

OPINIÓN N° 098-2020/DTN

Solicitante: Gobierno Regional de Tacna

Asunto: Aprobación de contratación directa con un proveedor inhabilitado para contratar en la etapa de perfeccionamiento del contrato

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

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General Regional del Gobierno Regional de Tacna, formula una consulta sobre la aprobación de contratación directa con un proveedor inhabilitado para contratar en la etapa de perfeccionamiento del contrato.

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. CONSULTA 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 el Decreto Supremo N° 250- 2020-EF, vigente a partir del 05 de setiembre de 2020.

Las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. “¿Es posible suscribir un contrato para regularizar una contratación directa por situación de emergencia con un proveedor que, no estando impedido cuando fue seleccionado por la Entidad, fue inhabilitado para contratar por el Tribunal de**

Contrataciones del Estado en la etapa de presentación de requisitos para el perfeccionamiento del contrato?” (Sic.).

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

- 2.1.1. 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.
- 2.1.2. Sobre el particular, debe señalarse que el proceso de contratación consta de tres (3) fases: fase de planificación y actuaciones preparatorias, fase de selección y fase de ejecución contractual; siendo necesario precisar que la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que la realización de las actuaciones que constituyen cada una de dichas fases son realizadas en ese estricto orden.

Es así que, 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 convocado y efectuado de conformidad con las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado para tales efectos y, de acuerdo con lo establecido en el artículo 144 del Reglamento, su vigencia (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.

Dicho de otro modo, 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 que constituyen a las fases de planificación y actuaciones preparatorias y la fase de selección, cumpliendo con los requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y demás disposiciones que establece la mencionada normativa para tales efectos, habiéndose obtenido de allí al ganador o ganadores de la buena pro del respectivo procedimiento de selección.

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

- 2.1.3. 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”*.

2.1.4. 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 diez (10) 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 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.

2.1.5. Por tanto, cuando en virtud de la configuración de la causal de situación de emergencia —a que se refiere el literal b) del artículo 27 de la Ley—, **la Entidad contrata** bienes, servicios en general, consultorías u obras con un proveedor, **regulariza** la documentación a la que se refiere el artículo 100 del Reglamento, entre la que se encuentra el contrato y sus requisitos; teniendo en cuenta que **el cómputo del plazo para realizar dicha regularización inicia a partir** del día hábil siguiente de la ocurrencia de alguno de los eventos —propios de la ejecución contractual— que se detallan a continuación: 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.

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

2.1.6. 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 Estado². Cabe señalar que las sanciones impuestas por el Tribunal de Contrataciones del Estado

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 Reglamento.

² 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)³.

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.

2.1.7. Ahora bien, en adición a lo indicado en el numeral 2.1.6, 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 2⁴ de la Ley, dado que se busca garantizar la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos (lo que a su vez concuerda con la finalidad de contratar oportunamente, según se ha recogido en el artículo 1 de la Ley), así como el interés público que subyace a toda contratación pública, 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, y los perjuicios para el cumplimiento oportuno de fines, metas y objetivos institucionales.

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

³ De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 50.9 del artículo 50 de la Ley.

⁴ 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.

a razón de ser de lo dispuesto en el numeral 50.5 del artículo 50 de la Ley⁵, podría arribarse a conclusiones que podrían contravenir lo dispuesto en la mencionada normativa en otros extremos. Así por ejemplo, debe tenerse en consideración que el artículo 137 del Reglamento establece la posibilidad de que el perfeccionamiento del contrato se realice, además de con la suscripción del documento que lo contiene, con la **recepción** de una orden de compra o de servicios⁶, así, a partir del día siguiente del perfeccionamiento, se inicia la vigencia del contrato, y tanto la Entidad como el contratista se encuentran inmersos en una relación de naturaleza contractual (una relación jurídico patrimonial) de la que se desprenden derechos y obligaciones para ambos; en consecuencia, una interpretación literal del numeral 50.5 del artículo 50 de la Ley, llevaría a concluir que el término “*contratos ya suscritos*” tiene por efecto que el supuesto de hecho de esta disposición excluye a aquellos contratos cuyo perfeccionamiento se hubiera producido con la sola recepción de órdenes de compra o de servicio, con lo cual, a su vez, se concluiría **erróneamente** que en este supuesto de hecho (en el cual, el perfeccionamiento del contrato no se ha producido con su suscripción), a pesar de estar frente a un contrato vigente, el contratista sancionado no está obligado a cumplir sus obligaciones.

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 conformidad⁷, sólo resulta posible en el marco de un contrato vigente.

⁵ 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 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.

⁶ El artículo 137 del Reglamento establece lo siguiente:

“*El contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene, salvo en los contratos derivados de procedimientos de Subasta Inversa Electrónica y Adjudicación Simplificada para bienes y servicios en general, en los que el contrato se puede perfeccionar con la recepción de la orden de compra o de servicios, conforme a lo previsto en los documentos del procedimiento de selección, siempre que el monto del valor estimado no supere los Cien Mil con 00/100 Soles (S/ 100 000,00)*”.

⁷ 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 es de advertirse, si se recurre únicamente a la interpretación literal del numeral 50.5 del artículo 50 de la Ley, para el caso de las contrataciones directas por situación de emergencia podría concluirse que, en el supuesto en el que el proveedor contratado que ya inició la ejecución de las prestaciones a su cargo (situación que sólo podría suscitarse en el marco de un contrato vigente), es sancionado con la inhabilitación de manera posterior a dicha contratación, se encontraría eximido de cumplir con sus obligaciones contractuales. Esta situación claramente colisionaría con la finalidad de la referida disposición que es, como ya se indicó, garantizar la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos, así como el interés público que subyace a toda contratación pública.

Es decir, el numeral 50.5 del artículo 50 de la Ley cautela que el contratista cumpla con ejecutar las obligaciones que emanan de un contrato que entró en vigencia 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 con el que se contrata, contrato cuyo perfeccionamiento está sujeto a regularización, es sancionado con inhabilitación luego de que el contrato inicia su vigencia, dicha sanción no podría eximirle de cumplir con las obligaciones emanadas del referido contrato, pudiendo la Entidad exigir al contratista el cumplimiento de las prestaciones a su conformidad, de acuerdo con lo pactado.

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

Asimismo, en el contexto de una contratación directa por situación de emergencia, la Entidad debe verificar que **hasta el momento en que el contrato inicia su vigencia, el proveedor seleccionado no se encuentra inhabilitado para contratar con el Estado**; si luego de haberse iniciado la vigencia del contrato, el proveedor, ahora contratado, es sancionado con la inhabilitación, esta situación no lo exime de cumplir con las obligaciones que emanan del referido contrato vigente.

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 el contexto de una contratación directa por situación de emergencia, la Entidad debe verificar que **hasta el momento en que el contrato inicia su vigencia —lo**

cual supone en estos casos que su perfeccionamiento esté sujeto a regularización— el proveedor seleccionado no se encuentra inhabilitado para contratar con el Estado; si luego de haberse iniciado la vigencia del contrato, el proveedor, ahora contratado, es sancionado con la inhabilitación, esta situación no lo exime de cumplir con las obligaciones que emanan del referido contrato vigente.

Jesús María, 13 de octubre de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS/GDA