

T.D: 14413181

**OPINIÓN N° 053-2019/DTN**

Entidad: Programa Nacional de Infraestructura Educativa - PRONIED  
Asunto: Prestaciones pendientes de ejecución.  
Referencia: Oficio N° 1619-2019-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 de prestaciones pendientes de ejecución en caso de resolución o 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, y el acápite 9 del Anexo N° 2 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:

- **“T.U.O. de la Ley”** al Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (el cual incluye las modificatorias dispuestas 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 siguientes<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> La redacción en tiempo presente de esta opinión hace referencia al ámbito de aplicación temporal de las definiciones del “T.U.O. de la Ley” y “Reglamento” antes señaladas.

2.1 ***“¿El artículo 167 del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, es aplicable a las prestaciones pendientes derivadas de contratos resueltos o declarados nulos que tengan como objeto contractual la elaboración de expediente técnico de obra o la supervisión de obra?; y, de ser afirmativa la respuesta: ¿Cómo se selecciona al proveedor a contratar? y ¿Quién es el responsable de seleccionar al proveedor a contratar?”*** (Sic).

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.

De igual forma, debe señalarse que la normativa de contrataciones del Estado dispone que después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio cuando se verifique la ocurrencia de las causales establecidas en el numeral 44.2 del artículo 44 del T.U.O. de la Ley.

Sobre este punto, es importante mencionar que un contrato nulo -por definición- es inexistente y no debe surtir efectos; por tanto, la declaración de nulidad de un contrato determina que las obligaciones que constituyen su objeto son inexigibles para las partes.

2.1.2 Dicho ello, debe indicarse que el artículo 167 del Reglamento prevé las acciones que pueden adoptarse en el caso que existan prestaciones pendientes derivadas de la resolución de un contrato o de su 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 Reglamento, siempre que exista la necesidad urgente<sup>2</sup> *-debidamente sustentada-* de culminar con la ejecución de las prestaciones pendientes.

Cabe precisar que el mecanismo contemplado en el artículo 167 del Reglamento no discrimina ningún tipo de contrato, resultando, en consecuencia aplicable ante la resolución o declaratoria de nulidad de un contrato para la prestación de bienes, servicios, consultoría en general, consultoría de obra o ejecución de obra, siempre y cuando se cumplan los requisitos y condiciones señalados en el mencionado artículo.

2.1.2 Ahora bien, en cuanto a la dependencia responsable de llevar a cabo las actuaciones previstas en el mencionado artículo, debe indicarse que según el literal c) del artículo 8 de la Ley, el órgano encargado de las contrataciones “(...) *es el órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento al interior de una Entidad, incluida la gestión administrativa de los contratos.*” (El subrayado es agregado).

Como se advierte, la normativa de contrataciones del Estado establece que las gestiones propias del abastecimiento de bienes, servicios, consultorías u obras al interior de la Entidad, corresponden, en principio<sup>3</sup>, al órgano encargado de las contrataciones.

Por otro lado, es importante señalar que el supuesto de hecho del artículo 167 del Reglamento lo constituye un contrato resuelto o declarado nulo, es decir, una contratación que ya ha finalizado; sin embargo, al resultar urgente concluir la

---

<sup>2</sup> En caso no se acredite dicha urgencia se debe aplicar el procedimiento de selección que corresponda.

<sup>3</sup> El numeral 5.2 del artículo 5 del Reglamento dispone que: “*El órgano encargado de las contrataciones tiene como función la gestión administrativa del contrato, que involucra el trámite de su perfeccionamiento, la aplicación de las penalidades, el procedimiento de pago, en lo que corresponda, entre otras actividades de índole administrativo. Las normas de organización interna de la Entidad pueden asignar dicha función a otro órgano.* (...)”

ejecución de las prestaciones pendientes, la normativa establece un mecanismo ágil que sirve para garantizar el abastecimiento oportuno al interior de la Entidad.

En tal sentido, dado que el órgano encargado de las contrataciones es el responsable de la gestión del abastecimiento al interior de la Entidad, corresponde que este realice las gestiones destinadas a definir al postor que ejecute las prestaciones pendientes derivadas de un contrato resuelto o declarado nulo.

Por tanto, en concordancia con los artículos 8 de la Ley y 167 del Reglamento, el órgano encargado de las contrataciones o, en su defecto la dependencia establecida en las normas de organización interna de la Entidad, debe invitar a todos aquellos postores que participaron en el procedimiento de selección para que manifiesten su intención de ejecutar tales prestaciones por el precio y condiciones señalados en el documento de invitación; ahora bien, de presentarse más de una aceptación se deberá contratar con aquel postor que ocupó una mejor posición en el orden de prelación en el procedimiento de selección correspondiente.

**2.2 “De ser afirmativa la respuesta, considerando que las obras, los expedientes técnicos de obras y las supervisiones de obra, cuyos contratos han sido resueltos o declarados nulos se han ejecutado bajo el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 1017 y sus modificatorias o de la Ley N° 30225, modificadas por el Decreto Legislativo N° 1341 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, ¿es factible considerar en los términos de referencia que se elaboren los requisitos de calificación y las condiciones en las que se ejecutará la contratación, conforme a las disposiciones modificadas en el Decreto Legislativo N° 1444 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF?” (Sic).**

2.2.1 Al respecto, cabe señalar 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– y el Decreto Supremo N° 344-2018-EF –Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado–; ante lo cual, debe tenerse presente que nuestro sistema jurídico, por regla general, acoge el Principio de aplicación inmediata de las normas<sup>4</sup>, en virtud del cual, **toda norma debe regir a partir del momento en que empieza su vigencia hasta su derogación**<sup>5</sup>.

De esta manera, atendiendo al Principio de aplicación inmediata de las normas que recoge nuestro ordenamiento jurídico, todo nuevo proceso de contratación iniciado a

<sup>4</sup> El Principio de aplicación inmediata de las normas se encuentra contemplado en el artículo 109 de la Constitución Política del Perú, el cual establece 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.”

<sup>5</sup> Al respecto, es importante señalar que el numeral 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0002-2006-PI/TC hace suyo el sustento de Diez Picaso, señalando que “Diez-Picaso, (...) sostiene que en el momento en que una ley entra en vigor, despliega, por definición, sus efectos normativos y debe ser aplicada a toda situación subsumible en su supuesto de hecho (...)”.

partir del 30 de enero del 2019 debe realizarse conforme a las disposiciones de la normativa de contrataciones vigente.

Sobre esa base, considerando que la contratación de prestaciones pendientes constituye una nueva relación contractual, si una Entidad resuelve o declara nulo un contrato *–independientemente de la normativa que lo haya regulado–* y existe la necesidad urgente de culminar con la ejecución de las prestaciones pendientes, esta puede emplear el mecanismo previsto en el artículo 167 del Reglamento, siempre que *–para tal efecto–* dicha contratación del saldo pendiente se inicie a partir del 30 de enero del 2019.

En razón de lo anterior, la determinación las prestaciones que quedaron pendientes de ejecutar, deberá realizarse de acuerdo con los requisitos, condiciones y/o exigencias establecidos en la normativa vigente.

**2.3 *De ser afirmativa la respuesta, en el caso de obras, expedientes técnicos de obra y las supervisiones de obra cuyos contratos se resuelven o declaran nulos y considerando que para su contratación la Entidad deberá volver a elaborar los términos de referencia según la necesidad de lo que se encuentre pendiente de ejecutar ¿Es posible modificar el requerimiento original –el cual incluye las características de la obra, los requisitos de calificación, las condiciones en las que se ejecutara la contratación, entre otros– y posteriormente proceder a realizar el procedimiento previsto en el artículo 167° del Reglamento?***

**2.3.1** Respecto de lo señalado en el artículo 167 del Reglamento, debe indicarse que la Entidad es la responsable de definir y sustentar cuáles son las “prestaciones pendientes” derivadas del contrato resuelto o declarado nulo; de esta manera, al momento de determinar tales prestaciones se deberá considerar todos aquellos requisitos, condiciones y/o exigencias que resulten necesarios –de acuerdo a la normativa vigente– para cumplir con la finalidad que perseguía dicha contratación.

Complementando lo señalado, debe precisarse que dado que el mecanismo previsto en el artículo 167 del Reglamento tiene como presupuesto un contrato inicial (inconcluso), la determinación de las prestaciones pendientes debe guardar coherencia con aquellas definidas en el requerimiento primigenio (el mismo que dio origen al contrato resuelto o declarado nulo), a efectos de que no se desnaturalice el objeto de dicha contratación o se distorsione la finalidad pública que se pretendía alcanzar.

### **3. CONCLUSIONES**

**3.1** El mecanismo contemplado en el artículo 167 del Reglamento puede ser aplicado cuando se resuelva o declare nula una contratación de bienes, servicios, consultoría en general, consultoría de obra o ejecución de obra, siempre y cuando se cumplan los requisitos y condiciones señalados en el mencionado artículo.

- 3.2 En concordancia con lo establecido en los artículos 8 de la Ley y 167 del Reglamento, el órgano encargado de las contrataciones o, en su defecto la dependencia establecida en las normas de organización interna de la Entidad, debe invitar a todos aquellos postores que participaron en el procedimiento de selección para que manifiesten su intención de ejecutar las prestaciones pendientes por el precio y condiciones señalados en el documento de invitación; ahora bien, de presentarse más de una aceptación se deberá contratar con aquel postor que ocupó una mejor posición en el orden de prelación en el procedimiento de selección correspondiente.
- 3.3 Cada Entidad es la responsable de definir y sustentar cuáles son las “prestaciones pendientes” derivadas del contrato resuelto o declarado nulo.
- 3.4 La determinación de las prestaciones pendientes de ejecución deberá considerar todos aquellos requisitos, condiciones y/o exigencias que resulten necesarios *–de acuerdo a la normativa vigente–* para cumplir con la finalidad que perseguía la contratación resuelta o declarada nula.

Jesús María, 5 de abril de 2019

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
**Directora Técnico Normativa**

RMPP.