

OPINIÓN N° 191-2019/DTN

Entidad: Programa Mejoramiento Integral de Barrios
Asunto: Contratación de prestaciones pendientes de ejecución
Referencia: Oficio N° 1811-2019/VIVIENDA-VMVU-PMIB

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Director Ejecutivo del Programa Mejoramiento de Integral de Barrios consulta sobre la contratación de prestaciones pendientes en caso de resolución o nulidad 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 así como por la Segunda Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-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 desde el 30 de enero de 2019.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente desde el 30 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 ***“¿La entidad podría contratar nuevamente al amparo de lo establecido por el artículo 167°, atendiendo que ya se hizo previamente con la ejecución del saldo de Obra?”***

2.1.1 En primer lugar, debe indicarse que, una vez perfeccionado el contrato, el contratista se compromete a ejecutar las prestaciones pactadas en favor de la Entidad, mientras que la Entidad, por su parte, se obliga a pagar al contratista la contraprestación acordada. En estos términos, el contrato se entiende cumplido cuando cada parte ejecuta sus respectivas prestaciones a satisfacción de su contraparte.

Así, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación pública; sin embargo, dicha situación no necesariamente se verifica en todo contrato, pues alguna de las partes puede incumplir sus prestaciones, o encontrarse imposibilitada de cumplirlas.

Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver el contrato, ya sea por la imposibilidad sobreviniente de ejecutar las prestaciones pactadas, o como paliativo ante el incumplimiento de estas.

De igual forma, dicha normativa dispone que después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio cuando se verifique la ocurrencia de las causales establecidas en el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley¹.

2.1.3. Dicho lo anterior, debe indicarse que el artículo 167 del Reglamento prevé las acciones que pueden adoptarse en el caso que existan prestaciones pendientes derivadas de la resolución de un contrato o de su declaratoria de nulidad, según el siguiente detalle:

“167.1. Cuando se resuelva un contrato o se declare su nulidad y exista la necesidad urgente de continuar con la ejecución de las prestaciones derivadas de este, sin perjuicio de que dicho acto se encuentre sometido a alguno de los medios de solución de controversias, la Entidad puede contratar a alguno de los postores que participaron en el procedimiento de selección. Para estos efectos, la Entidad determina el precio de dichas prestaciones, incluyendo todos los costos necesarios para su ejecución, debidamente sustentados.

167.2. Una vez determinado el precio y las condiciones de ejecución, y de existir disponibilidad presupuestal, la Entidad invita a los postores que participaron en el procedimiento de selección para que, en un plazo máximo de cinco (5) días, manifiesten su intención de ejecutar las prestaciones pendientes de ejecución por el precio y condiciones señalados en el documento de invitación.

167.3. De presentarse más de una aceptación a la invitación, la Entidad contrata con aquel postor que ocupó una mejor posición en el orden de prelación en el procedimiento de selección correspondiente. En las contrataciones de bienes, servicios en general y obras, salvo aquellas derivadas del procedimiento de Comparación de Precios, el órgano encargado de las contrataciones realiza, cuando corresponda, la calificación del proveedor con el que se va a contratar. Los contratos que se celebren en virtud de esta figura respetan los requisitos, condiciones, exigencias, garantías, entre otras formalidades previstas en la Ley y Reglamento.” (El subrayado es agregado).

Como se puede advertir, cuando se resuelve un contrato o se declara su nulidad y exista la necesidad urgente de continuar con la ejecución de las prestaciones pendientes, la Entidad puede sujetarse al procedimiento previsto en el artículo 167 del Reglamento, para cual realizará una invitación a aquellos postores cuyas ofertas fueron evaluadas **en el correspondiente procedimiento de selección**.

De esta manera, a través del mecanismo establecido en el artículo 167 del Reglamento se busca de que puedan culminarse las prestaciones pendientes recurriendo a la

¹ Es importante mencionar que un contrato nulo *-por definición-* es inexistente y no debe surtir efectos; por tanto, la declaración de nulidad de un contrato determina que las obligaciones que constituyen su objeto son inexigibles para las partes.

competencia que se produjo en la fase de selección; así, **su principal finalidad es otorgar a la Entidad que ya ha realizado un procedimiento de selección, la posibilidad de ejecutar las prestaciones inconclusas**, garantizando el abastecimiento oportuno de una prestación en particular a pesar de haberse declarado la nulidad del contrato o formalizado la resolución contractual.

En concordancia con la finalidad antes referida, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido ninguna limitación en cuanto al número de veces que puede utilizarse la figura del artículo 167 del Reglamento, siempre y cuando se configuren las condiciones que contempla el mencionado artículo.

En ese sentido, de presentarse los requisitos y condiciones para la utilización del mecanismo previsto en el artículo 167 del Reglamento *–y siempre que exista la **necesidad urgente de culminar las prestaciones de obra pendientes de ejecución**–*, la Entidad, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, puede evaluar la situación concreta y decidir lo más conveniente para el Estado y el interés público involucrado.

Sin embargo, debe considerarse que a efectos de tomar una decisión, la Entidad debe evaluar si el mecanismo del artículo 167 del Reglamento resulta ser el más conveniente para culminar las prestaciones pendientes², considerando, entre otros aspectos, los riesgos que dicha figura pueda presentar, más aun en aquellos casos en los que ya fue utilizada sin haber cumplido su finalidad.

3. CONCLUSIÓN

La normativa de contrataciones del Estado no ha establecido ninguna limitación en cuanto al número de veces que puede utilizarse el mecanismo previsto en el artículo 167 del Reglamento.

Jesús María, 4 de noviembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP.

² De acuerdo con la Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley *“La facultad establecida para actuar discrecionalmente se ejerce para optar por la decisión administrativa debidamente sustentada que se considere más conveniente, dentro del marco que establece la Ley, teniendo en consideración los criterios establecidos por la cuarta disposición final complementaria de la Ley N° 29622, Ley que modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.”* (El subrayado es agregado).