

OPINIÓN N° 048-2021/DTN

Solicitante: Contraloría General de la República

Asunto: Contratación directa de prestaciones pendientes derivadas de un contrato declarado nulo.

Referencia: Formulario S/N de fecha 10.MAR.2021 – Consultas de Entidades Públicas sobre la normativa de contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe del Órgano de Control Institucional (OCI) de la Municipalidad Provincial de Chota formula varias consultas respecto a la contratación directa de prestaciones pendientes derivadas de un contrato declarado nulo, en el marco de lo dispuesto por la normativa de Contrataciones del Estado.

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 en términos genéricos y vinculadas 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

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

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 las Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que, de las tres consultas planteadas, la primera de éstas (Consulta N°1) no ha sido formulada de manera clara ni directa, puesto que solicita determinar si es válido – o no – efectuar una contratación directa bajo la causal prevista en el literal l) del artículo 27 de la Ley, haciendo alusión a la nulidad del procedimiento de selección y del contrato, aspecto que resulta ambiguo, dado que uno de los presupuestos para la configuración de dicha causal es que se haya declarado la nulidad del contrato y no del procedimiento de selección. En tal medida, la consulta indicada anteriormente no será absuelta por este Organismo Técnico Especializado, debido a que su análisis excede la habilitación legal otorgada a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que la consulta formulada es la siguiente:

2.1 “¿Es procedente iniciar una Contratación Directa bajo el supuesto del literal l) del artículo 27 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, después de 250 días calendarios de la declaratoria de nulidad del contrato de ejecución de obra, cuya ejecución no había iniciado?” (sic).

2.1.1 En primer lugar, debe indicarse que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, **planteadas en términos genéricos y vinculadas entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos.** En tal medida, no resulta posible determinar si procede –o no– realizar una contratación directa bajo la causal prevista en el literal l) del artículo 27 de la Ley después de un determinado plazo, computado desde la declaratoria de nulidad de un contrato de obra cuya ejecución no ha iniciado, toda vez que dicho aspecto debe ser determinado por la propia Entidad a partir del análisis de los elementos de cada caso concreto.

Sin perjuicio de lo expuesto, a continuación se desarrollarán los aspectos generales relacionados con la contratación directa por la causal prevista en el literal l) del artículo 27 de la Ley.

2.1.2 Sobre el particular, 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 lo dispuesto en el literal l) del artículo 27 de la Ley, 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 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 énfasis es agregado).

Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado prevé supuestos en los que, ante un contrato resuelto² o **declarado nulo**³ (en este último caso, por

² El artículo 36 de la Ley y los artículos 164 y 165 del Reglamento establecen las causales y el procedimiento para resolver el contrato.

³ El artículo 44 de la Ley establece las causales por las cuales la Entidad puede declarar la nulidad del contrato.

determinadas causales previstas en los literales a) y b) del numeral 44.2⁴ del artículo 44 de la Ley), existan prestaciones pendientes de ejecución derivadas de dicho contrato **cuya culminación resulte urgente para la Entidad**. En ese contexto, y siempre que se haya agotado el procedimiento regulado en el artículo 167 del Reglamento⁵, una Entidad puede contratar de manera directa la ejecución de dichas prestaciones, conforme al literal l) del artículo 27 de la Ley.

2.1.3 Ahora bien, el artículo 100 del Reglamento establece las condiciones generales que deben verificarse para la configuración de los supuestos de contratación directa; así el k) de dicho dispositivo prevé la posibilidad de contratar las prestaciones derivadas de un contrato resuelto o declarado nulo **cuya continuidad de ejecución resulta urgente, siempre que se haya agotado lo dispuesto en el artículo 167 del Reglamento**.

Al respecto, cabe precisar que **la determinación del carácter urgente de continuar la ejecución de las prestaciones derivadas de un contrato resuelto o declarado nulo, conforme a lo dispuesto por la normativa de Contrataciones del Estado, es efectuada** –con el debido sustento- **por la propia Entidad**, la cual podrá emplear el supuesto de contratación directa establecido en el literal l) del artículo 27 de la Ley, **siempre que se cumplan las condiciones para su configuración y aprobación previstas en el Reglamento**⁶.

En ese sentido, en concordancia con el criterio establecido en la Opinión N° 024-2020/DTN, la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido algún porcentaje mínimo de avance en la ejecución de las prestaciones de un contrato resuelto o declarado nulo, pudiendo estar pendiente de ejecución una parte de las prestaciones o la totalidad de ellas, contexto en el cual resultaría posible emplear el supuesto de contratación directa establecido en el literal l) del artículo 27 de la Ley, siempre que la Entidad haya determinado, con el debido sustento, la necesidad urgente de ejecutar tales prestaciones y se cumplan las condiciones para la configuración y aprobación de dicho supuesto de contratación directa.

2.2 ***“¿Para realizar una Contratación Directa al amparo del literal l) del artículo 27 de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado; por haberse declarado nulo el contrato de una obra cuya ejecución no se ha iniciado, se aplica la normativa vigente al momento del procedimiento de selección que dio origen al contrato declarado nulo?” (sic).***

⁴ El Titular de la Entidad **puede** declarar de oficio la nulidad del contrato en los siguientes casos: “a) Por haberse perfeccionado en contravención con el artículo 11. 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. (...)”

⁵ De conformidad con el literal k) del artículo 100 del Reglamento.

⁶ Al respecto, debe indicarse que los artículos 101 y 102 del Reglamento, respectivamente, regulan las reglas para la aprobación y procedimiento de las contrataciones directas, las cuales deben observar las Entidades contratantes.

2.2.1. Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, en concordancia con el criterio establecido en la Opinión N° 024-2020/DTN, la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido algún porcentaje mínimo de avance en la ejecución de las prestaciones de un contrato resuelto o declarado nulo, pudiendo estar pendiente de ejecución una parte de las prestaciones o la totalidad de ellas, contexto en el cual resultaría posible emplear el supuesto de contratación directa establecido en el literal l) del artículo 27 de la Ley, siempre que la Entidad haya determinado, con el debido sustento, la necesidad urgente de ejecutar tales prestaciones y se cumplan las condiciones para la configuración y aprobación de dicho supuesto de contratación directa.

2.2.2. Preciado lo anterior debe indicarse que, en relación con **la aplicación de las normas en el tiempo**, la Constitución Política del Perú dispone en su artículo 103 lo siguiente: “*La ley, desde su entrada en vigencia, **se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes** y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley*”. (El énfasis es agregado).

Asimismo, el artículo 109 de la Carta Magna dispone que “*La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte*”.

De los citados preceptos se desprende que, en materia de aplicación de las normas en el tiempo, nuestro sistema jurídico acoge el “*Principio de aplicación inmediata de las normas*”, en virtud del cual toda norma debe regir a partir del momento en que empieza su vigencia hasta su derogación. Así, una vez que la norma entra en vigencia, ésta se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, salvo disposición contraria de la misma ley que postergue su vigencia en todo o en parte⁷.

Al respecto, debe indicarse que el 30 de enero de 2019 entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1444 –*Decreto Legislativo que modifica la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por la Ley N° 30225*– y el Decreto Supremo N° 344-2018-EF –*Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado*–; así, atendiendo el principio de aplicación inmediata de las normas que recoge nuestro ordenamiento jurídico, todo nuevo proceso de contratación iniciado a partir del 30 de enero del 2019 debe realizarse conforme a las disposiciones de la normativa de contrataciones vigente en dicho contexto.

Por tanto, considerando que la contratación de prestaciones pendientes –derivadas de un contrato declarado nulo- **constituye una nueva relación contractual**, para realizar una contratación directa bajo la causal prevista en el literal l) del artículo 27 de la Ley, a efectos de contratar la ejecución de dichas prestaciones **deben observarse las disposiciones previstas en la normativa de contrataciones del Estado vigente, no aquellas que regularon el procedimiento de selección que dio origen al contrato declarado nulo**.

⁷ Sobre el particular, puede consultarse: Rubio Correa, Marcial (2015). *El Título Preliminar del Código Civil*. Undécima Edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, pp. 45-69.

3 CONCLUSIONES

- 3.1 La normativa de contrataciones del Estado no ha establecido algún porcentaje mínimo de avance en la ejecución de las prestaciones de un contrato resuelto o declarado nulo, pudiendo estar pendiente de ejecución una parte de las prestaciones o la totalidad de ellas, contexto en el cual resultaría posible emplear el supuesto de contratación directa establecido en el literal l) del artículo 27 de la Ley, siempre que la Entidad haya determinado, con el debido sustento, la necesidad urgente de ejecutar tales prestaciones y se cumplan las condiciones para la configuración y aprobación de dicho supuesto de contratación directa.
- 3.2 Considerando que la contratación de prestaciones pendientes, derivadas de un contrato declarado nulo, constituye una nueva relación contractual, para realizar una contratación directa bajo la causal prevista en el literal l) del artículo 27 de la Ley, a efectos de contratar la ejecución de dichas prestaciones deben observarse las disposiciones previstas en la normativa de contrataciones del Estado vigente, no aquellas que regularon el procedimiento de selección que dio origen al contrato declarado nulo.

Jesús María, 28 de abril de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/.