

OPINIÓN N° 117-2023/DTN

Solicitante: Agustín Junior Cisneros Soto

Asunto: Contratación Directa por Situación de Emergencia

Referencia: Formulario S/N de fecha 25.OCT.2023 - Consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Agustín Junior Cisneros Soto, formula consultas relacionadas con la Contratación Directa bajo causal de situación emergencia, prevista en la normativa 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 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, 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. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Tomando en consideración el contexto normativo al que se hace alusión en las consultas planteadas, para su absolución se entenderá por:

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

Las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. *“Se consulta, si al requerir invitar a un solo proveedor, cuya propuesta cumpla con las características y condiciones para atender las situaciones de emergencia, éstos deberían CUMPLIR con indicar el precio tomando como mínimo lo indicado en los literales b, d, del artículo 48 del RLCE la misma deberá desarrollarse de forma libre sin sujetarse a ninguna formalidad.” (Sic).*

2.1.1. Al respecto, es importante señalar que la normativa de contratación pública¹ establece supuestos taxativos en los que carece de objeto realizar un procedimiento de selección competitivo, toda vez que por razones coyunturales, económicas o de mercado, la Entidad requiere contratar directamente con un determinado proveedor para satisfacer una necesidad pública. Tales supuestos se encuentran establecidos en el artículo 27 de la Ley y constituyen las causales de contratación directa, siendo uno de estos supuestos, la contratación directa por situación de emergencia.

Así, de acuerdo con el literal b) del artículo 100 del Reglamento (concordante con el referido artículo 27 de la Ley), la Contratación Directa por situación de emergencia se configura por alguno de los siguientes supuestos: “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; b3) Situaciones que supongan grave peligro, que son aquellas en las que exista 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”*

Adicionalmente, el penúltimo párrafo del referido literal b) del artículo 100 del Reglamento establece lo siguiente: “*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 desde su instalación y puesta en funcionamiento en el caso de bienes bajo la modalidad de llave en mano, 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 subrayado es agregado).

De los dispositivos citados se depende que, cuando se hubiese configurado alguna de las causales de situación de emergencia, la Entidad se encontrará habilitada para **“contratar” de manera inmediata y sin sujetarse a los requisitos formales de la normativa de contrataciones del Estado**, aquellos objetos que habrán de servir para atender la emergencia. Así también, estos dispositivos establecen que, de manera posterior a la contratación, la Entidad debe **regularizar** una serie de formalidades y requisitos.

De esta manera, a diferencia de un proceso de contratación regular que contempla una serie de actuaciones previas y formalidades a observar, en una contratación directa por situación de emergencia, el contrato existirá desde el momento en que concurra, de un

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

lado, la voluntad del proveedor (**oferta**) y, de otro, la aceptación de la Entidad, no siendo necesario que se observe *-en dicho momento-* ciertos requisitos formales que “ordinariamente” se exigen en las compras públicas, como por ejemplo, la inclusión en el PAC, la elaboración de Bases, o incluso la suscripción por escrito del contrato o emisión de la orden de compra o servicio, entre otros requisitos que a la fecha de la contratación no hubiesen sido elaborados, aprobados o suscritos.

Sin perjuicio de lo señalado, cabe mencionar que incluso en una situación de emergencia *-en la cual se pueden omitir ciertos requisitos de carácter formal-* resulta indispensable que la Entidad, de forma previa a la contratación, pueda dimensionar sus necesidades (generadas como producto de dicha emergencia), así como la finalidad que esta persigue. Sobre la base de ello, podrá definir, cuanto menos, aquellos elementos esenciales (características y condiciones mínimas) del bien, servicio, consultoría u obra que requiere para prevenir o atender la referida emergencia. Una vez definidos tales aspectos, la Entidad podrá obtener del mercado una oferta que pueda cubrir sus necesidades.

Así, en lo que concierne a la consulta formulada, debe indicarse que al momento de recurrir al mercado con el fin de obtener una oferta *-en el marco de una contratación directa por situación de emergencia-*, la Entidad no está en la obligación de establecer un valor referencial o estimado (precio), toda vez que serán los propios proveedores (o proveedor, de ser el caso) quienes remitirán sus ofertas indicando, entre otras condiciones, el precio de la prestación. De esta manera, y siempre que se disponga de los recursos necesarios, la Entidad contratará de forma inmediata con aquel proveedor cuya oferta cumpla con las características y condiciones requeridas.

En ese sentido, la oferta que se contrate debe ser completa, pues su sola aceptación generará una relación contractual entre ambas partes, sin perjuicio de su posterior regularización dentro del plazo establecido en el Reglamento. Por tanto, a efectos de evitar futuras controversias o compras ineficientes que no lleguen a cumplir con su finalidad, la Entidad deberá tener claros los términos y condiciones de la prestación a contratar, entre estos, el precio pactado, toda vez que a partir de este, se deberá gestionar el presupuesto necesario para realizar el pago al contratista.

2.2. *“Tomando en cuenta la consulta anterior, de ser afirmativa, de surgir algún error material en la consignación del precio podría rectificarse el error incurrido, dado que la exoneración se circunscribe a la omisión del proceso de selección y sin sujetarse a requisitos formales (...) Por lo expuesto, considero que también debe existir una precisión acerca del precio o cotización del proveedor.”* (Sic).

2.2.1 Tal como se ha indicado previamente, aun cuando se trate de una contratación directa por situación de emergencia *-sujeta a regularización-*, la Entidad, previamente, deberá tener claros los términos y condiciones de la prestación a contratar, entre estos, el precio pactado, toda vez que a partir de este, se deberá disponer el presupuesto necesario para el pago respectivo al contratista².

A su vez, dado que en una contratación directa por situación de emergencia, el contrato se tiene por celebrado desde el momento en que concurren la oferta del proveedor y la aceptación de la Entidad, la “regularización” que se realiza de manera posterior es simplemente una formalización del contrato ya celebrado, razón por la cual, dicha

² Antes de celebrar el contrato, las partes pueden gestionar ciertos aspectos vinculados a la definición del precio y/o determinación del monto a contratar.

regularización no podría implicar, de forma alguna, una modificación del contrato ya existente, o respecto de los términos y condiciones previamente pactados.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 Al momento de recurrir al mercado con el fin de obtener una oferta *-en el marco de una contratación directa por situación de emergencia-*, la Entidad no está en la obligación de establecer un valor referencial o estimado (precio), toda vez que serán los propios proveedores (o proveedor, de ser el caso) quienes remitirán sus ofertas indicando, entre otras condiciones, el precio de la prestación. De esta manera, y siempre que se disponga de los recursos necesarios, la Entidad contratará de forma inmediata con aquel proveedor cuya oferta cumpla con las características y condiciones requeridas.
- 3.2 Aun tratándose de una contratación directa por situación de emergencia *-sujeta a regularización-*, la Entidad, previamente, deberá tener claros los términos y condiciones de la prestación a contratar, entre ellos, el precio pactado, toda vez que a partir de este, se deberá gestionar el presupuesto necesario para el pago el contratista. La regularización de dicha contratación directa no podría implicar, de forma alguna, una modificación del contrato ya existente, o respecto de los términos y condiciones previamente pactados.

Jesús María, 23 de noviembre de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP.