

T.D: 14374655

OPINIÓN N° 028-2019/DTN

Entidad: Programa Nacional de Infraestructura Educativa - PRONIED
Asunto: Contratación del expediente técnico del saldo de obra
Referencia: Oficio N° 1064-2019-MINEDU/VMGI-PRONIED

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Directora Ejecutiva del Programa Nacional de Infraestructura Educativa - PRONIED consulta sobre la contratación del expediente técnico del saldo de obra.

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 la Segunda Disposición Complementaria Final de su 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. CONSULTAS 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 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.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes¹:

2.1 “Considerando que para invitar a los postores que participaron en el procedimiento de selección de la obra cuyo contrato fue resuelto o declarado nulo,

¹ La redacción en tiempo presente de esta opinión hace referencia al ámbito de aplicación temporal de las definiciones de “Ley” y “Reglamento” antes señaladas.

según lo previsto en el artículo 167 del Reglamento, es necesario contar con el expediente técnico de saldo de obra ¿Se puede contratar directamente a un proveedor para la elaboración del expediente técnico de saldo de obra derivado de un contrato de obra resuelto o declarado nulo?”

- 2.1.1 En primer lugar, debe indicarse que, una vez perfeccionado el contrato, el contratista se compromete a ejecutar las prestaciones pactadas en favor de la Entidad, mientras que la Entidad, por su parte, se obliga a pagar al contratista la contraprestación acordada. En estos términos, el contrato se entiende cumplido cuando cada parte ejecuta sus respectivas prestaciones a satisfacción de su contraparte.

En esa medida, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación pública; sin embargo, dicha situación no necesariamente se verifica en todo contrato, pues alguna de las partes puede incumplir sus prestaciones, o encontrarse imposibilitada de cumplirlas.

Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver el contrato, ya sea por la imposibilidad sobreviniente de ejecutar las prestaciones pactadas, o como paliativo ante el incumplimiento de estas.

- 2.1.2 De otro lado, debe señalarse que la normativa de contrataciones del Estado contempla la potestad² para declarar la nulidad de un contrato.

Así, el numeral 44.3 del artículo 44 de la Ley señala que una vez suscrito el contrato solo puede declararse la nulidad cuando se verifique la ocurrencia de alguna de las siguientes causales:

“(…)

- a) Por haberse perfeccionado en contravención con el artículo 11 de la presente Ley. Los contratos que se declaren nulos en base a esta causal no tienen derecho a retribución alguna con cargo al Estado, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.
- b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, previo descargo.
- c) *Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.*
- d) *Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguno de los supuestos que habilitan a la contratación directa. Cuando no se utilice los métodos de*

² De acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española, el término “*potestad*” es definido como “(…) *facultad que se tiene sobre algo.*”; mientras que la segunda acepción del término “*facultad*” es “*Poder o derecho para hacer algo.*”

contratación previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encuentra bajo su ámbito de aplicación; o cuando se emplee un método de contratación distinto del que corresponde.

- e) Cuando por sentencia consentida, ejecutoriada o reconocimiento del contratista ante la autoridad competente nacional o extranjera se evidencie que durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, éste, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio indebido, dádiva o comisión. Esta nulidad es sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiere lugar.” (El subrayado es agregado).*

Como se aprecia, el artículo 44 de la Ley establece los supuestos en los que, pese a haberse celebrado un contrato e iniciado su ejecución, el Titular de la Entidad puede declarar su nulidad.

- 2.1.3 Al respecto, el artículo 167 del Reglamento prevé las acciones que pueden adoptarse en el caso que existan prestaciones pendientes derivadas de la resolución de contrato o la declaratoria de nulidad, según el siguiente detalle:

“(…)

167.1. 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).

De esta manera, cuando se resuelve un contrato o se declara su nulidad, la Entidad puede sujetarse al procedimiento previsto en el artículo 167 del Reglamento³, siempre que exista la necesidad urgente⁴-debidamente sustentada- de culminar con la ejecución de las prestaciones pendientes.

2.1.4 Por su parte, 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, la contratación directa regulada en el literal l) del artículo 27 de la Ley tiene como uno de sus propósitos que, a través del procedimiento establecido en el artículo 167 del Reglamento, puedan culminarse las prestaciones pendientes recurriendo a la competencia que se produjo en la fase de selección; así, su principal finalidad es otorgar a la Entidad que ya ha realizado un procedimiento de selección, la posibilidad de ejecutar las prestaciones inconclusas, garantizando el abastecimiento oportuno de una prestación en particular a pesar de haberse declarado la nulidad del contrato o formalizado la resolución contractual.

En concordancia con la finalidad antes referida, este Organismo Técnico Especializado, a través de diversas opiniones ha emitido criterios en virtud de los

³ Es preciso señalar que, conforme a la Opinión N° 057-2017/DTN, cuando resulte de aplicación el procedimiento previsto en el artículo 167 del Reglamento, la Entidad deberá invitar únicamente a aquellos proveedores cuya propuesta haya sido admitida en el procedimiento de selección y que -por tanto- formaron parte del orden de prelación final; debiéndose realizar la calificación respecto del proveedor con el que se va a contratar, en el caso de bienes, servicios y obras.

⁴ En caso no se acredite dicha urgencia se aplicará el procedimiento de selección que corresponda.

cuales la contratación directa bajo análisis –antes de la modificación realizada por el Decreto Legislativo N° 1444- podía emplearse incluso en aquellos casos en los que durante el procedimiento de selección solo se hubiera presentado el postor que fue finalmente declarado ganador de la Buena Pro y, en consecuencia, no hubiera sido posible emplear previamente el procedimiento contemplado en el artículo 167 del Reglamento; siempre que hubiera existido la necesidad urgente de continuar con las prestaciones pendientes derivadas de un contrato resuelto o declarado nulo por las causales previstas en los literales a) y b) del numeral 44.3 del artículo 44 de la Ley⁵.

En ese orden de ideas, la Entidad puede emplear la contratación directa regulada en el literal l) del artículo 27 de la Ley cuando se **acredite la necesidad urgente** de culminar el saldo de obra derivado de un contrato resuelto o nulo, para lo cual, previamente, debe agotarse el procedimiento establecido en el artículo 167 del Reglamento o verificarse que no es posible emplear este último debido a que en el procedimiento de selección solo se presentó una propuesta.

- 2.1.5 Efectuada la precisión anterior, corresponde señalar que el segundo párrafo del literal l) del artículo 27 de la Ley -en relación con la contratación directa analizada en el numeral 2.1.4 de la presente opinión- establece que *“Puede invocarse esta causal para la contratación de la elaboración de expedientes técnicos de saldos de obra derivados de contratos de obra resueltos o declarados nulos (...)”*. (El subrayado y resaltado son agregados).

Como se aprecia, la Ley permite expresamente que se contrate de forma directa la elaboración del expediente técnico del saldo de obra pendiente de ejecución cuando el contrato de obra haya sido resuelto o declarado nulo.

En este punto, es importante tener en cuenta que la necesidad de elaborar el expediente técnico del saldo de obra pendiente de ejecución no tiene como antecedente una contratación previa (cuyo objeto hubiera sido la elaboración del expediente técnico) que se vio interrumpida por razones que afectaron su validez o eficacia; por otro lado, la figura del saldo de obra -al tener como origen una contratación inconclusa precedida por un procedimiento de selección- si puede ofrecer un escenario de competencia al cual recurrir, al amparo del artículo 167 del Reglamento.

Por lo tanto, debido a que **la contratación directa de la elaboración del expediente técnico del saldo de obra no se deriva de un contrato de consultoría de obra inconcluso –pues en efecto, no existen prestaciones pendientes de ejecución- no resulta viable realizar la invitación a los demás postores a los que hace referencia el primer párrafo del literal l) del artículo 27 de la Ley, ni aplicar el procedimiento previsto en el artículo 167 del Reglamento.**

- 2.1.6 De otro lado, es importante tener en cuenta que, en el caso de una obra cuya contratación fue resuelta o declarada nula, es necesario elaborar un expediente

⁵ Como es de público conocimiento, este criterio fue recogido por el legislador e incorporado en el texto del literal l) del artículo 27 de la Ley.

técnico de obra a efectos de conocer qué prestaciones –de obra- se encuentran pendientes de culminación, las condiciones que resultan necesarias para su ejecución y su valor económico; solo de esta manera, será posible invitar a los postores que participaron en el procedimiento de selección (que tuvo por objeto la ejecución de una obra) con la finalidad de que manifiesten su intención de ejecutar el saldo de obra -según las condiciones y precio señalados- al amparo de lo previsto en el artículo 167 del Reglamento.

Por su parte, a efectos de proceder con la contratación directa del saldo de obra pendiente de ejecución, regulada en el primer párrafo del literal l) del artículo 27 de la Ley, es necesario contar con el requerimiento, el cual se encuentra conformado por el expediente técnico de dicho saldo de obra.

En razón de lo expuesto, puede afirmarse que **la contratación directa del expediente técnico del saldo de obra pendiente de ejecución se lleva a cabo antes que la Entidad cumpla con agotar el procedimiento previsto en el artículo 167 del Reglamento y/o aplique el primer párrafo del literal l) del artículo 27 de la Ley (en lo referente a la ejecución de la obra), de ser el caso.**

- 2.1.7 Ahora bien, considerando que no resulta necesario agotar el procedimiento previsto en el artículo 167 del Reglamento para contratar directamente el expediente técnico del saldo de obra pendiente de ejecución (y conociendo la oportunidad en la que puede efectuarse dicha contratación), corresponde determinar qué condiciones deben verificarse a efectos de aplicar el supuesto de contratación directa regulado en el segundo párrafo del literal l) del artículo 27 de la Ley.

Sobre el particular, cabe señalar que la contratación directa del expediente técnico guarda una relación de accesoriadad respecto de la contratación directa del saldo de obra; por consiguiente, los presupuestos para contratar directamente dicho expediente no pueden diferir de las causas que habilitan a la Entidad a contratar directamente las prestaciones de obra pendientes de ejecución.

Para tal efecto, **las condiciones que deben verificarse a efectos de aplicar el supuesto de contratación directa del expediente técnico del saldo de obra, regulado en el segundo párrafo del literal l) del artículo 27 de la Ley, son las siguientes: (i) que exista la necesidad urgente de culminar las prestaciones de obra pendientes de ejecución; y, (ii) que el contrato de obra haya sido resuelto o declarado nulo por las causales previstas en los literales a) y b) del numeral 44.3 del artículo 44.**

- 2.2 *“De ser afirmativa la respuesta ¿Es necesario cumplir con algún requisito previo para contratar directamente la elaboración del expediente técnico del saldo de obra derivado de un contrato resuelto o declarado nulo? Ello, considerando que la elaboración del expediente técnico de saldo de obra es un nuevo requerimiento que se demanda con premura para continuar con la ejecución de las prestaciones pendientes del contrato de obra que se resolvió o se declaró nulo y que, además, en este caso no es posible aplicar el artículo 167 del Reglamento para el contrato*

del expediente técnico de obra, toda vez que este no ha sido declarado nulo ni resuelto.”

2.2.1 Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, no resulta necesario agotar el procedimiento previsto en el artículo 167 del Reglamento para contratar directamente el expediente técnico del saldo de obra; para ello, las condiciones que deben verificarse a efectos de aplicar el segundo párrafo del literal l) del artículo 27 de la Ley, son las siguientes: (i) que exista la necesidad urgente de culminar las prestaciones de obra pendientes de ejecución; y, (ii) que el contrato de obra haya sido resuelto o declarado nulo por las causales previstas en los literales a) y b) del numeral 44.3 del artículo 44.

2.3 “A efectos de cumplir con el artículo 167 del Reglamento, en el caso de las obras cuyos contratos se resuelven o declaran nulos ¿Se podrá modificar el requerimiento, en atención a la nueva necesidad generada por el saldo de obra?”

2.3.1 Tal como se indicó al absolver la consulta formulada en el numeral 2.1 de la presente opinión, es necesario elaborar un expediente técnico de obra a efectos de conocer qué prestaciones –de obra- se encuentran pendientes de culminación, las condiciones que resultan necesarias para su ejecución y su valor económico; solo de esta manera, será posible invitar a los postores que participaron en el procedimiento de selección (que tuvo por objeto la ejecución de la obra) con la finalidad de que manifiesten su intención de ejecutar el saldo de obra -según las condiciones y precio señalados- al amparo de lo previsto en el artículo 167 del Reglamento.

Ahora bien, el supuesto de hecho del artículo 167 del Reglamento es un contrato resuelto o declarado nulo, es decir, una contratación que ya ha finalizado; en dicho contexto, el expediente del saldo de obra pendiente de ejecución tiene la finalidad de concluir aquellas prestaciones que no pudieron ejecutarse (porque precisamente el contrato fue resuelto o declarado nulo), recurriendo para ello a una nueva contratación. En consecuencia, corresponde elaborar un nuevo requerimiento que refleje las condiciones necesarias para que el saldo de obra pendiente de ejecución cumpla con la finalidad de su contratación.

3. CONCLUSIONES

3.1 Debido a que la contratación directa de la elaboración del expediente técnico del saldo de obra no se deriva de un contrato de consultoría de obra inconcluso –pues en efecto, no existen prestaciones pendientes de ejecución- no resulta viable realizar la invitación a los demás postores a los que hace referencia el primer párrafo del literal l) del artículo 27 de la Ley, ni aplicar el procedimiento previsto en el artículo 167 del Reglamento.

3.2 La contratación directa del expediente técnico del saldo de obra pendiente de ejecución se lleva a cabo antes que la Entidad cumpla con agotar el procedimiento previsto en el artículo 167 del Reglamento y/o aplique el primer párrafo del literal l) del artículo 27 de la Ley (en lo referente a la ejecución de la obra), de ser el caso.

- 3.3 Las condiciones que deben verificarse a efectos de aplicar el supuesto de contratación directa del expediente técnico del saldo de obra, regulado en el segundo párrafo del literal l) del artículo 27 de la Ley, son las siguientes: (i) que exista la necesidad urgente de culminar las prestaciones de obra pendientes de ejecución; y, (ii) que el contrato de obra haya sido resuelto o declarado nulo por las causales previstas en los literales a) y b) del numeral 44.3 del artículo 44.
- 3.4 El supuesto de hecho del artículo 167 del Reglamento es un contrato resuelto o declarado nulo, es decir, una contratación que ya ha finalizado; en dicho contexto, el expediente del saldo de obra pendiente de ejecución tiene la finalidad de concluir aquellas prestaciones que no pudieron ejecutarse (porque precisamente el contrato fue resuelto o declarado nulo), recurriendo para ello a una nueva contratación. En consecuencia, corresponde elaborar un nuevo requerimiento que refleje las condiciones necesarias para que el saldo de obra pendiente de ejecución cumpla con la finalidad de su contratación.

Jesús María, 20 de febrero de 2019

CARLA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

MAMV.