

OPINIÓN N° 120-2020/DTN

Solicitante: Hospital Emergencia Ate Vitarte
Asunto: Contratación Directa por situación de emergencia.
Referencia: Formulario S/N de fecha 28.OCT.202

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Luis Melchor Loro Chero, Director General del Hospital de Emergencia Ate Vitarte, formula varias consultas sobre el procedimiento de Contratación Directa por 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, 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 modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

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 D.S. N°377- 2019-EF.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “En un Procedimiento de Selección por Contratación Directa, ¿la Oferta de la empresa seleccionada, se tiene por presentada en el momento de la aceptación de la invitación acorde con los TDR que se le adjuntó, ó esta recién se tiene por presentada en el periodo de regularización documentaria?” (Sic)

2.1.1. De manera previa, es necesario aclarar que, de acuerdo con la normativa de Contrataciones del Estado, la contratación directa por situación de emergencia es el único método de

Dirección Técnico Normativa
Opinión

contratación en el que es admisible la regularización. Por esta razón, la presente opinión abordará la cuestión de la formación del contrato bajo el referido método.

- 2.1.2. Aclarado lo anterior, es preciso anotar que, de acuerdo con el Régimen General de la Contratación Pública, cada vez que una Entidad pretenda celebrar un contrato, deberá llevar a cabo –de manera previa- un procedimiento de selección de naturaleza **competitiva**. De manera general, se puede afirmar que este procedimiento consiste en elegir –en el marco de una libre competencia y, por ende, de una pluralidad de postores- a la mejor propuesta que hubiese sido presentada por el postor que –a su vez- hubiese cumplido con acreditar que tiene las capacidades necesarias para ejecutar el contrato.

Ahora, la regla general antes descrita encuentra su excepción en la Contratación Directa. Así, el artículo 27 de la Ley, establece una serie de supuestos en los que, debido a su naturaleza excepcional, carece de objeto llevar a cabo un procedimiento competitivo y que justifican la contratación directa (sin competencia alguna) del proveedor que ejecutará el contrato. Uno de estos supuestos es la Contratación Directa por situación de emergencia.

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 menoscaban 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 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 de 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 (...)*”

De los dispositivos citados se desprende 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.

Dirección Técnico Normativa
Opinión

Expuesto el carácter excepcional de la figura desarrollada en el presente numeral, corresponde atender el problema de la formación del contrato.

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

2.1.3. Sobre el particular, de manera previa, es preciso remitirse a la definición de “contrato” contemplada en el anexo N°1 “definiciones” del Reglamento:

“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 lo que hubiese previsto la normativa de Contrataciones del Estado.

Ahora, 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 Estado¹, 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 efectos³. 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 (oferta⁴) 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.

¹ De manera general se puede afirmar que, en un contrato público, el consentimiento debe formarse en observancia de las reglas aplicables al procedimiento de selección y al perfeccionamiento del contrato.

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.

Dirección Técnico Normativa
Opinión

Para finalizar es preciso reiterar que, en el marco de una contratación directa por situación de emergencia, si bien para la celebración del contrato no es necesario cumplir con los requisitos formales que exige la normativa de Contrataciones del Estado, el literal b) del artículo 100 del Reglamento ha sido claro al señalar que, de manera posterior a dicha celebración, es necesario “regularizar”⁵ la documentación vinculada con la contratación realizada.

2.2. “¿Es procedente que, durante la regularización de las fases de una Contratación Directa bajo Emergencia Sanitaria, un contratista que ya viene ejecutando el servicio manifieste su voluntad de consorciarse para cumplir con los requisitos de calificación?”

2.2.1. Como se anotó, 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 o legalización del contrato ya celebrado y, en tal medida, se puede afirmar que dicha “regularización” no podría implicar, de forma alguna, una modificación del contrato ya existente.

2.2.2. Dicho lo anterior, corresponde mencionar que la normativa de Contrataciones del Estado admite que dos o más proveedores participen de manera consorciada en un procedimiento de selección, con la finalidad de complementar sus capacidades con miras a la ejecución del contrato. De acuerdo con el artículo 13 de la Ley, cada uno de los integrantes del consorcio tienen la calidad de postor o contratista, según sea el caso.

Ahora, el numeral 7.4.1 de la Directiva N°005- 2019-OSCE/CD, denominada “Participación de proveedores en consorcio en las Contrataciones del Estado”, en concordancia con los dispuesto en el literal e) del artículo 52 del Reglamento, dispone que los proveedores que pretendan participar de manera consorciada en el procedimiento de selección, **deben** declararlo en su oferta. El sentido o razón de ser de esta prescripción es evidente, pues resulta indispensable que, de manera previa a la celebración del contrato, se tenga certeza de quién o quiénes asumirán los derechos y obligaciones que de este se deriven.

La necesidad de conocer la forma de participación del proveedor al momento de la presentación de la oferta es aplicable incluso en las contrataciones directas por situación de emergencia, pues en este caso también es necesario que la Entidad conozca –de manera previa a la celebración del contrato- si serán uno o más los sujetos a los que se les exigirá el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, una vez que éste haya sido celebrado. En tal contexto se puede afirmar que, cuando, de manera posterior a la celebración del contrato, se pretenda variar la forma de participación (de manera individual a consorcio), se estaría modificando al contrato mismo, pues –como es sabido- uno de sus elementos esenciales son las partes.

Expuesto lo anterior, corresponde reiterar que, en una contratación directa por situación de emergencia, la “regularización” es simplemente una formalización o legalización del contrato ya celebrado, lo que significa que en dicha regularización no se podría modificar el contrato ya existente. Por tal razón, si al momento de la presentación de la oferta, no se

⁵ Al respecto se debe mencionar que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define “regularizar” como “ajustar o poner en orden” o “adecuar a derecho una situación de hecho o irregular” En: <https://dle.rae.es/regularizar?m=form>.

Dirección Técnico Normativa
Opinión

hubiese manifestado que el contrato se ejecutará de manera consorciada, no será posible modificar esa forma de participación al momento de la regularización, pues –de hacerlo- se estaría modificando el contrato, específicamente a las partes de éste.

2.3. “En un Procedimiento de Contratación Directa bajo Emergencia Sanitaria ¿Es procedente declarar la nulidad cuando se verifique la transgresión del Principio de Veracidad pese a que el Contratista ya se encuentre ejecutando el servicio, considerando el plazo de regularización de las fases del procedimiento de selección?”

Este Organismo Técnico Especializado no puede determinar las acciones que debe adoptar una Entidad ante la configuración de una situación concreta, pues estaría excediendo la habilitación contemplada en el literal “n” del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de lo anterior, respecto de la situación planteada, es pertinente mencionar que el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley, establece aquellos supuestos en los que es posible que el Titular de la Entidad declare –de oficio- la nulidad del contrato.

Dicho lo anterior, es preciso mencionar que la declaratoria de nulidad de oficio del contrato es una prerrogativa que la Ley otorga al Titular de la Entidad. En tal sentido, será responsabilidad de éste determinar si se ha configurado alguno de los supuestos que la justifican y, de ser ese el caso, si es pertinente –considerando el interés público que subyace a la contratación- emplear dicha facultad. Cabe precisar que la circunstancia consistente en que el contrato se haya celebrado en el marco de una contratación directa por situación de emergencia, no impide el ejercicio de la facultad mencionada.

3. CONCLUSIONES.

- 3.1.** En la contratación directa por situación de emergencia, 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. 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) 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.
- 3.2.** En una contratación directa por situación de emergencia, la “regularización” es simplemente una formalización o legalización del contrato ya celebrado, lo que significa que en dicha regularización no se podría modificar el contrato ya existente. Por tal razón, si al momento de la presentación de la oferta, no se hubiese manifestado que el contrato se ejecutará de manera consorciada, no será posible modificar esa forma de participación al momento de la regularización, pues –de hacerlo- se estaría modificando el contrato, específicamente a las partes de éste.
- 3.3.** La declaratoria de nulidad de oficio del contrato es una prerrogativa que la Ley otorga al Titular de la Entidad. En tal sentido, será responsabilidad de éste determinar si se ha configurado alguno de los supuestos que la justifican y, de ser ese el caso, si es pertinente –considerando el interés público que subyace a la contratación- emplear dicha facultad. Cabe precisar que la circunstancia consistente en que el contrato se haya celebrado en el



Dirección Técnico Normativa
Opinión

marco de una contratación directa por situación de emergencia, no impide el ejercicio de la facultad mencionada.

Jesús María, 1 de diciembre de 2020

CARLA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

RVC.