

OPINIÓN N° 084-2022/DTN

Entidad: Q-Medical S.A.C

Asunto: Regularización del contrato con un proveedor inhabilitado para contratar en el marco de una contratación directa por situación de emergencia

Referencia: a) Formulario S/N de fecha 19.SEP.2022 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.
b) Carta S/N de fecha 19.SEP.2022

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia a) y b), el Representante Legal de la Empresa Q-Medical S.A.C., señor Rodolfo Pacheco Salas, formula una consulta sobre la regularización del contrato, con un proveedor que fue sancionado con la inhabilitación para contratar con el Estado, en el marco de una contratación directa por la causal de situación de emergencia prevista en el artículo 27 de la Ley 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 sus modificatorias; 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. CONSULTA Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante la Ley N° 30225 y sus modificatorias.
- “Reglamento” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

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

“Considerando que la sanción de inhabilitación temporal regulada en el literal b) del

numeral 50.4 del artículo 50 de la LCE supone la inhabilitación de un proveedor para contratar con el Estado ¿Dicha sanción alcanza también a los casos en los que la suscripción del contrato se deba realizar en virtud del procedimiento de regularización por contratación directa por situación de emergencia al que se refiere el artículo 100 de la LCE?” (Sic).

Sobre el contrato en el marco de los procesos de contratación llevados a cabo mediante los procedimientos de selección clásicos

- 2.1. De manera previa, resulta pertinente realizar un breve desarrollo sobre la forma en que se perfecciona el contrato en el marco de los procedimientos de selección clásicos, a efectos de, luego, poder remarcar las disposiciones que, de manera excepcional, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto para el caso de la contratación directa por la causal de situación de emergencia establecida en el literal b) del artículo 27 de la Ley.
- 2.2. Sobre el particular, debe señalarse que el proceso de contratación consta de tres (3) fases: siendo la primera de ellas la fase de actuaciones preparatorias, le sigue la fase de selección y la tercera es la fase de ejecución contractual.

Es así que, como regla general, en virtud de lo previsto en el artículo 139 del Reglamento, el contrato se perfecciona con el postor que resultó ganador de la buena pro de un procedimiento de selección desarrollado de conformidad con las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado. Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 144 del Reglamento, la vigencia del contrato inicia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o, en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio.

Así, en el marco de lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, la regla general es que el contrato tiene vigencia a partir del día siguiente de su perfeccionamiento —el que se da cuando se suscribe el documento que contiene el contrato o cuando se recibe la orden de compra o de servicio—, siendo esto posible (el perfeccionamiento) sólo si previamente se han realizado las actuaciones preparatorias y se ha desarrollado la fase de selección, cumpliendo con los requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y demás disposiciones que establece la mencionada normativa para adjudicar la buena pro.

Sobre la contratación directa por situación de emergencia: sus condiciones y requisitos, así como la posibilidad que establece la normativa de contrataciones del Estado para su realización en vías de regularización

- 2.3. Realizadas las precisiones anteriores, corresponde señalar que el artículo 27 de la Ley establece una lista de supuestos en los cuales las Entidades se encuentran facultadas a emplear el procedimiento de contratación directa. Al respecto, debe señalarse que la contratación directa es un procedimiento de selección de naturaleza excepcional y no competitiva, que faculta a la Entidad a contratar directamente con un determinado proveedor sin la necesidad de realizar determinadas actuaciones propias de los procedimientos de selección clásicos; siendo necesario precisar que dicha situación no enerva la obligación de la Entidad de cumplir —en el marco de los procesos de contratación que emplean la contratación directa— con los

requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías establecidos en la Ley y el Reglamento para las fases de actuaciones preparatorias y de ejecución contractual.

Así, entre las causales de contratación directa previstas en el artículo 27 de la Ley, se encuentra la del literal b), la cual permite que, excepcionalmente, las Entidades puedan contratar directamente con un determinado proveedor “*Ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, situaciones que afecten la defensa o seguridad nacional, situaciones que supongan el grave peligro de que ocurra alguno de los supuestos anteriores, o de una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud*”.

- 2.4. Sobre el particular, resulta pertinente indicar que el literal b) del artículo 100 del Reglamento establece los supuestos en los que se configura la situación de emergencia a la que se refiere el literal b) del artículo 27 de la Ley, siendo éstos:

“b.1.) Acontecimientos catastróficos, que son aquellos de carácter extraordinario ocasionados por la naturaleza o por la acción u omisión del obrar humano que generan daños afectando a una determinada comunidad.

b.2.) Situaciones que afectan la defensa o seguridad nacional dirigidas a enfrentar agresiones de orden interno o externo que menoscaben la consecución de los fines del Estado.

b.3.) Situaciones que supongan grave peligro, que son aquellas en las que exista la posibilidad debidamente comprobada de que cualquiera de los acontecimientos o situaciones anteriores ocurra de manera inminente.

b.4.) Emergencias sanitarias, que son aquellas declaradas por el ente rector del sistema nacional de salud conforme a la ley de la materia”.

Al respecto, es importante añadir que el penúltimo párrafo del literal b) del artículo 100 del Reglamento establece que:

*“En dichas situaciones, la Entidad **contrata de manera inmediata** los bienes, servicios en general, consultorías u obras estrictamente necesarios, tanto para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, como para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, **sin sujetarse a los requisitos formales de la presente norma**. 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 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**”¹. (El resaltado y el subrayado son*

¹ Cabe señalar 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 **un plazo de regularización** máximo de treinta (30) días hábiles cuyo inicio se computa de acuerdo con lo establecido en el artículo 100 del

agregados).

Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que, cuando se configura la situación de emergencia a la que se refiere el literal b) del artículo 27 de la Ley, la Entidad se encuentra facultada a **contratar inmediatamente** los bienes, servicios en general, consultorías u obras estrictamente necesarios, tanto para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, como para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, con la **posibilidad de regularizar** aquella documentación a que se refiere el penúltimo párrafo del literal b) del artículo 100 del reglamento; es decir, la contratación directa por situación de emergencia es el **único caso en el que la normativa de contrataciones del Estado ha establecido** que la Entidad puede contratar antes de que se realicen las actuaciones antes referidas.

- 2.5. Al respecto, es pertinente precisar que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un procedimiento particular para realizar la regularización de los documentos a los que se refiere el literal b) del artículo 100 del Reglamento. Sin embargo, cabe indicar que, incluso en las contrataciones derivadas de la causal de situación de emergencia, deben cumplirse las condiciones, requisitos y formalidades que establece la mencionada normativa para las fases de planificación y actuaciones preparatorias y de ejecución contractual, así como las condiciones, requisitos y formalidades propias de las contrataciones directas establecidas en los artículos 101 y 102 del Reglamento que deban regularizarse.

Debe reiterarse que la contratación directa por causal de situación de emergencia es el único caso en que la normativa de contrataciones del Estado permite que puede contratarse y luego regularizarse; es decir, el contrato se genera, motivo por el cual el contratista comienza a ejecutar las prestaciones a su cargo, y luego se **regulariza** —de ser el caso— la suscripción del contrato.

La formación del contrato en el procedimiento de Contratación Directa por situación de emergencia.

- 2.6. Sobre el particular, de manera previa, es preciso remitirse a la definición de “contrato” contemplada en el Anexo de Definiciones del Reglamento que señala: “Contrato: Es el acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la Ley y el Reglamento”.

Como se puede advertir, el contrato regulado por la normativa de Contrataciones del Estado es un acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica (de carácter patrimonial), cuya formación y contenido se encuentran regulados por la normativa de Contrataciones del Estado.

Ahora bien, el acuerdo antes mencionado implica la concurrencia de la voluntad de la Entidad y la del proveedor. Al respecto cabe anotar que, por regla general, para concretar esta concurrencia, esto es, para llegar a celebrar el contrato, ambos deben observar un conjunto de requisitos y formalidades predeterminados por la

normativa de Contrataciones del Estado pues –a diferencia de lo que ocurre en la contratación entre privados- en los contratos públicos no resulta aplicable el principio de autonomía privada, del cual se deriva la posibilidad de autorreglamentación de intereses.²

No obstante, la contratación directa por situación de emergencia, se constituye en una excepción a la regla antes expuesta, pues la Ley habilita a la Entidad a formar el acuerdo (es decir, a contratar) sin ceñirse a los requisitos que “ordinariamente” exige la normativa de Contrataciones del Estado para estos efectos.³

Siendo 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 (oferta)⁴ 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 del Estado.

Sobre la sanción de inhabilitación que impide a los proveedores ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas del Estado

2.7. Por otra parte, corresponde señalar que el artículo 50 de la Ley establece que el Tribunal de Contrataciones del Estado es el órgano competente para sancionar a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, según corresponda, cuando éstos incurran en alguna de las infracciones que prevé su numeral 50.1.

Así, entre las sanciones que puede imponer el Tribunal de Contrataciones del Estado se encuentran la “Inhabilitación temporal” y la “Inhabilitación definitiva”, las cuales consisten en la privación, por un período determinado o de manera permanente, respectivamente, del ejercicio del derecho a participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado⁵. Cabe señalar que las sanciones impuestas por el Tribunal de Contrataciones del Estado

² Al respecto, MORÓN URBINA señala lo siguiente: “A diferencia del contrato privado, en el contrato estatal el consentimiento es formado a través de la fusión de la voluntad administrativa con la voluntad del contratista, ambas desarrolladas a lo largo de procedimientos sustancialmente reglados en los que ambas manifestaciones de voluntad se van sucediendo hasta concretar el acuerdo dentro del marco legal. Ahora bien, ese consentimiento difiere del consentimiento propio de los contratos privados, porque no basta el consentimiento para conformar un acuerdo exigible dado que en el derecho público el acuerdo sigue una necesaria fase de perfeccionamiento contractual que es donde el contrato queda formalizado”. MORÓN URBINA, Juan Carlos. La Contratación Estatal. Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima, 2016. Pág. 269.

³ Incluso, de ser el caso, podría prescindir de aquellos requisitos formales que se exigen para una contratación directa. Ello se desprende de que el literal b) del artículo 100 del Reglamento permite que, en el marco de una contratación directa por situación de emergencia, se regularice, incluso el informe que sustenta la contratación directa y la resolución que la aprueba.

⁴ Es conveniente recordar que la oferta, para ser tal, debe ser completa, pues su sola aceptación generará una relación contractual.

⁵ De conformidad con lo previsto en los literales b) y c) del numeral 50.2 del artículo 50 de la Ley.

se publican en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)⁶.

Al respecto, debe indicarse, además, que el literal l) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que **se encuentran impedidas de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas del Estado**, “*En todo proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas inhabilitadas o suspendidas para contratar con el Estado*”. (El resaltado y subrayado son agregados).

Teniendo en consideración lo expuesto hasta este punto, debe señalarse que, en la medida que el impedimento establecido en el literal l) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley es aplicable incluso a las contrataciones directas por situación de emergencia, la Entidad **debe verificar, en el RNP, que hasta el momento en que contrata** los bienes, servicios en general, consultorías o ejecución de obras, el proveedor con el que está contratando no se encuentre inhabilitado para contratar con el Estado.

- 2.8. Ahora bien, en adición a lo indicado en el numeral 2.6, es pertinente traer a colación el numeral 50.5 del artículo 50 de la Ley, que establece lo siguiente: “*La inhabilitación o multa que se imponga no exime de la obligación de cumplir con los contratos ya suscritos a la fecha en que la sanción queda firme*” (el resaltado y subrayado son agregados). Del citado dispositivo, es necesario hacer énfasis sobre dos elementos muy importantes: (i) “*no exime de la obligación de cumplir con*” y (ii) “*contratos ya suscritos*”.

Respecto del primer elemento señalado: “*no exime de la obligación de cumplir con*”, puede advertirse que la Ley está refiriéndose a una obligación ya existente, que es exigible al contratista, aun cuando —con posterioridad a la existencia de la obligación— es sancionado con inhabilitación. Cabe señalar que lo dispuesto resulta concordante con el Principio de eficacia y eficiencia recogido en el artículo 2⁷ de la Ley, dado que se busca garantizar la efectiva y oportuna satisfacción del interés público que subyace a toda contratación pública, (lo que a su vez concuerda con la finalidad de contratar oportunamente, según se ha recogido en el artículo 1 de la Ley), cautelando que aquellas obligaciones contractuales asumidas por un contratista con una Entidad de la Administración Pública sean cumplidas en su totalidad, sin que la imposición de la inhabilitación sobre el contratista, posterior al nacimiento de las obligaciones contractuales, sea un motivo para el incumplimiento del contrato y el consecuente desabastecimiento de la Entidad.

Por otro lado, respecto del segundo elemento indicado: “*contratos ya suscritos*”, es importante señalar que éste debe ser comprendido en concordancia con el conjunto de las disposiciones que conforman la normativa de contrataciones del Estado, pues si la interpretación del referido elemento se ciñe a su mera literalidad, excluyendo la razón de ser de lo dispuesto en el numeral 50.5 del artículo 50 de la Ley⁸, podría

⁶ De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 50.9 del artículo 50 de la Ley.

⁷ De conformidad con lo previsto en el artículo 2 de la Ley, los principios allí establecidos sirven de criterio de interpretación para la aplicación de la Ley y su Reglamento, de integración para solucionar sus vacíos y como parámetros para la actuación de quienes intervengan en dichas contrataciones.

⁸ Al respecto, resulta pertinente citar a Marcial Rubio el cual, respecto del método de interpretación literal de la norma señala: “*Para el método literal, el procedimiento de interpretación consiste en averiguar*

arribarse a conclusiones que podrían contravenir lo dispuesto en la mencionada normativa en otros extremos.⁹

De manera similar es posible verificar que el método literal resulta insuficiente para el contexto suscitado en el marco de la contratación directa por situación de emergencia, sobre el cual, la normativa de contrataciones del Estado hace una excepción a la regla y permite que el contrato sea perfeccionado sin la necesidad de la suscripción del contrato o la recepción de una orden de compra o de servicio, toda vez que, de conformidad con lo previsto en el literal b) del artículo 100 del Reglamento —ya citado—, “(...) *la Entidad contrata inmediatamente (...), sin sujetarse a los requisitos formales de la (...) norma*”; en dicho contexto el contrato y sus requisitos, entre otra documentación, son materia de regularización, en un plazo cuyo cómputo inicia a partir del día hábil siguiente del momento en que el contratista **ha iniciado la ejecución de las prestaciones a su cargo**. Cabe señalar que la ejecución de las prestaciones emanadas de un contrato, así como el ejercicio del derecho de la Entidad a exigirle al proveedor contratado el cumplimiento de sus prestaciones a su conformidad¹⁰, sólo resulta posible en el marco de un contrato existente.

Teniendo en cuenta lo antes señalado, el numeral 50.5 del artículo 50 de la Ley cautela que el contratista cumpla con ejecutar las obligaciones que emanan de un contrato existente con anterioridad a la fecha en que se sancionó al contratista con inhabilitación; en consecuencia, si en el marco de la contratación directa por situación de emergencia, el proveedor es sancionado con inhabilitación con posterioridad al momento de la existencia del contrato respectivo, dicha sanción no podría eximirle de cumplir con las obligaciones emanadas del referido contrato.

- 2.9. Por tanto, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, cuando se configura la causal para la contratación directa por situación de emergencia, la Entidad **contrata inmediatamente** los bienes, servicios en general, consultorías u obras estrictamente necesarios, tanto para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, como para atender los requerimientos generados

lo que la norma denota mediante el uso de las reglas lingüísticas propias al entendimiento común del lenguaje escrito en el que se halla producida la norma (...). Es decir, el método literal trabaja con la gramática y el diccionario”.

Por otra parte, sobre el método de interpretación de la *ratio legis* indica: “Según el método de la *ratio legis*, el <<qué quiere decir>> de la norma se obtiene desentrañando su razón de ser intrínseca, la que puede extraerse de su propio texto”.

Rubio, M. (2009) *El Sistema Jurídico*, Lima-Perú, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Décima edición aumentada, págs. 237-242.

⁹ Debe tenerse en cuenta que el artículo 137 del Reglamento también reconoce el perfeccionamiento de algunos contratos no solo a través de la suscripción respectiva sino también a través de la recepción de una orden de compra o de servicios.

¹⁰ En el marco de un contrato realizado mediante una contratación directa por situación de emergencia, la Entidad puede exigirle al contratista que cumpla con ejecutar sus obligaciones de acuerdo con lo pactado, pudiendo (la Entidad) formular observaciones a la prestación ejecutada por el contratista, cuando ésta no es realizada a su conformidad; asimismo, cuando el contratista cumple con ejecutar su obligación y la Entidad le brinda su conformidad, el primero tiene derecho a exigir que se le pague el precio pactado.

como consecuencia directa del evento producido, **y regulariza** aquella documentación a la que se refiere el literal b) del artículo 100 del Reglamento.

Así, en el contexto de una contratación directa por situación de emergencia si el proveedor es sancionado con inhabilitación con posterioridad al momento de la existencia del contrato respectivo, esta situación no lo exime de cumplir con las obligaciones que emanan del referido contrato.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. De conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, cuando se configura la causal para la contratación directa por situación de emergencia, la Entidad **contrata inmediatamente** los bienes, servicios en general, consultorías u obras estrictamente necesarios, tanto para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, como para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, **y regulariza** aquella documentación a la que se refiere el literal b) del artículo 100 del Reglamento.
- 3.2. En una contratación directa por situación de emergencia, el contrato existirá desde el momento en que concurra, de un lado, la voluntad del proveedor (oferta) 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 Estado, y si el proveedor es sancionado con inhabilitación con posterioridad al momento de la existencia del contrato respectivo, esta situación no lo exime de cumplir con las obligaciones que emanan del referido contrato.

Jesús María, 12 de octubre de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS