

OPINIÓN N° 104-2020/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 una consulta respecto de la regularización que se realiza en el marco de las contrataciones directas por la causal de situación de emergencia.

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. CONSULTA¹ 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.

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas planteadas en el documento de la referencia, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 3 del TUPA del OSCE; advirtiéndose que la segunda y tercera consulta solicitan que el OSCE determine si, en el contexto suscitado en el marco de una contratación directa por situación de emergencia, correspondería declarar la nulidad del contrato y emplear la figura del enriquecimiento sin causa para efectos de realizar el pago por las prestaciones ejecutadas por el contratista o si debe emplearse un mecanismo diferente para ello, aspecto que es una medida de gestión del contrato que corresponde ser definido por cada Entidad, en coordinación con su asesoría interna, a partir del análisis de los elementos del caso particular y, por tanto, no puede ser atendida en vía de Opinión. Por tal motivo, se atenderá sólo la consulta que cumple con los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 3.

- “**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.

La consulta formulada es la siguiente:

- 2.1. “¿Cuáles son los efectos del incumplimiento de los plazos de regularización de la contratación directa por la causal de situación de emergencia? ¿El titular de la Entidad podría emitir la resolución que aprueba la contratación directa de bienes y servicios por la causal de situación de emergencia, con posterioridad al término del plazo de regularización?”**

En principio, debe resaltarse que las consultas que absuelve el OSCE son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas en términos genéricos, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos.

Precisado lo anterior, a continuación, se desarrollarán alcances respecto de la regularización que se realiza en el marco de las contrataciones directas por la causal de situación de emergencia.

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

- 2.1.1. Al respecto, 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. Sobre el particular, 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*”.

- 2.1.2. 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”. (El resaltado y el subrayado son agregados).

En este punto, es pertinente indicar 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 —en dichos supuestos, cuya configuración deberá verificar cada entidad- **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.

Como puede apreciarse, 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 —dentro del plazo previsto en la normativa de contrataciones del Estado o en las normas emitidas por el Gobierno Nacional que sean aplicables a la contratación—**, 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.

- 2.1.3. 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 la resolución o acuerdo que la aprueba, **dentro del plazo** previsto en la normativa de contrataciones del Estado o en las normas emitidas por el Gobierno Nacional que sean aplicables a la contratación, para tales efectos.
- 2.1.4. La norma ha establecido para el caso de las contrataciones directas por situación de emergencia la obligación de regularizar, la misma que debe ser cumplida por la Entidad, de lo contrario ese contrato se quedaría sin cumplir los requisitos previstos en la ley respecto a las actuaciones preparatorias, su perfeccionamiento y su registro en el SEACE.

Por lo tanto, en el contexto de una contratación directa por situación de emergencia, el vencimiento del plazo para la regularización de la resolución o acuerdo que la aprueba —en el caso que corresponda la aprobación—, no es una causal suficiente para no cumplir con dicha regularización. Ahora bien, en atención a lo establecido en el artículo 9 de la Ley, la Entidad deberá adoptar las acciones que correspondan para el deslinde de responsabilidades por la regularización fuera de plazo.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. 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 la resolución o acuerdo que la aprueba, dentro del plazo previsto en la normativa de contrataciones del Estado o en las normas emitidas por el Gobierno Nacional que sean aplicables a la contratación, para tales efectos.
- 3.2. En el contexto de una contratación directa por situación de emergencia, el vencimiento del plazo para la regularización de la resolución o acuerdo que la aprueba —en el caso que corresponda la aprobación—, no es una causal suficiente para no cumplir con dicha regularización. Ahora bien, en atención a lo establecido en el artículo 9 de la Ley, la Entidad deberá adoptar las acciones que correspondan para la determinación de las responsabilidades que correspondan.

Jesús María, 27 de octubre de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS