de invitación.

167.3. De presentarse más de una aceptación a la invitación, la Entidad contrata con aquel postor que ocupó una mejor posición en el orden de prelación en el procedimiento de selección correspondiente. En las contrataciones de bienes, servicios en general y obras, salvo aquellas derivadas del procedimiento de Comparación de Precios, el órgano encargado de las contrataciones realiza, cuando corresponda, la calificación del proveedor con el que se va a contratar. Los contratos que se celebren en virtud de esta figura respetan los requisitos, condiciones, exigencias, garantías, entre otras formalidades previstas en la Ley y Reglamento. (El subrayado es agregado).

- 2.1.3. Como se puede apreciar, las entidades públicas no necesariamente deben emplear un procedimiento de selección para contratar la ejecución de aquellas prestaciones que hubiesen quedado pendientes tras la declaratoria de nulidad de un contrato.

Así, de acuerdo con el dispositivo citado, cuando una entidad –con el debido sustento– tuviese **la necesidad urgente** de continuar con la ejecución de las prestaciones que hubiesen quedado pendientes tras la declaratoria de nulidad de un contrato, podrá contratar con alguno de los postores que participaron en el procedimiento de selección que dio origen al contrato anulado.

No obstante, de manera previa, la entidad deberá determinar: i) cuáles son las prestaciones pendientes, así como sus condiciones de ejecución; ii) el precio de estas prestaciones, el cual debe incluir todos los costos necesarios; y iii) si cuenta con disponibilidad presupuestal para llevar a cabo la contratación.

Realizado lo anterior, la entidad invita a los postores que participaron en el procedimiento de selección que dio origen al contrato que fue declarado nulo, con la finalidad de que, dentro de un plazo máximo de cinco (5) días, alguno de éstos manifieste su intención de ejecutar las prestaciones pendientes por el precio y condiciones señalados en el documento de invitación. En caso hubiese aceptado más de un postor, la Entidad deberá contratar con aquel que ocupó una mejor posición en el orden de prelación del procedimiento de selección.

2.1.4. Ahora bien, cuando el objeto de contratación sea la ejecución de una obra, será necesario que la Entidad determine el saldo de obra, es decir, que identifique todos los trabajos pendientes de ejecución, cuantifique su volumen y determine su costo. Para estos efectos deberá elaborar un expediente técnico del referido saldo.

Dicho lo anterior, cabe precisar que, si durante la elaboración del expediente técnico del saldo de obra, la Entidad hubiese advertido la necesidad de adecuar la ejecución de las prestaciones pendientes a exigencias de normas técnicas que se encontrasen vigentes en ese momento, se deberá realizar tal adecuación.

Una vez elaborado y aprobado el expediente técnico del saldo de obra, es decir, una vez determinadas las prestaciones pendientes de ejecución junto con su respectivo costo, y luego de haber verificado la correspondiente disponibilidad presupuestal, la Entidad podrá cursar la invitación a los postores que participaron en el procedimiento de selección que dio origen al contrato que, en su momento, fue declarado nulo; ello con el fin de que alguno de estos manifieste su intención de ejecutar las prestaciones pendientes. Como se anotó, en caso hubiese más de una aceptación, la Entidad deberá contratar con aquel postor que ocupó una mejor posición en el orden de prelación del procedimiento de selección¹.

¹ Sobre el particular conviene tener en cuenta el criterio desarrollado por la Opinión 119-2019/DTN, emitida por esta Dirección: “Cuando resulte de aplicación el procedimiento previsto en el artículo 167 del Reglamento, **la Entidad debe invitar únicamente a aquellos proveedores cuyas ofertas hayan sido admitidas en el procedimiento de selección y que -por tanto- formaron parte del orden de prelación que se obtiene luego de la fase de evaluación; luego de lo cual en el caso de la contratación de bienes, servicios en general y obras, se realizará la calificación del proveedor con el que se perfeccionará contrato, según corresponda.**”

Para finalizar con el presente apartado, se debe mencionar que en el supuesto en que el contrato de obra anulado no hubiese tenido avance físico alguno, corresponderá a la Entidad determinar, en consideración de las circunstancias particulares de cada caso, si corresponde o no actualizar el Expediente Técnico de la obra a fin de aplicar el procedimiento contemplado en el artículo 167 del Reglamento.

2.2. “En caso sea afirmativa la Consulta anterior, y de no obtener la aceptación respecto de la invitación a los postores que participaron en el procedimiento de selección para continuar con la ejecución de la obra que fue declarado resuelto. ¿La entidad puede contratar de manera excepcional, mediante contratación directa con un determinado proveedor, sustentando la necesidad urgente de ejecutar la obra en su totalidad?”

De manera previa, cabe señalar que la normativa de contrataciones del Estado establece supuestos en los que carece de objeto realizar un procedimiento de selección, toda vez que por razones coyunturales, económicas o de mercado, la Entidad requiere contratar directamente con un determinado proveedor para satisfacer su necesidad. Dichos supuestos se encuentran establecidos en el artículo 27 de la Ley y constituyen las causales de contratación directa.

Así, el primer párrafo del literal l) del artículo 27 de la Ley establece que, excepcionalmente, las Entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor “Cuando exista la necesidad urgente de la Entidad de continuar con la ejecución de las prestaciones no ejecutadas derivadas de un contrato resuelto o de un contrato declarado nulo por las causales previstas en los literales a) y b) del numeral 44.2 del artículo 44, siempre que se haya invitado a los demás postores que participaron en el procedimiento de selección y no se hubiese obtenido aceptación a dicha invitación. Esta causal procede aun cuando haya existido un solo postor en el procedimiento de selección de donde proviene el contrato resuelto o declarado nulo.” (El subrayado es agregado).

En esa línea, el literal k) del artículo 100 del Reglamento, al hacer referencia a las contratación directa de prestaciones pendientes derivadas de la resolución de contrato o la declaratoria de nulidad cuya continuidad de ejecución resulta urgente, señala que “Este supuesto se aplica siempre que se haya agotado lo dispuesto en el artículo 167, de corresponder.”

Como puede advertirse, en virtud de los dispositivos citados, las entidades se encuentran habilitadas para usar la contratación directa cuando, a pesar de haber empleado el procedimiento contemplado en el artículo 167, no hubiesen podido contratar la ejecución de las prestaciones pendientes derivadas de un contrato nulo o resuelto.

En tal medida, en el marco de la aplicación del procedimiento contemplado en el artículo 167 del Reglamento, **cuando ninguno de los postores que participaron del procedimiento de selección que dio origen al contrato nulo o resuelto hubiese aceptado la invitación para la ejecución de las prestaciones pendientes, la**

Entidad podrá emplear la contratación directa a fin de ejecutar dichas prestaciones.

Asimismo, podría ocurrir que el contrato declarado nulo o resuelto hubiese derivado de un procedimiento de selección en el que sólo participó un postor (el que ejecutó el contrato). En dicha circunstancia, al no ser aplicable el procedimiento contemplado en el artículo 167 del Reglamento, la Entidad se encontrará habilitada para emplear la contratación directa.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Una vez elaborado y aprobado el expediente técnico del saldo de obra, es decir, una vez determinadas las prestaciones pendientes de ejecución junto con su respectivo costo, y luego de haber verificado la correspondiente disponibilidad presupuestal, la entidad podrá cursar la invitación a los postores que participaron en el procedimiento de selección que dio origen al contrato que, en su momento, fue declarado nulo; ello con el fin de que alguno de estos manifieste su intención de ejecutar las prestaciones pendientes. En caso hubiese más de una aceptación, la Entidad deberá contratar con aquel postor que ocupó una mejor posición en el orden de prelación del procedimiento de selección.
- 3.2. En el supuesto en que el contrato de obra anulado no hubiese tenido avance físico alguno, corresponderá a la Entidad determinar, en consideración de las circunstancias particulares de cada caso, si corresponde o no actualizar el Expediente Técnico de la obra a fin de aplicar el procedimiento contemplado en el artículo 167 del Reglamento.
- 3.3. En el marco de la aplicación del procedimiento contemplado en el artículo 167 del Reglamento, cuando ninguno de los postores que participaron del procedimiento de selección que dio origen al contrato nulo o resuelto hubiese aceptado la invitación para la ejecución de las prestaciones pendientes, la Entidad podrá emplear la contratación directa a fin de ejecutar dichas prestaciones.
- 3.4. Podría ocurrir que el contrato declarado nulo o resuelto hubiese derivado de un procedimiento de selección en el que sólo participó un postor (el que ejecutó el contrato). En dicha circunstancia, al no ser aplicable el procedimiento contemplado en el artículo 167 del Reglamento, la Entidad se encontrará habilitada para emplear la contratación directa.

Jesús María, 14 de febrero de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC