

OPINIÓN N° 093-2020/DTN

Solicitante: Ministerio de Salud

Asunto: Contratación directa por situación de emergencia

Referencia: Formulario de solicitud de consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Directora General de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud, formula varias consultas relacionadas con causal de situación de emergencia que habilita la contratación directa, en el marco de lo dispuesto por la normativa de Contrataciones del Estado vigente.

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.

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:

- “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, modificado por D.S. N°377- 2019-EF, D.S N°168-2020-EF y D.S N° 250-2020-EF.

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “¿Todas las prestaciones de las contrataciones directas por la causal de emergencia (derivadas de emergencia sanitaria o acontecimientos catastróficos) que efectúe la Entidad deben ser ejecutadas dentro del plazo de vigencia de la emergencia o, por el contrario, lo que el marco normativo exige es que tales contrataciones se perfeccionen durante el plazo de vigencia de la emergencia siendo posible que ciertas prestaciones se ejecuten fuera de dicho plazo?”

2.1.1 Previamente, debe reiterarse 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, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos.** En esa medida, considerando los distintos supuestos que habilitan la contratación directa por situación de emergencia, no puede definirse en vía de Opinión si todas las prestaciones derivadas de dicho mecanismo de contratación deben ejecutarse en un determinado periodo, toda vez que corresponde a cada Entidad determinar las condiciones bajo las cuales deberán ejecutarse tales prestaciones, según se trate de su requerimiento y del supuesto de contratación directa que se hubiese invocado.

Sin perjuicio de ello, tomando en consideración el tenor de la consulta planteada, a continuación se brindarán alcances de carácter general referidos a los supuestos de contratación directa por situación de emergencia, en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado.

2.1.2 En principio, es importante señalar que la normativa de contratación pública¹ establece supuestos taxativos en los que carece de objeto realizar un procedimiento de selección de naturaleza competitiva, **por razones coyunturales, económicas o de mercado, en virtud de las cuales una Entidad puede requerir la contratación directa con un determinado proveedor, a fin de satisfacer oportunamente una necesidad pública.** Dichos supuestos se encuentran establecidos en el artículo 27 de la Ley y constituyen las causales de contratación directa.

En ese contexto, excepcionalmente, una Entidad puede contratar de manera directa con un proveedor determinado, siempre que se verifique la configuración de alguno de los supuestos referidos, dentro de los cuales se encuentran los contemplados en el literal b) del artículo 27 de la Ley.

Al respecto, dicho dispositivo habilita la contratación directa ante una **situación de emergencia** que puede derivar de los siguientes supuestos: **i) acontecimientos catastróficos**, **ii) situaciones que afecten la defensa o seguridad nacional**, **iii) situaciones que supongan el 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.**

Tal como se desprende, bajo los alcances de la normativa de contrataciones del Estado, una situación de emergencia que habilita la contratación directa puede derivar de distintos supuestos –entre ellos, de acontecimientos catastróficos o de una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud- cuya configuración justifica el abastecimiento inmediato de los bienes, servicios u obras necesarios para atender o prevenir las consecuencias de tal situación. Para dicho efecto, el Reglamento² establece las condiciones para la configuración de cada uno de estos supuestos, los requisitos y formalidades para la aprobación y el procedimiento de contratación directa³.

¹ Conformada por la Ley, su Reglamento y las normas de carácter reglamentarias emitidas por el OSCE.

² Conforme al numeral 27.4 del artículo 27 de la Ley.

³ Al respecto, cabe precisar que según lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley, la contratación directa constituye un procedimiento de selección.

2.1.3 En esa medida, el artículo 100 del Reglamento regula las condiciones para el empleo de la contratación directa y establece en su literal b), referido a la situación de emergencia, que esta causal se configura por alguno de los siguientes supuestos:

- **Acontecimientos catastróficos, que son aquellos de carácter extraordinario ocasionados por la naturaleza o por la acción u omisión del obrar humano que genera daños afectando a una determinada comunidad.**
- 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.
- Situaciones que supongan el 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.
- **Emergencias sanitarias, que son aquellas declaradas por el ente rector del sistema nacional de salud conforme a la ley de la materia.**

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 100 del Reglamento, en dichos supuestos que configuran la causal de situación de emergencia, la Entidad “contrata de manera inmediata” los bienes, servicios en general, consultorías u obras estrictamente necesarios, -en atención a la finalidad netamente paliativa y temporal de esta causal- 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 determinados requisitos exigidos por la normativa.

2.1.4 Ahora bien, en este punto cabe distinguir los supuestos que habilitan la contratación directa por situación de emergencia, así como la oportunidad en que se efectúa o ejecuta dicha contratación, a propósito de la consulta planteada, la cual versa sobre dos de los supuestos de contratación directa por situación de emergencia: i) el derivado de acontecimientos catastróficos, o ii) el derivado de una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud.

Al respecto, es importante recalcar que la configuración de un acontecimiento catastrófico constituye uno de los supuestos de contratación directa por situación de emergencia, que habilita a la Entidad a contratar de manera inmediata –y sin sujetarse a determinados requisitos formales- las prestaciones que le permitan prevenir los efectos negativos de dicho evento o atender los requerimientos que éste hubiese producido, según corresponda.

Sobre el particular, resulta oportuno traer a colación lo señalado por Cabanellas, quien se refiere al término “acontecimiento” como aquel “*Suceso o hecho de alguna importancia o de gran trascendencia*”, e indica que “catastrófico” significa “*Propio de una catástrofe; lo que participa de su carácter; cuanto la prepara o le sigue como consecuencia natural*”. Asimismo, dicho autor precisa que “catástrofe” es aquel

“Suceso infausto y extraordinario; como terremoto, naufragio, descarrilamiento, incendio grande, explosión de polvorines, derrumbamiento de edificios y minas, entre otras desgracias donde se cuentan numerosas víctimas y grandes daños (...)”⁴. (El subrayado es agregado).

En ese contexto, se advierte que el acaecimiento de acontecimientos catastróficos - como por ejemplo, la ocurrencia de un desastre natural que afecta a la población- justifica la atención inmediata a través de la contratación directa, por encima de ciertas formalidades que establece la normativa de contrataciones del Estado, dado que la prioridad en estos supuestos es satisfacer una necesidad pública, oportunamente.

Bajo esa lógica, el Reglamento dispone que la causal de situación de emergencia constituye el único supuesto que admite la aprobación de la contratación directa y realizada “en vía de regularización”⁵, lo cual significa que una Entidad podría contratar con un determinado proveedor sin agotar antes determinadas actuaciones y requisitos que exige la normativa de contrataciones del Estado, e incluso disponer la ejecución inmediata de las prestaciones requeridas, sujetándose a la posterior regularización para formalizar la aprobación de la contratación directa⁶.

Asimismo, la declaratoria de una emergencia sanitaria constituye otro supuesto de contratación directa por situación de emergencia, que faculta a la Entidad la realización del inmediato abastecimiento, a fin de atender las necesidades directamente vinculadas con la emergencia sanitaria, la cual -según lo dispuesto en el Reglamento- es declarada por el ente rector del sistema nacional de salud conforme a la ley de la materia.

Al respecto, conviene reiterar que dicho supuesto se configura a partir de la declaratoria de la emergencia sanitaria efectuada por el mencionado ente rector, la cual es aprobada mediante Decreto Supremo con acuerdo del Consejo de Ministros⁷. En ese contexto, la relación de Entidades que deben actuar para atender la emergencia sanitaria, la vigencia de la declaratoria, así como los bienes y servicios que se requiere contratar para enfrentar dicha situación de emergencia, deben ser indicados en el Decreto Supremo correspondiente⁸.

⁴ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 29ª Edición, Buenos Aires: Heliasta, 2006, v.1, pág. 120 y v.2, pág. 115.

⁵ Tal se establece en el numeral 101.4 del artículo 101 del Reglamento.

⁶ De conformidad con lo dispuesto en el literal b) del artículo 100 del Reglamento, *“Como máximo, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien, o la primera entrega en 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 (...)”*. (El énfasis es agregado).

⁷ Conforme a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1156, **“DECRETO LEGISLATIVO QUE DICTA MEDIDAS DESTINADAS A GARANTIZAR EL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD EN LOS CASOS EN QUE EXISTA UN RIESGO ELEVADO O DAÑO A LA SALUD Y LA VIDA DE LAS POBLACIONES”, la declaratoria de Emergencia Sanitaria es aprobada mediante Decreto Supremo con acuerdo del Consejo de Ministros.**

⁸ De acuerdo al segundo párrafo del numeral 7.2 del artículo antes referido *“El Decreto Supremo a que se hace referencia en el párrafo precedente, **indicará la relación de Entidades que deben actuar para***

2.1.5 Efectuadas las precisiones anteriores, se puede apreciar que la formulación de los requerimientos estrictamente necesarios para atender una situación de emergencia se encuentra relacionada directamente con el supuesto invocado y con la necesidad pública subyacente que cada Entidad busque satisfacer a través de la contratación directa, en el marco de sus competencias.

De la misma manera, al configurarse alguno de los supuestos que habilitan la contratación directa por situación de emergencia, y considerando la necesidad pública que busca ser atendida oportunamente mediante dicha contratación, la Entidad puede efectuar ésta de manera inmediata -conforme a lo dispuesto en el literal b) del artículo 100 del Reglamento-, ejecutando las prestaciones contratadas incluso antes de regularizar -dentro del plazo establecido para dicho efecto- la resolución o acuerdo que aprueba la referida contratación directa.

Cabe precisar que tratándose de una emergencia sanitaria se establece mediante Decreto Supremo, entre otros aspectos, la vigencia de su declaratoria, así como la relación de los bienes y servicios requeridos para atender dicha emergencia; por lo tanto, la contratación directa de tales prestaciones debe efectuarse dentro del plazo durante el cual rige la emergencia sanitaria, sin perjuicio de que ocurra alguno de los dos siguientes supuestos: i) la regularización de las formalidades pendientes, estando dentro del plazo legalmente previsto para ésta, superare la vigencia de la emergencia sanitaria, y ii) la ejecución de ciertas prestaciones, siempre que sea necesario para garantizar el abastecimiento destinado a prevenir los efectos o a atender los requerimientos generados directamente por la emergencia sanitaria, supere la vigencia de ésta.

2.2. *"¿Las contrataciones directas por la causal de emergencia (derivada de emergencia sanitaria o acontecimientos catastróficos) pueden involucrar prestaciones que se ejecuten con posterioridad al plazo de vigencia de la emergencia, como es el caso de las prestaciones accesorias de mantenimiento en las contrataciones directas de bienes que califican como inversiones?"*

2.2.1 De conformidad con lo señalado en los antecedentes de la presente Opinión, 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, planteadas en términos genéricos, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos.** En esa medida, no puede definirse en vía de Opinión el alcance de las prestaciones que constituyen el objeto de una contratación directa por situación de emergencia, toda vez que dicho análisis excede las atribuciones conferidas por Ley a este despacho. Asimismo, corresponde señalar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 16 de la Ley, concordado con el artículo 29 del Reglamento, la definición del requerimiento es responsabilidad del área usuaria de cada Entidad contratante.

Sin perjuicio de lo expuesto, tal como se indicó al absolver la consulta anterior, la formulación de los requerimientos estrictamente necesarios para atender una situación de emergencia se encuentra relacionada directamente con el supuesto invocado y con

atender la emergencia sanitaria, la vigencia de la declaratoria, así como los bienes y servicios que se requieren contratar para enfrentar dicha situación de emergencia". (El énfasis es agregado).

la necesidad pública subyacente que cada Entidad busque satisfacer a través de la contratación directa, en el marco de sus competencias.

Así, al configurarse alguno de los supuestos que habilitan la contratación directa por situación de emergencia, y considerando la necesidad pública que busca ser atendida oportunamente mediante dicha contratación, la Entidad puede efectuar ésta de manera inmediata -conforme a lo dispuesto en el literal b) del artículo 100 del Reglamento-, ejecutando las prestaciones contratadas incluso antes de regularizar –dentro del plazo establecido para dicho efecto- la resolución o acuerdo que aprueba la referida contratación directa.

Tratándose de una emergencia sanitaria se establece mediante Decreto Supremo, entre otros aspectos, la vigencia de su declaratoria, **así como la relación de los bienes y servicios requeridos para atender dicha emergencia**; por lo tanto, la contratación directa de tales prestaciones debe efectuarse dentro del plazo durante el cual rige la emergencia sanitaria, sin perjuicio de que ocurra alguno de los dos siguientes supuestos: i) la regularización de las formalidades pendientes, estando dentro del plazo legalmente previsto para ésta, superar la vigencia de la emergencia sanitaria, y ii) la ejecución de ciertas prestaciones, siempre que ello sea necesario para garantizar el abastecimiento destinado a prevenir los efectos o a atender los requerimientos generados directamente por la emergencia sanitaria, supere la vigencia de ésta.

2.3. “¿la Entidad se encuentra habilitada para contratar directamente bienes, servicios en general, consultorías u obras orientados a enfrentar la situaciones de la Emergencia Sanitaria por la causal de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, en el marco del Comunicado N° 011-2020?”

De conformidad con lo señalado en los antecedentes de la presente Opinión, 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**, la cual está compuesta por la Ley, el Reglamento y las Directivas emitidas por el OSCE en el marco de sus competencias. En esa medida, no es posible definir vía Opinión si una determinada Entidad se encuentra –o no- habilitada para contratar directamente bienes, servicios en general, consultorías u obras, invocando la causal de situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, en el marco del Comunicado N° 011-2020⁹ del OSCE, toda vez que ese análisis particular excedería las atribuciones conferidas por Ley a este Organismo Técnico Especializado.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe indicarse que bajo los alcances de la normativa de contrataciones del Estado, una situación de emergencia que habilita la contratación directa puede derivar de distintos supuestos –entre ellos, de acontecimientos catastróficos o de una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud-, cuya configuración justifica el abastecimiento inmediato de los bienes, servicios u obras necesarios, a fin de atender o prevenir las consecuencias de tal situación, conforme a lo dispuesto en el literal b) del artículo 100 del Reglamento.

⁹ Mediante dicho Comunicado, esta Dirección Técnico Normativa emitió orientaciones respecto del alcance de la normativa de contrataciones del Estado, en el marco del Estado de Emergencia Nacional.

3. CONCLUSIONES

- 3.1.** Al configurarse alguno de los supuestos que habilitan la contratación directa por situación de emergencia, y considerando la necesidad pública que busca ser atendida oportunamente mediante dicha contratación, la Entidad puede efectuar ésta de manera inmediata -conforme a lo dispuesto en el literal b) del artículo 100 del Reglamento-, ejecutando las prestaciones contratadas incluso antes de regularizar –dentro del plazo establecido para dicho efecto- la resolución o acuerdo que aprueba la referida contratación directa.
- 3.2.** Tratándose de una emergencia sanitaria se establece mediante Decreto Supremo, entre otros aspectos, la vigencia de su declaratoria, así como la relación de los bienes y servicios requeridos para atender dicha emergencia; por lo tanto, la contratación directa de tales prestaciones debe efectuarse dentro del plazo durante el cual rige la emergencia sanitaria, sin perjuicio de que ocurra alguno de los dos siguientes supuestos: i) la regularización de las formalidades pendientes, estando dentro del plazo legalmente previsto para ésta, superare la vigencia de la emergencia sanitaria, y ii) la ejecución de ciertas prestaciones, siempre que ello sea necesario para garantizar el abastecimiento destinado a prevenir los efectos o a atender los requerimientos generados directamente por la emergencia sanitaria, supere la vigencia de ésta.
- 3.3.** Bajo los alcances de la normativa de contrataciones del Estado, una situación de emergencia que habilita la contratación directa puede derivar de distintos supuestos – entre ellos, de acontecimientos catastróficos o de una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud-, cuya configuración justifica el abastecimiento inmediato de los bienes, servicios u obras necesarios, a fin de atender o prevenir las consecuencias de tal situación, conforme a lo dispuesto en el literal b) del artículo 100 del Reglamento.

Jesús María, 23 de septiembre de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/.