

OPINIÓN N° 024-2020/DTN

Entidad: Empresa Municipal Inmobiliaria de Lima

Asunto: Contratación directa de prestaciones pendientes

Referencia: a) Oficio N° 65-2020-EMILIMA-GG
b) Oficio N° 005-2020-EMILIMA-GG

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia el Gerente General de Empresa Municipal Inmobiliaria de Lima realiza varias consultas referidas a la contratación de prestaciones pendientes derivadas de un contrato resuelto.

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 numeral 3 del acápite II del Anexo N° 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.

2. CONSULTAS¹ 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 y modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF, vigente a partir del 15 de diciembre de 2019.

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por la Entidad 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° 1 no resulta clara ni precisa ni se encuentra referida a algún aspecto de la normativa de contrataciones del Estado, sino está vinculada a la forma en que la Entidad convoca sus necesidades; la consulta N° 2 no se encuentra vinculada a la anterior consulta y la consulta 5 no está referida a algún aspecto de la normativa de contrataciones del Estado, ya que busca que este Organismo Técnico Especializado se pronuncie sobre las consecuencias de una medida cautelar dictada por el órgano competente; por lo que, ante el incumplimiento de los requisitos previstos en los literales b) y c) del numeral 1) del Procedimiento N° 89 del TUPA, dichas consultas no serán absueltas.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1 ***"Resuelto un contrato de licitación pública para la elaboración de expediente técnico y ejecución de obra, se deberá tener presente de manera limitante algún porcentaje de avance de ejecución de la prestación para el uso de la contratación directa"*** (Sic).

Contratación directa de prestación pendiente derivada de contrato resuelto o declarado nulo

- 2.1.1 En primer lugar, debe señalarse que la normativa de contrataciones del Estado establece supuestos en los que carece de objeto realizar un procedimiento de selección competitivo, 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, de conformidad con el literal l) del artículo 27 de la Ley se puede contratar directamente *"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 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."* (El subrayado es agregado).

Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado parte del supuesto en el que, ante la resolución o declaración de nulidad (por determinadas causales) de un contrato, se mantengan pendientes de ejecución ciertas prestaciones de éste, cuyo cumplimiento es de suma urgencia para la Entidad, resultando necesario acudir a un mecanismo que brinde mayor flexibilidad a las Entidades, a efectos de que puedan contratar directamente aquellas prestaciones pendientes, sin necesidad de realizar un procedimiento de selección competitivo que podría afectar la oportuna satisfacción de la necesidad que dio origen a la convocatoria.

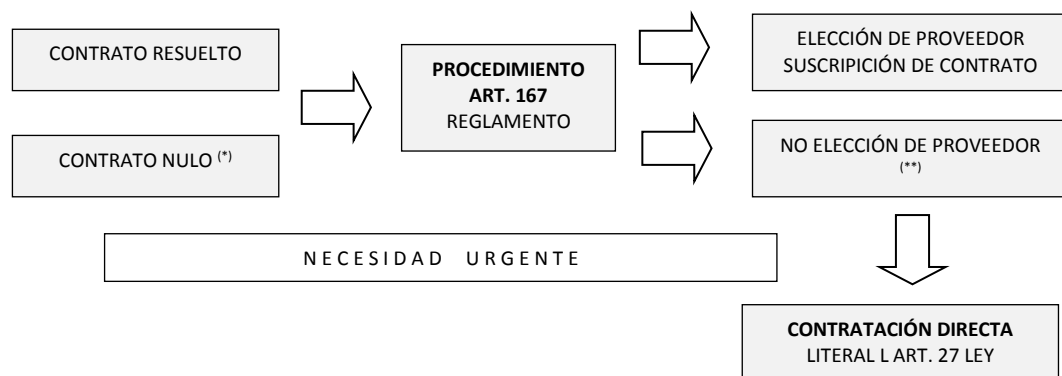
De esta manera, la Ley contempla a la contratación directa como el mecanismo ágil y expeditivo destinado a permitir, siempre que se cumplan ciertas condiciones, que las Entidades continúen la ejecución del contrato, con la finalidad de no comprometer el cumplimiento de las funciones que tienen a su cargo.

Condiciones previas al supuesto de contratación directa

- 2.1.2 Ahora bien, la propia normativa de contrataciones del Estado establece determinados procedimientos vinculados a la contratación directa realizada al amparo de lo señalado en el literal l) del artículo 27 de la Ley; es así que, el literal k) del artículo 100 del Reglamento ordena que *"(...) Este supuesto se aplica siempre que se haya agotado lo dispuesto en el artículo 167, de corresponder."* (El subrayado es agregado)

En esa línea, el artículo 167 del Reglamento establece que “*Cuando se resuelva un contrato o se declare su nulidad y exista la necesidad urgente de culminar con la ejecución de las prestaciones derivadas de este (...) la Entidad puede contratar a alguno de los postores que participaron en el procedimiento de selección (...) 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. (...) 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. (...)*” (El resaltado es agregado).

Como se advierte, el artículo 167 regula un procedimiento que tiene por propósito optimizar a la competencia que existió en el procedimiento de selección, antes de recurrir a la contratación directa del total o del saldo pendiente de ejecución, a efectos que -a pesar de que operó la resolución contractual o se declaró la nulidad de un contrato- se mantenga el abastecimiento oportuno que permita a la Entidad el cumplimiento de sus funciones.



(*) Por las causales previstas en los literales a) y b) del artículo 44 de la Ley.

(**) Lo cual puede ocurrir porque ninguno de los postores aceptó la invitación o porque en el procedimiento de selección sólo se presentó un único postor.

Porcentaje de avance en la ejecución del contrato

2.1.3 En este punto resulta pertinente precisar que tanto en el artículo 27 de la Ley como en el artículo 167 del Reglamento, el supuesto de hecho es la ejecución de prestaciones pendientes de ejecución, es decir, no ejecutadas. Pues bien, **en ninguno de los dos casos la norma precisa qué porcentaje de prestaciones debe haber quedado sin ejecución para que se aplique la consecuencia jurídica**; así, –dado que no se puede hacer diferencia allí donde la ley no la hace– dichos artículos deben aplicarse obligatoriamente cuando quede pendiente de ejecución una parte de las prestaciones objeto del contrato, o la totalidad de ellas.

En consecuencia, ya sea que quede pendiente de ejecución una parte de las prestaciones, o la totalidad de ellas, corresponde aplicar el artículo 167 del Reglamento antes de recurrir a la contratación directa, prevista en el literal l) del artículo 27 de la Ley, a efectos que –a pesar de que operó la resolución contractual o se declaró la nulidad de un contrato, por las causales previstas en los literales a)

y b) del artículo 44 de la Ley- se mantenga el abastecimiento oportuno que permita a la Entidad el cumplimiento de sus funciones.

2.2 *"De ser limitante el porcentaje de avance de la prestación, ¿A partir de qué porcentaje se podrá efectuar la contratación de manera directa y cuando a través de un nuevo procedimiento de selección"* (Sic).

Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido algún porcentaje mínimo de avance para aplicar la figura de la contratación directa, correspondiendo emplear el procedimiento previsto en el artículo 167 del Reglamento antes de recurrir a la figura prevista en el literal l) del artículo 27 de la Ley, siempre que la necesidad de contratar las prestaciones pendientes sea urgente.

3. CONCLUSIÓN

La normativa de contrataciones del Estado no ha establecido algún porcentaje mínimo de avance para aplicar la figura de la contratación directa, correspondiendo emplear el procedimiento previsto en el artículo 167 del Reglamento antes de recurrir a la figura prevista en el literal l) del artículo 27 de la Ley, siempre que la necesidad de contratar las prestaciones pendientes sea urgente.

Jesús María, 4 de marzo de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC.