

OPINIÓN N° 028 -2020/DTN

Solicitante: Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria
Asunto: Contratación complementaria
Referencia: Oficio N° 001-2020- SUNAT/8E0000

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la señora (ita) Margarita Milagro Delgado Arroyo, Intendente Nacional de Asesoría Legal Interna de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, formula una consulta referida a la posibilidad de suscribir una contratación complementaria cuando el procedimiento de selección convocado se ha retrotraído hasta la convocatoria como consecuencia de una declaratoria de nulidad.

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. “De acuerdo con la normativa sobre Contrataciones del Estado ¿Es factible suscribir un contrato complementario cuando el procedimiento de selección convocado fue declarado nulo, retro trayéndose hasta la etapa de la convocatoria, previa formulación de los términos de referencia, el estudio de mercado y las bases administrativas?”

2.1.1. Del texto del artículo 174 del Reglamento¹ se desprende que la contratación complementaria opera sobre los siguientes presupuestos:

i) un contrato que tiene por objeto la entrega de determinados bienes o la prestación de determinados servicios, cuyo plazo de ejecución ha culminado, y que tenía la finalidad de satisfacer una necesidad “x”;

ii) la supervivencia de la necesidad “x” (después de culminado el plazo de ejecución del contrato) la cual no podrá ser satisfecha oportunamente, pues **el procedimiento de selección convocado para estos efectos** –por diversas razones– aún no ha culminado.

Cuando los presupuestos descritos concurren, la Entidad se encontrará habilitada para celebrar –por única vez– **un contrato complementario**, siempre que éste se suscriba dentro de los 3 meses de culminado el plazo de ejecución del contrato primigenio, no exceda el 30% del monto del contrato original, y que exista– como afirma MORÓN²– “triple identidad sustantiva”: i) de contratista; ii) de objeto contractual; y iii) de condiciones de ejecución.

2.1.2. Como es sabido, de acuerdo con la normativa de Contrataciones del Estado, toda vez que una entidad requiera suscribir un contrato para el aprovisionamiento de determinados bienes y servicios será indispensable que, de manera previa, lleve a cabo un procedimiento de selección³. Por esta razón, **el contrato complementario, al no derivarse de un procedimiento de selección, se constituye como una herramienta de uso excepcional.**

Como se puede advertir a partir de lo expuesto, la contratación complementaria se emplea cuando **la entidad requiere satisfacer su necesidad de abastecerse de bienes y servicios entre una contratación culminada y otra en curso.** De ahí que el hecho de contar con un procedimiento de selección convocado se constituye como un **presupuesto** para que proceda la contratación complementaria.

Para culminar con el presente apartado, es pertinente mencionar que, si bien contar con un procedimiento convocado es una condición necesaria para llevar a cabo una

¹ El texto del artículo 174 del Reglamento: “Dentro de los tres (3) meses posteriores a la culminación del plazo de ejecución del contrato, la Entidad puede contratar complementariamente bienes y servicios en general con el mismo contratista, por única vez y **en tanto culmine el procedimiento 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 adquisición o contratación” (El resaltado es agregado)

² Morón Urbina, Juan Carlos. La Contratación Estatal. Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado. Gaceta Jurídica. 2016. Pág.683.

³ En este extremo es importante señalar que también se contratan sin la necesidad de un procedimiento de selección aquellos bienes y servicios contemplados en el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco.

contratación complementaria, el numeral 174.2 del artículo 174 del Reglamento señala que dicha condición no será requerida cuando “la contratación complementaria agote la necesidad”. Se debe precisar, que esta circunstancia (consistente en prescindir de un procedimiento de selección convocado) deberá ser justificada por el área usuaria al momento de formular el requerimiento.

- 2.1.3. Expuesto lo anterior, corresponde mencionar que la consulta formulada versa sobre la posibilidad de suscribir un contrato complementario cuando el procedimiento de selección convocado por la Entidad hubiese sido retrotraído **hasta la convocatoria** como consecuencia de una declaratoria de nulidad.

Sobre el particular, en primer término, se debe mencionar que un acto declarado nulo carece de valor jurídico y, por tanto, no tiene la capacidad de producir efectos jurídicos.

Ahora bien, de acuerdo con el numeral 44.2. del artículo 44 de la Ley, una Entidad pública puede –de oficio– declarar nulo alguno de los actos del procedimiento de selección cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable. **La Resolución que contenga la declaratoria de nulidad debe precisar la etapa a la que se retrotrae el procedimiento de selección.**

- 2.1.4. Dicho lo anterior, corresponde mencionar que los procedimientos de selección regulados por la normativa de Contrataciones del Estado inician con la convocatoria. Esta actuación, de acuerdo con MORÓN URBINA, consiste en *la invitación general e indeterminada a todos los posibles interesados a que presenten ofertas*⁴.

Ahora bien, una convocatoria válida es aquella que ha sido realizada conforme a lo establecido al artículo 54 del Reglamento. De esta manera, en el supuesto en que se hubiese advertido un defecto que determine su invalidez, la entidad podrá declararla nula, de acuerdo con lo señalado en el numeral 44.2. del artículo 44 de la Ley.

Por ejemplo, de acuerdo con el numeral 54.2 del artículo 54 de la Ley, la convocatoria debe incluir la publicación en el SEACE de las bases o las solicitudes de expresión de interés. Estas bases o solicitudes de expresión de interés, una vez publicadas no pueden ser modificadas de forma unilateral por la entidad, sino **únicamente** con ocasión de las consultas u observaciones formuladas por los participantes del procedimiento.

Por tal razón, siguiendo con el ejemplo, si durante el curso del procedimiento se hubiese identificado defectos en los términos de referencia (componente de las bases) que no fueron objeto de consulta u observación por parte de los participantes, la entidad –de considerarlo necesario– podrá declarar nula la convocatoria y retrotraer el procedimiento hasta dicha etapa, a fin de que se corrijan los términos de referencia, y se realice una nueva convocatoria.

⁴ Morón Urbina, Juan Carlos. La Contratación Estatal. *Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado*. Gaceta Jurídica. 2016. Pág.483.

- 2.1.5. A partir de lo expuesto, se puede deducir que un procedimiento de selección que se ha retrotraído **hasta la etapa de la convocatoria** implica que dicha actuación no se ha llevado a cabo válidamente, y por tanto, no ha sido capaz de producir efectos jurídicos.

Ahora, en vista de que el procedimiento de selección inicia con la convocatoria, cuando esta última carezca de valor como consecuencia de una declaratoria de nulidad, **se deberá tener como no iniciado el procedimiento**. En tal circunstancia no podría suscribirse un contrato complementario, puesto que se estaría incumpliendo con una de las condiciones indispensables para su procedencia, de acuerdo con el artículo 174 del Reglamento.

Para finalizar, en este extremo de la presente opinión, es importante reiterar que de acuerdo con el numeral 174.2. del artículo 174 del Reglamento, no será necesaria la convocatoria de un procedimiento de selección cuando *“la contratación complementaria agote la necesidad”*.

3. CONCLUSIÓN

En vista de que el procedimiento de selección inicia con la convocatoria, cuando esta última carezca de valor como consecuencia de una declaratoria de nulidad, se deberá tener como no iniciado el procedimiento. En tal circunstancia no podría suscribirse un contrato complementario, puesto que se estaría incumpliendo con una de las condiciones indispensables para su procedencia, de acuerdo con el artículo 174 del Reglamento.

Jesús María, 5 de marzo de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC.