

OPINIÓN N° 031-2022/DTN

Entidad: Gobierno Regional de Arequipa

Asunto: Contratación Directa por situación de emergencia

Referencia: Formulario S/N de fecha 04.ABR.2022 – Consulta sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de la Oficina Regional de Asesoría Jurídica del Gobierno Regional de Arequipa, formula consultas relacionada con la contratación Directa por situación de emergencia

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 sus modificatorias.

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

2. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

- “Ley” a la aprobada mediante la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por el solicitante a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N°3 del TUPA del OSCE “Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que la segunda, tercera, cuarta y sexta consulta no se encuentran vinculadas aquellas referidas al dispositivo y materia en consulta (la aprobación y perfeccionamiento de una contratación directa por situación de emergencia), asimismo, dichas consultas no versan sobre la interpretación general de las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado, pues describen situaciones específicas acaecidas en una contratación directa por situación de emergencia con la finalidad de que el OSCE se pronuncie sobre el particular; razón por la cual, las referidas consultas no serán absueltas. Sin perjuicio de ello, se recomienda revisar la “Guía de Orientación - Contratación Directa Bajo Situación de Emergencia” disponible en el siguiente enlace: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/860968/Gu%C3%ADa_de_Contrataci%C3%B3n_directa_bajo_situaci%C3%B3n_de_emergencia.pdf

- “**Reglamento**” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.²

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “*¿Estamos ante la existencia de un contrato derivado de una Contratación Directa por situación de emergencia, cuando en la aceptación de la “oferta” de un determinado proveedor, no participó el órgano encargado de contrataciones?*” (Sic.)

2.1.1. En principio, cabe reiterar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de Contrataciones del Estado, es decir, aquellas que versan sobre las disposiciones contenidas en dicha normativa, y **no** sobre casos o situaciones específicas relacionadas con algún proceso de contratación en particular; en esa medida, esta Dirección no puede determinar si, en un caso concreto, se configura o no la existencia de una contratación directa por situación de emergencia, toda vez que dicho análisis excede las competencias de éste despacho, debiendo ser realizado por la propia Entidad contratante, considerando los elementos particulares del caso concreto.

Sin perjuicio de ello, tomando en consideración el tenor de la consulta planteada, a continuación se brindarán alcances de carácter general relacionados con la configuración, procedimiento y aprobación de una contratación directa por situación de emergencia, conforme a lo dispuesto por la normativa de Contrataciones del Estado.

2.1.2. Sobre el particular, debe indicarse que el artículo 27 de la Ley establece supuestos específicos que, debido a razones coyunturales, económicas o de mercado, facultan a las Entidades a contratar, de manera excepcional, directamente con un determinado proveedor, a fin de satisfacer oportunamente una necesidad pública. Estos supuestos se constituyen como las causales de contratación directa

Al respecto, cabe precisar que dicho método de contratación representa **un procedimiento de selección de naturaleza excepcional y no competitiva, que sólo procede cuando se configura alguna de las causales previstas en el referido artículo 27 de la Ley.**

Entre dichas causales se encuentra la prevista en el literal b) del artículo en mención, la cual habilita a las entidades a contratar directamente ante una **situación de emergencia**, la cual puede derivar de cualquiera de los siguientes supuestos: *i) acontecimientos catastróficos, ii) situaciones que afectan la defensa o seguridad nacional, iii) situaciones que supongan grave peligro de que ocurra alguno de los supuestos anteriores, o iv) una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud.*

En ese contexto, se advierte que la situación de emergencia se configura por ciertos sucesos que demandan la adopción de acciones de realización efectiva e inmediata; por tal razón, el artículo 100 del Reglamento establece que en tales situaciones la Entidad

² La última modificación al Decreto Supremo N° 344-2018-EF ha sido realizada mediante el Decreto Supremo N° 162-2021-EF, publicado el 26 de junio de 2021

puede contratar, excepcionalmente, de manera inmediata los bienes, servicios en general, consultorías u obras, que resulten estrictamente necesarios para prevenir los efectos del evento próximo a producirse o para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento ya producido, **sin sujetarse a los requisitos o formalidades que –como regla general- establece la normativa de contrataciones del Estado para procedimientos de selección ordinarios.**

En relación con la causal de contratación directa por situación de emergencia, el literal b) del precitado artículo permite –excepcionalmente- lo siguiente: “(...) Como máximo, dentro del plazo de veinte (20) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros o desde su instalación y puesta en funcionamiento en el caso de bienes bajo la modalidad de llave en mano, o del inicio de la prestación del servicio, o del inicio de la ejecución de la obra, **la Entidad regulariza aquella documentación referida a las actuaciones preparatorias, el informe o los informes que contienen el sustento técnico legal de la Contratación Directa, la resolución o acuerdo que la aprueba, así como el contrato y sus requisitos que, a la fecha de la contratación, no haya sido elaborada, aprobada o suscrita, según corresponda;** debiendo en el mismo plazo registrar y publicar en el SEACE los informes y la resolución o acuerdos antes mencionados. Para la regularización de la garantía, el plazo puede ampliarse por diez (10) días adicionales.”³ (El énfasis es agregado).

Como se advierte del citado dispositivo, la normativa de Contrataciones del Estado prevé un tratamiento excepcional para realizar contrataciones directas por situación de emergencia, permitiendo que en estos casos –según corresponda- la Entidad pueda “regularizar” ciertas actuaciones recaídas en determinados documentos del proceso de contratación, como por ejemplo, **los relativos a la aprobación y perfeccionamiento de la contratación directa, entre otros.**

2.1.3. Ahora bien, en relación con los procedimientos para la aprobación y el perfeccionamiento de la contratación directa por situación de emergencia, respectivamente, corresponde observar lo establecido en los artículos 101 y 102 del Reglamento.

Por su parte, de acuerdo al artículo 101 del Reglamento, la aprobación de la contratación directa por situación de emergencia -que se materializa mediante acto resolutivo- requiere, obligatoriamente, del sustento técnico y legal, recaído en el informe o informes previos que contentan la justificación de la necesidad y procedencia de dicha contratación directa.

Posteriormente, una vez aprobada la contratación directa, conforme a lo dispuesto en el artículo 102 del Reglamento, **la Entidad la efectúa mediante acciones inmediatas, invitando a un solo proveedor cuya oferta –obtenida por cualquier medio de**

³ Es pertinente indicar que, de manera excepcional, a partir de la declaratoria de emergencia nacional a consecuencia del brote del COVID-19, se han emitido normas legales que permiten emplear el procedimiento de contratación directa por la causal de situación de emergencia a determinadas entidades y para determinados requerimientos, estableciendo —en dichos supuestos, cuya configuración deberá verificar cada entidad— un plazo de regularización máximo de treinta (30) días hábiles cuyo inicio se computa de acuerdo con lo establecido en el artículo 100 del Reglamento.

comunicación- cumpla con las características y condiciones establecidas en las bases⁴. De esta manera –en concordancia con el criterio establecido en la Opinión N° 120-2020/DTN-, la contratación directa por situación de emergencia se constituye en una excepción a la regla general, pues la Ley habilita a la Entidad a formar el acuerdo⁵ (es decir, a contratar) sin ceñirse a los requisitos que “ordinariamente” exige la normativa de Contrataciones del Estado para estos efectos⁶; así, se puede afirmar que, en una contratación directa por situación de emergencia, el contrato existirá desde el momento en que concurra, de un lado, la voluntad del proveedor (oferta⁷) y, de otro, la aceptación de la Entidad, no siendo necesario que se observe –en dicho momento- los requisitos formales que “ordinariamente” exige la normativa de Contrataciones Estado⁸.

Preciado lo anterior, debe indicarse que el numeral 102.4 del artículo 102 del Reglamento establece lo siguiente: “*El cumplimiento de los requisitos previstos para las contrataciones directas, en la Ley y el Reglamento, es responsabilidad del Titular de la Entidad y de los funcionarios que intervengan en la decisión y ejecución*”. (El subrayado es agregado).

En ese sentido, corresponde señalar que, tanto para la aprobación de la contratación directa por situación de emergencia, como para su perfeccionamiento o formalización, participan distintos actores **conforme a sus competencias**, tales como los funcionarios y/o órganos encargados, así como el Titular de la Entidad, quienes **deben** ejecutar funciones específicas en el marco de dichos procedimientos, según lo dispuesto por la normativa de Contrataciones del Estado⁹.

Al respecto, es importante resaltar que conforme al artículo 8 de la Ley, concordado con el numeral 5.2 del artículo 5 del Reglamento, el órgano Encargado de las Contrataciones (OEC) es el órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento de la Entidad, **incluida la gestión administrativa del contrato, la cual involucra el trámite para su**

⁴ De conformidad con lo dispuesto en el numeral 102.1 del artículo 102 del Reglamento, dichas bases deben contener como mínimo lo indicado en los literales a), b), e), f), y o) del numeral 48.1 del artículo 48 del Reglamento.

⁵ Conforme a la definición de “contrato” contemplada en el Anexo de definiciones del Reglamento: “*Contrato: Es el **acuerdo** para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la Ley y el Reglamento*”.

⁶ Incluso, de ser el caso, podría prescindir de aquellos requisitos formales que se exigen para una contratación directa, de conformidad con lo dispuesto en el literal b) del artículo 100 del Reglamento.

⁷ Es conveniente recordar que la oferta, para ser tal, debe ser completa, pues su sola aceptación generará una relación contractual.

⁸ Al respecto, es preciso mencionar que, en el marco de una contratación directa por situación de emergencia, si bien para la celebración del contrato no es necesario cumplir con los requisitos formales que exige la normativa de Contrataciones del Estado, el literal b) del artículo 100 del Reglamento ha sido claro al señalar que, de manera posterior a dicha celebración, es necesario “regularizar” la documentación vinculada con la contratación realizada.

⁹ De conformidad con el artículo 9 de la Ley, los funcionarios y servidores que intervienen en los procesos de contratación, por o a nombre de la Entidad, son responsables en el ámbito de las actuaciones que realizan, conforme a sus competencias.

perfeccionamiento.

En ese contexto, se advierte que en el marco de una contratación directa por situación de emergencia, el Órgano Encargado de las Contrataciones (OEC), conforme a sus competencias, **debe** participar en el desarrollo de la gestión administrativa de dicha contratación, lo cual involucra –entre otras actuaciones- el trámite para el perfeccionamiento o formalización del contrato, bajo los términos previstos en el artículo 102 del Reglamento.

2.2. ***“¿La aprobación de la Contratación Directa efectuada en el año 2021, en vías de regularización, podría ser efectuada por el gobernador regional al amparo del artículo 27 de la Ley, modificada por la Ley N° 31433?” (Sic.)***

- 2.2.1. De manera previa, cabe reiterar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de Contrataciones del Estado, es decir, aquellas que versan sobre las disposiciones contenidas en dicha normativa, y **no** sobre casos o situaciones específicas relacionadas con algún proceso de contratación en particular; en esa medida, esta Dirección no puede determinar si, en un caso concreto, al amparo de la Ley N° 31433 un determinado gobernador regional puede o no regularizar la aprobación de una contratación directa del año 2021, toda vez que dicho análisis excede las competencias de éste despacho, **debiendo ser realizado por la propia Entidad contratante, considerando los elementos particulares del caso concreto.**

Al respecto, es importante señalar que la Ley N° 31433 “*Ley que Modifica la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, y la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Respecto a las Atribuciones y Responsabilidades de Concejos Municipales y Consejos Regionales, para Fortalecer el Ejercicio de su Función de Fiscalización*” fue publicado en el diario oficial El Peruano el día 3 de marzo de 2022, y dispone –entre aspectos- lo siguiente:

“Primera Disposición Complementaria Modificatoria.

PRIMERA Modificación del artículo 27 de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado

Se modifica el numeral 27.2 del artículo 27 de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, conforme al siguiente texto:

“Artículo 27. Contrataciones directas

[...]

27.2 Las contrataciones directas se aprueban mediante resolución del titular de la entidad, resolución ejecutiva regional en el caso de los gobiernos regionales, resolución de alcaldía en el caso de gobiernos locales, o mediante acuerdo de directorio, según corresponda. Las contrataciones directas aprobadas por el gobernador regional o el alcalde se encuentran sujetas a rendición de cuentas ante el respectivo consejo regional o concejo municipal. Esta disposición no alcanza a aquellos supuestos de contratación directa que el reglamento califica como delegable.

[...]”. (El subrayado es agregado).

En ese contexto, se advierte que la Ley N° 31433, a partir de su entrada en vigencia, modifica el artículo 27 de la Ley, facultando a los gobernadores regionales a aprobar –mediante resolución ejecutiva regional- aquellas contrataciones directas que el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado califica como “indelegables”, lo que incluye a la contratación directa por situación de emergencia¹⁰.

- 2.2.2. Ahora bien, tal como se indicó al absolver la consulta anterior, **el procedimiento para la aprobación y perfeccionamiento de una contratación directa por situación de emergencia**, dada la necesidad de atender oportunamente un supuesto de ésta naturaleza, puede prescindir de ciertas formalidades que, posteriormente, son materia de regularización por parte de la Entidad, conforme a lo establecido en el literal b) del artículo 100 del Reglamento.

En ese contexto, de ser el caso que una Entidad no hubiera elaborado, aprobado o suscrito, según corresponda –por ejemplo- el informe o los informes que contienen el sustento técnico legal de la contratación directa **o la resolución o acuerdo que la aprueba**, o si no se hubiera formalizado el contrato; **la regularización consistiría, precisamente, en elaborar, aprobar o suscribir aquella documentación pendiente**, tal como se indica en el referido literal b).

Al respecto, corresponde indicar que, de conformidad con lo establecido en dicho literal, tal regularización se efectúa, como máximo, **dentro del plazo de veinte días (20) días hábiles** siguientes de efectuada la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros, o del inicio de la prestación del servicio, o del inicio de la ejecución de la obra.

Así, conforme a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, tratándose de una contratación directa por situación de emergencia, la Entidad puede regularizar, entre otros documentos, aquellos relativos a la aprobación y perfeccionamiento de dicha contratación, en el plazo de veinte (20) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros, o del inicio de la prestación del servicio, o del inicio de la ejecución de la obra.

Sin perjuicio de lo expuesto -y en concordancia con el criterio establecido en la Opinión N°053-2021/DTN-, cabe anotar que en el contexto de una contratación directa por situación de emergencia, **el vencimiento del plazo para la regularización de los documentos a los que se refiere el literal b) del artículo 100 del Reglamento, no es una causal suficiente para no cumplir con dicha regularización**. Sin embargo, en atención a lo establecido en el artículo 9 de la Ley, **la Entidad deberá adoptar las acciones que correspondan para el deslinde de responsabilidades por la regularización fuera del plazo**.

- 2.2.3. Bajo tales consideraciones, se advierte que la potestad que la normativa de Contrataciones del Estado vigente le otorga a los Gobernadores Regionales para aprobar, mediante resolución ejecutiva regional, contrataciones directas por situación

¹⁰ Al respecto, cabe anotar que conforme a lo dispuesto en el numeral 101.4 del artículo 101 del Reglamento, **se encuentra prohibida la aprobación de contrataciones directas en vía de regularización, a excepción de la causal de situación de emergencia**.

de emergencia, rige a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 31433; es decir, desde el 4 de marzo del presente año 2022, dichas autoridades se encuentran facultadas a aprobar tales contrataciones directas, incluso, en vías de regularización, conforme a lo dispuesto en el literal b) del artículo 100 del Reglamento.

Finalmente, cabe anotar que la regularización extemporánea de la aprobación de contrataciones directas por situación de emergencia -además de sujetarse a la rendición de cuentas ante el respectivo consejo regional¹¹- implica la adopción de acciones correspondientes por parte de la Entidad para el debido deslinde de responsabilidades.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. En el marco de una contratación directa por situación de emergencia, el Órgano Encargado de las Contrataciones (OEC), conforme a sus competencias, debe participar en el desarrollo de la gestión administrativa de dicha contratación, lo cual involucra – entre otras actuaciones- el trámite para el perfeccionamiento o formalización del contrato, bajo los términos previstos en el artículo 102 del Reglamento.
- 3.2. La potestad que la normativa de Contrataciones del Estado vigente le otorga a los Gobernadores Regionales para aprobar, mediante resolución ejecutiva regional, contrataciones directas por situación de emergencia, rige a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 31433; es decir, desde el 4 de marzo del presente año 2022, dichas autoridades se encuentran facultadas a aprobar tales contrataciones directas, incluso, en vías de regularización, conforme a lo dispuesto en el literal b) del artículo 100 del Reglamento.

Jesús María, 5 de mayo de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/gms

¹¹ Conforme a lo dispuesto en el numeral 27.2 del artículo 27 de la Ley.