

Sobre la Exoneración de los Procesos de Selección para la Contratación Estatal en la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento

Willy Pedreschi Garcés*

“En este artículo, el autor nos sumerge en el tema de la exoneración de los procesos de selección para la Contratación Estatal, delimitando de manera previa la contratación directa para luego explayarse en los supuestos de exoneración. Terminará luego explicando las formalidades y requisitos de las contrataciones exoneradas y el control de las mismas”

I. Introducción

De acuerdo a lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, LCE) y su Reglamento aprobado por Decreto Legislativo N° 184-2008-EF, por regla general, las Entidades Públicas que se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 3° de la LCE se encuentran sujetas al cumplimiento de una condición específica para la contratación del suministro de bienes, prestación de servicios y/o la ejecución de obras, que deba ser financiada con fondos públicos: la realización de procesos de selección.

El marco normativo actualmente vigente contempla cuatro (4) tipos de procesos de selección, cuya aplicación resultará procedente, dependiendo tanto del objeto a contratar como del monto previsto para la contratación: Licitación Pública, Concurso Público, Adjudicación Directa (que puede ser Pública o Selectiva) y Adjudicación de Menor Cuantía.

No obstante lo señalado con anterioridad, el ordenamiento vigente contempla a su vez determinados supuestos específicos de contratación en los cuales, aún cuando –por su objeto o cuantía– en principio correspondería llevar a cabo alguno de los tipos de procesos de selección a los que se ha hecho referencia con anterioridad, se ha previsto la exoneración de dicha obligación. En consecuencia, se trata de supuestos en los cuales se permitirá, por excepción, la realización de contrataciones en forma directa, es decir, contrataciones en las cuales las Entidades no se encontrarán en la obligación de seleccionar previamente entre dos

(2) o más ofertas presentadas por los proveedores interesados (o habiendo permitido la presentación de más de una oferta), sino que podrán establecer la relación contractual con el proveedor que a su criterio cumpla con las condiciones exigidas.

II. Contratación Directa

Tal como fuera señalado al final de la sección anterior, la concurrencia de los supuestos de exoneración de los procesos de selección previstos como norma general en la LCE y el Reglamento, implica que la contratación de bienes, servicios y obras comprendidos dentro de los mismos, se realizará mediante contratación directa, la misma que es considerada como un procedimiento administrativo excepcional por el que el Estado o ente público elige directamente al contratista, sin concurrencia, puja u oposición de oferentes¹.

Cabe tener presente que la utilización del trámite institucional de la contratación directa –aún cuando concurren los supuestos contemplados en el ordenamiento– no es obligatorio, puesto que los responsables de la contratación, si lo estiman conveniente, pueden darle permanencia a la regla general que exige un procedimiento de selección concurrencial para designar a sus contratistas².

En atención a ello, cualquier excepción a la exigencia de un previo procedimiento de selección que sea establecida en el ordenamiento para la celebración de un contrato administrativo, deberá ser interpretada de forma estricta y restrictiva, según el fundamento con el cual ha sido establecido cada supuesto³. En ese mismo

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de postgrado en el Programa de Privatización, Financiamiento y Regulación de Servicios Públicos e Infraestructura de la Universidad del Pacífico. Socio del Estudio Benites, Forno, Ugaz & Ludowieg, Andrade Abogados, donde es jefe del Área Regulatorio Administrativa.

1 MORAGA KLENER, Claudio. Contratación Administrativa. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 137. En similar sentido, DROMI, Roberto. Licitación Pública. Lima: Gaceta Jurídica – Ciudad Argentina, 2006, p. 215.

2 SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Delitos de Celebración Indevida de Contratos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 215. En similar sentido, DROMI, Roberto, op. cit., p. 216.

3 MORAGA KLENER, Claudio, op. cit., p. 139.

sentido –y como podrá advertirse a continuación- debe subrayarse que la contratación directa (exceptuada de procesos de selección concurrenciales) no puede ser asimilada a una contratación arbitraria, señalada o subjetiva, pues lo que se busca con la misma es identificar un proceso simplificado para la determinación de los contratistas, en los que deben regir los principios básicos de la contratación estatal⁴.

III. Supuestos de Exoneración de los Procesos de Selección

Tomando como base lo previsto en los artículos 20°, 22° y 23° de la LCE, y los artículos 127° a 132° del Reglamento, los supuestos en los cuales las Entidades estarán exoneradas de convocar a un proceso de selección, son los siguientes:

3.1 Contratación entre Entidades

Dicho supuesto hace referencia a los denominados “contratos interadministrativos”, es decir, aquellos acuerdos o negocios de donde se deriven obligaciones para las partes, y que son distintos de los convenios o acuerdos suscritos entre las Entidades de la Administración Pública como mecanismo de colaboración –y que constituyen, por tanto, simples convenciones entre sujetos administrativos-, y respecto de los cuales no se pueda deducir ningún régimen obligacional (obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa)⁵.

Los contratos que se celebran entre dos o más entes administrativos –por la propia naturaleza de los contratantes- no se encuentran sujetos a idénticas exigencias y resguardos que cuando la Administración contrata con particulares, toda vez que se reconoce que en los contratos interadministrativos es el mismo Estado que interactúa entre sí, si bien ello se produce a través de distintos entes y órganos públicos⁶.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 20°, literal a) de la LCE, dicho supuesto comprende el caso en los cuales las prestaciones objeto del Contrato serán realizadas por una Entidad Pública a favor de otra. Cabe tener presente que, conforme al artículo 3°, numeral 3.3, literal e) de la LCE, únicamente se encuentran fuera del ámbito de aplicación del mencionado dispositivo y su Reglamento, los contratos financieros celebrados entre Entidades, por lo que –en principio- la participación de Entidades como proveedores de otras sólo podrá verificarse de acuerdo a los mecanismos generales contemplados por el ordenamiento, es decir, a través de los procesos de selección. En tal sentido, la Contratación directa entre Entidades del Estado sólo podrá verificarse siempre que simultáneamente se cumplan los siguientes requisitos:

- i) Que la contratación de la Entidad como proveedor resulte más eficiente que la contratación de proveedores privados, en razón de costos de oportunidad.
- ii) Que la contratación de la Entidad como proveedor resulte técnicamente viable para satisfacer la necesidad que motiva la contratación.

- iii) Que la contratación de la Entidad como proveedor no contravenga lo previsto en el artículo 60° de la Constitución Política. Sobre el particular, cabe tener presente que la mencionada norma constitucional contiene dos preceptos que conviene destacar: a) El carácter subsidiario otorgado a la actividad empresarial estatal (directa o indirecta), en virtud de la cual la misma sólo puede ser autorizada por ley expresa, basándose en razones de interés público o de manifiesta conveniencia nacional; b) la exigencia de brindar un mismo tratamiento legal a la actividad empresarial pública o privada.

En forma complementaria a éste último requisito, el artículo 127° del Reglamento de la LCE precisa que el mencionado supuesto de excepción no resultará aplicable para las contrataciones en las cuales: a) El proveedor sea una empresa del Estado organizada bajo cualquiera de las formas contempladas en el ordenamiento vigente, ya sea de propiedad del Gobierno Nacional, Regional o Local; b) intervengan como proveedores Entidades Públicas que –no obstante no calificar como empresas del Estado- “realizan actividades empresariales de manera habitual” en el rubro al que pertenece la contratación.

“... la utilización del trámite institucional de la contratación directa –aún cuando concurren los supuestos contemplados en el ordenamiento- no es obligatorio, puesto que los responsables de la contratación, si lo estiman conveniente, pueden darle permanencia a la regla general que exige un procedimiento de selección concurrencial para designar a sus contratistas”.

3.2 Situaciones de Emergencia

Tanto los artículos 20°, literal b) y 22° de la LCE como el artículo 128° del Reglamento coinciden en definir a la situación de emergencia como aquella derivada de cualquiera de los siguientes supuestos: i) Acontecimientos catastróficos; ii) situaciones que supongan grave peligro; iii) situaciones que afecten la defensa y seguridad nacional.

Puede sostenerse que la emergencia (también definida como urgencia) refiere a un estado de peligro o riesgo para la población y las personas, usualmente público y notorio (es decir, que no necesita prueba), relacionado con aspectos tales como la seguridad, salubridad, defensa y tranquilidad, y por cuya virtud

4 SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, op. cit., p. 216.

5 En sentido similar, SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, op. cit., p. 235-236.

6 MORAGA KLENER, Claudio, op. cit., p. 147.

el ordenamiento autoriza a la Administración a actuar con medios y procedimientos extraordinarios para superar dicha situación⁷. Como notas características de dicha situación, un sector de la doctrina considera que la emergencia requiere ser: i) concreta, es decir, real y especia para un caso específico; ii) inmediata, es decir, actual e impostergable; iii) imprevista, esto es, imposible de ser prevista por el órgano competente; iv) probada o acreditable, esto es, debe fundarse en hechos precisos, serios y concretos; v) objetiva, que implica una real afectación al Estado como institución⁸.

En cualquiera de los supuestos mencionados con anterioridad, la procedencia de la aplicación del supuesto de exoneración está sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos (contemplados en los artículos 22° de la LCE y 128° del Reglamento):

- a) La contratación directa se realizará en forma inmediata (quedando exonerada la Entidad de la tramitación del expediente administrativo) y únicamente deberá estar limitada a lo estrictamente necesario para: 1) remediar el evento producido; 2) prevenir y atender los requerimientos generados como consecuencia directa de dicho evento; 3) satisfacer las necesidades sobrevinientes, entendiendo por éstas últimas a las que surjan dentro de la necesidad de atención inmediata en la que opera el supuesto de situaciones de emergencia.

Las actividades de contratación que sean necesarias para conseguir el objetivo propuesto por la Entidad con relación al evento, pero que no queden comprendidas dentro de los supuestos señalados con anterioridad, no tendrán el carácter de emergencia, y deberán ser realizadas a través de los procedimientos de selección contemplados por la LCE (artículo 22°)⁹.

- b) Toda vez que en estos casos se permite una contratación directa para la atención inmediata de los requerimientos (y necesidades sobrevinientes) derivados directamente del evento calificado como situación de emergencia, se exige que, en caso subsista la necesidad de contratación una vez producida la cobertura inmediata de las necesidades generadas, posteriormente deberá realizarse la convocatoria a los procesos de selección que corresponda. En caso ello no resulte necesario, la contratación realizada tendrá el carácter de definitiva.
- c) El cumplimiento de las formalidades –que se detallan con posterioridad– para las contrataciones por exoneración de procesos que tengan por

objeto enfrentar situaciones de emergencia, deberá regularizarse con posterioridad, mediante: i) la respectiva inclusión de las mismas en el Plan Anual de Contrataciones de la Entidad; ii) la publicación en el SEACE de la resolución o acuerdo por el cual se adopte la decisión de contratar así como los informes técnico y legal sustentatorios; iii) la remisión de la información mencionada a la Contraloría General de la República; iv) la emisión de los demás documentos que correspondan de acuerdo al estado de ejecución de las prestaciones. En efecto, la justificación fáctica y jurídica de la contratación directa en dicha situación reside en la necesidad de inmediatez en la capacidad de respuesta de la Administración Pública para conjurar y remediar sus efectos¹⁰; por lo que la doctrina concibe a la misma un mecanismo excepcional, diseñado con el único propósito de enfrentar situaciones de crisis, cuando no se cuenta con el plazo indispensable para adelantar un procedimiento ordinario de selección de contratistas¹¹.

Esta circunstancia específica, es decir, la omisión de todo procedimiento formal para el establecimiento de la relación contractual –que inclusive a llevado a un sector de la doctrina a considerar que el supuesto de urgencia o emergencia, en realidad es un mecanismo opuesto tanto a la selección concurrencial como a la contratación directa¹²– es la que determina que la situación de emergencia califique como el más excepcional y restrictivo de los mecanismos de contratación en el ordenamiento jurídico. En tal sentido, deberá considerarse que la mínima posibilidad de atender el evento calificado como emergencia a través del empleo de uno de los procedimientos de selección que se contemplan como regla general, determinará de inmediato la frustración del surgimiento de la situación de emergencia; por lo cual la imposibilidad de acudir a un procedimiento ordinario de selección de contratistas constituiría un elemento clave para determinar la procedencia de dicho supuesto¹³.

Dicha regularización deberá ser realizada dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de: i) efectuada la entrega del bien; ii) el inicio de la prestación del servicio; iii) el inicio de la ejecución de la obra, según sea el caso.

3.3 Situación de Desabastecimiento

El desabastecimiento como causal de exoneración del proceso de selección, es definido en el artículo 22° de la LCE como aquella “situación inminente, extraordinaria

7 MORAGA KLENER, Claudio, op. cit., p. 143.

8 DROMI, Roberto, op. cit., p. 241-244.

9 En similar sentido, SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, op. cit., p. 271. Sobre el particular, resulta pertinente recoger lo expresado en la materia (al referirse al supuesto denominado “urgencia manifiesta” en la legislación colombiana) por el citado autor: “Por ejemplo, en caso de terremoto, la urgencia manifiesta se justificaría para atender a los heridos, abrir las vías públicas, evitar epidemias, etc., pero no para reconstruir la ciudad, construir palacios municipales o demás asuntos por el estilo. Tendría asimismo causa ilícita acudir a la urgencia manifiesta para la realización de obras o la prestación de servicios que darían tiempo para escoger al contratista a través de licitación pública o la contratación directa, como por ejemplo, la reconstrucción de la muralla vial de una ciudad, la ampliación de un acueducto, la compra de vehículos, etc.” (Loc. cit.).

10 MIER BARRIOS, Patricia. Contratación Directa. En AA.VV. Estudios de Profundización en Contratación Estatal. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá – Pontificia Universidad Javeriana, 1997, p. 162.

11 SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, op. cit., p. 268.

12 Loc. cit. Para el citado autor, dicha característica del supuesto bajo comentario (es decir, la ausencia de toda aplicación previa de un mecanismo de contratación) le lleva a afirmar –con independencia de lo señalado por el ordenamiento– lo siguiente: “en nuestra opinión, nos encontramos ante una figura plenamente autónoma y opuesta en su integridad a los conceptos de licitación pública, e incluso de la misma contratación directa”.

13 En sentido similar, SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, op. cit., p. 268-269.

imprevisible”, en la cual la ausencia de un bien, servicio u obra compromete –en forma directa e inminente- la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que la Entidad tiene a su cargo, ya sea que afecte o impida su realización (artículo 20° de la LCE). Atendiendo a la definición citada, se advierte que, en principio, se trata de una situación que, en principio, no puede ser atribuida a los funcionarios y/o servidores de los órganos de la Entidad que intervienen en la determinación de la necesidad de contratar y la conducción de los procesos de selección, cuando actúan bajo la diligencia habitual requerida.

En caso se presente la situación descrita con anterioridad, la misma únicamente faculta a la Entidad la contratación de los bienes, servicios u obras requeridos para asegurar el cumplimiento de sus funciones, pero únicamente por el tiempo o la cantidad (según sea el caso) que resulten necesarios para superar dicha situación y llevar a cabo el proceso de selección para la contratación regular que corresponda. Es por ello que el artículo 129° del Reglamento de la LCE señala que la necesidad de los bienes, servicios u obras “debe ser actual e imprescindible para atender los requerimientos inmediatos”, y se descarta la posibilidad de considerar la existencia de una situación de desabastecimiento en las siguientes contrataciones:

- a) En vía de regularización.
- b) Por períodos consecutivos que excedan el lapso de tiempo requerido para superar la situación que inicialmente calificó como desabastecimiento.
- c) Para satisfacer necesidades anteriores a la fecha de aprobación de la exoneración del proceso de selección.
- d) Por cantidades que excedan lo necesario para atender el desabastecimiento.

Toda vez que la contratación directa por exoneración debida a situación de desabastecimiento únicamente es admitida con la finalidad de garantizar la continuidad y regularidad de las actividades de las Entidades, es claro que una vez que dicha carencia ha sido superada, la contratación de bienes, servicios u obras deberá ser realizada a través de los procesos de selección contemplados en la normativa. En caso contrario, la contratación realizada tendrá el carácter de definitiva.

Si bien el desabastecimiento es definido en el artículo 22° de la LCE como una situación inminente, extraordinaria e imprevisible, tanto el mencionado dispositivo como el artículo 20°, literal c) de la LCE como el artículo 129° del Reglamento subrayan que ello no exime o libera de responsabilidad (administrativa, civil y/o penal) a los funcionarios o servidores de la Entidad cuya conducta lo hubiese originado. En ese sentido, consideramos que lo señalado resultará de aplicación en los casos en que dicha situación –aunque no haya podido ser prevista por los funcionarios y/o servidores de los órganos competentes de la Entidad- se haya generado como consecuencia de la acción u omisión de un funcionario

y/o servidor distinto de los que intervienen en la determinación de la necesidad de contratar, así como en el diseño y conducción de los procesos de selección.

3.4 Con Carácter de Secreto, Secreto Militar o de Orden Interno

Dicho supuesto (artículo 20°, literal d) de la LCE) comprende las contrataciones que realicen las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los órganos integrantes del Sistema Nacional de Inteligencia, que deban mantenerse en reserva. Dicha exoneración procederá siempre que:

- i) El objeto de dichas contrataciones se encuentre comprendido dentro de la relación de materias que tengan dicho carácter, que deberá ser aprobada por Decreto Supremo refrendado por el Consejo de Ministros (artículo 130° del Reglamento)¹⁴. Es por ello que la previa determinación genérica de las materias que tengan dicho carácter en una norma constituye un mecanismo para garantizar, en cierta medida, la publicidad y transparencia en la contratación¹⁵.

No obstante, de lo señalado en el mencionado dispositivo se advierte que lo que constituye secreto, secreto militar o relacionado con el orden interno, son considerados como conceptos jurídicos indeterminados, siendo que la norma ha dejado a criterio del Poder Ejecutivo la precisión de su contenido en cada caso. En tal sentido, debe precisarse que dicha situación no comporta otorgar a la Administración Pública discrecionalidad ilimitada para dicha calificación, lo que por tanto deberá ser justificado en los informes técnicos y jurídicos cuya emisión –como se aprecia en la siguiente sección- constituye parte de los requisitos exigidos para este supuesto de excepción.

- ii) Se cuente con previa opinión favorable de la Contraloría General de la República (artículo 20°, literal d) de la LCE y artículo 130° del Reglamento), la misma que deberá sustentarse en la comprobación de la inclusión del objeto de la contratación en la lista mencionada con anterioridad. Dicho informe deberá ser solicitado por la Entidad competente, y deberá ser emitido dentro del plazo de quince (15) días hábiles de presentada la solicitud.

De otro lado, cabe hacer mención al hecho que el último párrafo del artículo 130° del Reglamento de la LCE contempla una mención que no cuenta con referente en el artículo 20°, literal d) de la Ley. En efecto, el precepto citado pretende precisar lo que se entiende por “bienes, servicios o ejecución de obras de carácter administrativo y operativo”, al señalar que dicha categoría –supuestamente mencionada en el artículo 20°, literal d) de la LCE- comprende aquellos necesarios para el normal funcionamiento de las unidades del Sistema Nacional de Inteligencia, de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú. Sin embargo, no se

14 Sobre el particular, cabe tener presente que la relación actualmente vigente de los supuestos de contrataciones de bienes, servicios u obras que tienen carácter de secreto militar o de orden interno y que, en tal sentido, están exoneradas de procesos de selección, es la prevista en el artículo 2° del Decreto Supremo N° 052-2001-PCM.

15 MORAGA KLENER, Claudio, op. cit., p. 152.

observa mención alguna a dicha categoría en la LCE que permita justificar la inclusión de dicha norma.

“... la omisión de todo procedimiento formal para el establecimiento de la relación contractual –que inclusive a llevado a un sector de la doctrina a considerar que el supuesto de urgencia o emergencia, en realidad es un mecanismo opuesto tanto a la selección concurrencial como a la contratación directa- es la que determina que la situación de emergencia califique como el más excepcional y restrictivo de los mecanismos de contratación en el ordenamiento jurídico”.

No obstante la ausencia señalada con anterioridad, consideramos que resulta ilustrativo mencionar que el artículo 19°, literal d) del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (norma anteriormente vigente), cuando regulaba el mismo supuesto de excepción, indicaba que dichas contrataciones “en ningún caso se referirán a bienes, servicios u obras de carácter administrativo u operativo”.

3.5 Proveedor Único

La existencia de un proveedor o prestador, es decir, de un monopolista, impide de hecho que se promueva una competencia real entre distintos agentes económicos interesados en contratar con la Administración. Sin embargo, se considera que el monopolio como determinante del proveedor único solamente tiene justificación cuando es de carácter legal, puesto que en todo otro supuesto que califique como un monopolio de hecho no puede descartarse la posibilidad que nuevos actores económicos se interesen por competir, salvo que la situación del monopolista se encuentre protegida por una norma legal (además de las razones económicas y de gestión, tales como el tamaño óptimo de producción, economías a escala o el nivel de demanda agregada, que pueden determinar el monopolio)¹⁶, como ocurre en los casos de los derechos de propiedad intelectual.

El supuesto de proveedor único (contemplado en el artículo 20°, literal e) de la LCE) comprende dos situaciones (precisadas en el artículo 131° del Reglamento):

- i) Bienes o servicios que no admiten sustitutos, es

decir, inexistencia de bienes o servicios sustitutos a los requeridos por el área usuaria;

- ii) Cuando se haya establecido la exclusividad del proveedor, por razones técnicas o relacionadas con la protección de derechos de propiedad intelectual (caso último en el cual entiende que dicha causal está haciendo referencia a la protección temporal conferida en la materia).

3.6 Servicios Personalísimos

Conforme a lo previsto en el artículo 132° del Reglamento de la LCE, dicho supuesto está haciendo referencia a los casos en los que se requiera contratar servicios especializados en las siguientes categorías: profesionales, artísticos, científicos o tecnológicos.

Nótese que este caso no se asimila al correspondiente al proveedor único, sino a la existencia de determinadas cualidades o calificaciones en el proveedor (persona jurídica o natural) que lo hacen especialmente indicado para la prestación de un determinado servicio, y que le otorgan preferencia sobre otros potenciales proveedores¹⁷. En ese sentido, la norma bajo comentario está haciendo referencia a lo que se conoce como contratos “intuitu personae”, o contratos celebrados en razón de las calidades mismas de la persona (natural o jurídica) con la que se contrata, y que encuentran justificación en que en determinados casos la contratación administrativa no es indiferente a la persona del contratista, requiriéndose por tanto el establecimiento de una relación contractual con aquel proveedor que cuente con especiales cualidades personales y/o profesionales que lo colocan en una posición de superioridad en conocimientos, técnicas, destrezas, experiencia, entre otros, respecto de otros sujetos similares en el mercado¹⁸.

Para tales efectos, el dispositivo citado ha previsto que la contratación de servicios vía exoneración por servicios personalísimos, deberá sustentarse objetivamente en lo siguiente:

- a) Especialidad del Proveedor, relacionada con sus conocimientos profesionales, artísticos, científicos o tecnológicos, que permitan sustentar de modo razonable o indiscutible su adecuación para satisfacer la complejidad del objeto contractual.
- b) Experiencia reconocida en la prestación objeto de la contratación.
- c) Comparación favorable frente a otros potenciales proveedores, que estén en capacidad de brindar el servicio.

En atención al hecho que la configuración de la mencionada causal de exoneración se basa en la existencia de cualidades especiales en un determinado proveedor que le confieren una particular adecuación para prestar el servicio solicitado (respecto de otros potenciales proveedores), se establece expresamente

¹⁶ MORAGA KLENER, Claudio, op. cit., p. 150.

¹⁷ Para Roberto Dromi, la excepción de un proceso de selección en este caso se sustenta en que “la especial profesionalización del contratista torna inútil y aún imposible recurrir a la licitación” (o proceso concurrencial) (DROMI, Roberto, op. cit., p. 247).

¹⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, op. cit., p. 246-247.

que las prestaciones contratadas directamente bajo dicha modalidad “no serán materia de subcontratación ni de cesión de posición contractual”.

La norma expresamente considera dentro de dicha categoría a los servicios de publicidad que prestan al Estado los medios de comunicación televisiva, radial, escrita o por cualquier medio de comunicación, en atención a las características particulares que los distinguen.

IV. Formalidades y Requisitos Generales para las Contrataciones Exoneradas de Procesos de Selección

Con relación a las formalidades que, con carácter general, deben ser observadas para el desarrollo de las contrataciones de bienes, servicios u obras bajo los supuestos de exoneración de procesos de selección, cabe tener presente lo siguiente:

4.1 Decisión de Contratar por Exoneración de Proceso de Selección. La exoneración de los procesos de selección para realizar contrataciones, deberá ser aprobada mediante Resolución emitida -según sea el caso- por el Titular de la Entidad, Acuerdo del Directorio (tratándose de empresas del Estado), Consejo Regional o Consejo Municipal (artículo 21° de la LCE).

Como requisito indispensable para adoptar dicha decisión, se exige la previa emisión de uno (1) o más Informes Técnico y Legal, que contengan la justificación de la procedencia y necesidad de la exoneración (artículo 133° del Reglamento). Sobre este último punto, resulta pertinente señalar que en los supuestos de Emergencia y Desabastecimiento, los artículos 128° del Reglamento y 22° de la LCE, respectivamente, han previsto que, si la contratación a realizar califica como una contratación definitiva –es decir, que no se requerirá de contrataciones posteriores para la atención del evento y/o aspectos relacionados con éste-, los Informes Técnico y Legal que sean emitidos con carácter previo a la decisión, deberán indicar expresamente las razones que justifican tal proceder.

4.2 Publicidad. La Resolución o Acuerdo que apruebe la exoneración del proceso de selección, así como los informes técnico y legal que sustentan dicha decisión, deberán ser publicadas a través del SEACE dentro de los diez (10) días hábiles de su aprobación o emisión, bajo responsabilidad del titular de la Entidad (artículos 21° de la LCE y 134° del Reglamento). En el mismo plazo, dicha información debe ser puesta en conocimiento de la Contraloría General de la República, con copia a los respectivos Órganos de Control Institucional de las Entidades que los hayan implementado.

El requisito de publicación no es exigible para los casos de contratación realizada con carácter de secreto, secreto militar o por razones de orden interno.

4.3 Procedimiento de Contratación. La contratación de bienes, servicios y obras será realizada en forma directa,

mediante acciones inmediatas, llevadas a cabo por el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad o el órgano que sea designado a tales efectos (artículo 21° de la LCE y 135° del Reglamento). Sobre el particular, debemos resaltar que el artículo 135°, segundo párrafo del Reglamento de la LCE indica expresamente que “La exoneración se circunscribe a la omisión del proceso de selección, por lo que los actos preparatorios y contratos que se celebren como consecuencia de aquella, deben cumplir con los respectivos requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías que se aplicarían de haberse llevado a cabo el proceso de selección correspondiente”.

Como parte de los actos preparatorios se considera a la aprobación de las Bases, las mismas a las que en éste caso únicamente se les exige como contenido lo siguiente (artículo 135° del Reglamento de la LCE):

- Detalle de las características técnicas de los bienes, servicios u obras a contratar; el lugar de entrega, elaboración o construcción, así como el plazo de ejecución, según sea el caso.
- Las Garantías que resulten exigibles.
- La definición del sistema y/o modalidad a seguir.
- La proforma de contrato, en la que se señale las condiciones de la contratación.
- El valor referencial y las fórmulas de reajuste.

En ese sentido, se requerirá la invitación a un solo proveedor, entendiéndose por éste a aquél cuya propuesta cumpla con las características y condiciones establecidas en las Bases. La propuesta emitida por el postor podrá ser recibida a través de cualquier medio de comunicación, incluyendo el facsímil y el correo electrónico.

Con carácter complementario a lo señalado con anterioridad, se advierte que, por regla general, la decisión de realizar contrataciones de bienes, servicios u obras a través del mecanismo de exoneración de los procesos de selección, debe producirse con anterioridad al establecimiento de la relación contractual y/o de las actividades que formen parte de la ejecución del contrato. Es en tal sentido que el artículo 21° de la LCE prohíbe la aprobación de exoneraciones en vía de regularización, con excepción de los casos que se encuentren comprendidos dentro de la causal de situación de emergencia, la cual –conforme ha sido mencionado con anterioridad- es definida por la necesidad de actuaciones inmediatas por parte de la Administración Pública tendientes a superar los eventos que la motivan.

V. Limitación a las Contrataciones Complementarias

El artículo 136° del Reglamento de la LCE contempla una limitación específica para la procedencia de las contrataciones complementarias en el caso de los supuestos de exoneración por causal de desabastecimiento y situación de emergencia. Ello se sustenta en precisamente en las razones que determinan la exoneración de los procesos de selección en cada uno de dichos supuestos:

- i) En el caso de la situación de desabastecimiento, la contratación por exoneración debe tener por objeto restablecer la continuidad de las funciones de la Entidad amenazada o afectada por dicho supuesto excepcional, pues la situación normal presupone que la contratación de los bienes, servicios u obras requeridos se realiza en aplicación de la regla general, es decir, mediante los procesos de selección previstos en la LCE y el Reglamento;
- ii) Tratándose de la situación de emergencia, la contratación por exoneración tiene por finalidad asegurar la provisión de lo estrictamente requerido por la Entidad para remediar el evento producido y las necesidades inmediatas sobrevenidas como consecuencia del mismo. En tal sentido, la realización de actividades complementarias –aunque vinculadas con la atención del evento- necesariamente deberán seguir los cauces procedimentales previstos como regla general.

VI. Control de la Exoneración de Procesos de Selección

En cuanto al control de las decisiones que son adoptadas y los procedimientos llevados a cabo para la realización de contrataciones exoneradas de procesos de selección, caber tener presente que en la misma intervienen los siguientes sujetos:

1. Titular de la Entidad. De acuerdo a lo previsto en el artículo 5°, numeral 1 del Reglamento de la LCE, el Titular de la Entidad ejerce en general, entre otras, la función de supervisión de los procesos de contrataciones del Estado. En el caso específico de la contratación por exoneración de procesos de selección, el artículo 137° del mencionado dispositivo le atribuye responsabilidad por el cumplimiento de los requisitos previstos para tales efectos.

“... por regla general, la decisión de realizar contrataciones de bienes, servicios u obras a través del mecanismo de exoneración de los procesos de selección, debe producirse con anterioridad al establecimiento de la relación contractual y/o de las actividades que formen parte de la ejecución del contrato.

2. Contraloría General de la República. Toda vez que el artículo 134° del Reglamento de la LCE establece la obligación de remitir a la Contraloría General de la República las resoluciones o acuerdos que aprueben las exoneraciones así como los informes técnicos y legales que los sustentan, corresponde a la misma la realización del respectivo control posterior.

3. Organismo Superior de Contrataciones del Estado (OSCE). Si bien (de acuerdo a lo establecido por el artículo 53° de la LCE y el artículo 106°, inciso 4 del Reglamento) las resoluciones o acuerdos que aprueben las contrataciones por exoneración de procesos de selección no son actos impugnables ante el Titular de la Entidad o ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, somos de la opinión que la Dirección Técnico Normativa del OSCE puede ejercer cierta función de control al haberse previsto dentro de sus competencias la emisión de opinión sobre las contrataciones públicas en general (artículo 55°, inciso 2 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-EF) ☒