



## LA DECLARACIÓN CONSECUTIVA DE EXONERACIÓN DE PROCESOS DE SELECCIÓN, POR DESABASTECIMIENTO INMINENTE, EN LAS CONTRATACIONES ESTATALES

Juan José Díaz Guevara (\*)

---

*El autor, en base a criterios doctrinarios y legales vigentes, establece cómo se ha tomado una postura jurídica respecto del tema relacionado a las exoneraciones consecutivas de procesos de selección, derivadas de una declaración de desabastecimiento inminente, a pesar de constituir ésta una medida excepcional de la normativa de contrataciones estatales y sobre el rubro la postura del OSCE respecto de un caso en particular.*

### I. Antecedentes:

El orden jurídico comporta la existencia de una normatividad sistémica, puesto que es una totalidad, es decir, un conjunto de normas entre las cuales existe tanto una unidad como una disposición determinada, ... es el conjunto o unión de normas dispuestas y ordenadas con respecto a una norma fundamental y relacionadas coherentemente entre sí.<sup>1</sup>

Nuestra constitución política establece que en su Artículo 76° que “las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”.

---

(\*) Magíster. – Consultor Jurídico – Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Público  
E-mail: [jjdiazguevara@hotmail.com](mailto:jjdiazguevara@hotmail.com), [jdiaz@mtc.gob.pe](mailto:jdiaz@mtc.gob.pe)

<sup>1</sup> ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL: *Manual de Filosofía del Derecho*. Editorial Astrea. Buenos Aires 1982. Pág. 9

Así, el Tribunal constitucional estableciendo la interpretación auténtica de este precepto ha señalado mediante sentencia de fecha 17 de Mayo de 2004 obrante en el Expediente N.º 020-2003-AI/TC, que:

- ✓ La contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones.
- ✓ La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el *mayor grado de eficiencia* en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos.
- ✓ En términos generales, el principio de transparencia estará garantizado cuando haya publicidad en la convocatoria, en el adecuado control de calidad en los productos a adquirir, en los resultados de la evaluación de propuestas, y en el manejo de los recursos destinados a la compra en general. Por su parte, habrá trato igualitario cuando bajo ninguna circunstancia se advierta preferencia o tendencia destinada a beneficiar a algún postor determinado. Finalmente, la eficiencia en el manejo de recursos no sólo será exigible en la adjudicación a la mejor oferta técnica y económica, sino también en el diseño del propio programa anual de adquisiciones que cada Entidad efectúe respecto a sus necesidades.
- ✓ A ellas, deben agregarse otras garantías como la intervención de la Contraloría General a través de adecuados mecanismos de fiscalización; asimismo, conforme se advierte de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, existen mecanismos de sanción a los proveedores, contratistas o postores a través del CONSUCODE<sup>2</sup>, cuando incumplan sus obligaciones con el Estado y la Ley.

---

<sup>2</sup> A tenor del Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, se le denomina OSCE.

- ✓ Resulta claro que la finalidad de eficiencia y transparencia en las adquisiciones puede conseguirse de mejor modo mediante procesos de selección como los establecidos por la Ley de Contrataciones del Estado, pues la serie de etapas que presenta (convocatoria, apertura de propuestas técnicas y económicas, y adjudicación de la buena pro, las cuales son supervisadas por un comité especial encargado de llevar a cabo el proceso y sobre el cual descansa la responsabilidad del mismo), garantizan, en cierto modo, la imparcialidad frente a los postores y la mejor decisión a favor del uso de recursos públicos.
- ✓ Sin embargo, la propia experiencia de los últimos años ha demostrado que inclusive estos mecanismos de adquisición han sido afectados por la corrupción, por lo que, para el resguardo de recursos públicos, no sólo basta un procedimiento especial de adquisición, sino que, además, resulta necesario un rígido sistema de control y fiscalización, tanto a nivel de la propia entidad adquirente (*control previo*), como en el máximo órgano de control, a cargo de la Contraloría General de la República (*control posterior*). En cualquier caso, ambos tienen como principal propósito garantizar el principio de oportunidad, pues una fiscalización tardía haría incluso inoperativa una posible sanción penal por el cómputo de los plazos de prescripción.
- ✓ Como se ha señalado, la eficiencia y transparencia en el manejo de recursos, así como la imparcialidad y el trato igualitario frente a los postores, son los objetivos principales de las adquisiciones estatales, y constituyen la esencia de lo dispuesto en el artículo bajo análisis. Por ello, aun cuando la Constitución únicamente hace referencia a los procesos de selección denominados licitaciones y concursos públicos, es lógico inferir que esta finalidad también sea la misma en el caso de las adquisiciones directas, de las adquisiciones de menor cuantía –también reconocidas en... la ley.
- ✓ Es evidente entonces que en la disposición sub análisis existe una *reserva de ley* para determinar los procedimientos, las excepciones y responsabilidades en las obras, adquisición de bienes y contratación de servicios. Ese el caso de la Ley de Contrataciones...del Estado, que constituye una norma de desarrollo constitucional, y en la que se establecen los casos en los cuales el Estado está exceptuado de efectuar adquisiciones bajo los procesos de selección en ella señalados..., así como las responsabilidades solidarias para el caso de los miembros del comité especial encargado de llevar a cabo el proceso de selección.
- ✓ Este Tribunal considera, sin embargo, que cuando la Constitución prescribe que “la ley establece el procedimiento, las excepciones y

las respectivas responsabilidades”, no se refiere exclusivamente a las excepciones de la Ley de Contrataciones del Estado, pues el artículo 76° de la Constitución no hace referencia a las disposiciones de una ley específica, sino a los mecanismos y principios que deben regir obligatoriamente la contratación estatal.

- ✓ En consecuencia, si bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76° de la Constitución, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución, y cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública. Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario.
- ✓ Este Colegiado reconoce que hoy en día la búsqueda de una mayor eficacia en la administración pública puede determinar que, debido a particulares y específicas necesidades de cada entidad, en términos de costo y tiempo – necesidades que van surgiendo como consecuencia de la modernización del Estado, se opte por mecanismos alternos, pues como ya se ha señalado, lo que finalmente se busca con los procedimientos especiales de adquisición pública es lograr una mayor ventaja para el Estado, optimizando el uso de recursos públicos.
- ✓ Por lo expuesto precedentemente, y asumiendo como perspectiva de análisis el *carácter dinámico* de la Constitución, cuya finalidad es sistematizar e integrar la realidad a la norma constitucional, considera que...la Constitución sí permite mecanismos alternos, siempre y cuando estén previstos por ley, respeten los principios que subyacen en el artículo 76° de la Constitución, y representen la consecución de mayores ventajas para el Estado y la sociedad en general. En ningún caso el mecanismo alternativo y de excepción estará exento de fiscalización previa o posterior, ni tampoco de la determinación de eventuales responsabilidades a que hubiera lugar.

En razón de lo señalado por el supremo interprete de la norma *normarum*, la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante ley) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante Reglamento), consideran

de modo excepcional la exoneración de un proceso de selección para la adquisición de bienes, servicios y obras estatales.

Efectivamente el artículo 20° de la Ley establece que “están exoneradas de los procesos de selección las contrataciones que se realicen: a) Entre Entidades, siempre que en razón de costos de oportunidad resulten más eficientes y técnicamente viables para satisfacer la necesidad y no se contravenga lo señalado en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú; b) Ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o que afecten la defensa y seguridad nacional; c) Ante una situación de desabastecimiento debidamente comprobada que afecte o impida a la Entidad cumplir con sus actividades u operaciones, debiendo determinarse, de ser el caso, las responsabilidades de los funcionarios o servidores cuya conducta hubiera originado la configuración de esta causal; d) Con carácter de secreto, secreto militar o por razones de orden interno, por parte de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los organismos conformantes del Sistema Nacional de Inteligencia, que deban mantenerse en reserva conforme a ley, previa opinión favorable de la Contraloría General de la República. e) Cuando exista proveedor único de bienes o servicios que no admiten sustitutos, o cuando por razones técnicas o relacionadas con la protección de derechos, se haya establecido la exclusividad del proveedor; y, f) Para los servicios personalísimos con la debida sustentación objetiva”.

Por su parte el Artículo 21° de la Ley deja en claro que “las contrataciones derivadas de exoneración de procesos de selección se realizarán de manera directa, previa aprobación mediante Resolución del Titular de la Entidad, Acuerdo del Directorio, del Consejo Regional o del Concejo Municipal, según corresponda, en función a los informes técnico y legal previos que obligatoriamente deberán emitirse. Copia de dichas Resoluciones o Acuerdos y los informes que los sustentan deben remitirse a la Contraloría General de la República y publicarse en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), dentro de los diez (10) días hábiles de su aprobación, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Están exonerados de las publicaciones los casos a que se refiere el inciso d) del artículo 20° comentado anteriormente. Agrega finalmente que, está prohibida la aprobación de exoneraciones en vía de regularización, a excepción de la causal de situación de emergencia.

Si bien es cierto existen varias causales de exoneración de proceso, llama nuestra atención, la causal de “Situación de desabastecimiento”. Sobre el

particular, la Ley, considera desabastecimiento a aquella situación inminente, extraordinaria e imprevisible en la que la ausencia de 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. Dicha situación faculta a la Entidad a la contratación de los bienes, servicios u obras sólo por el tiempo o cantidad, según sea el caso, necesario para resolver la situación y llevar a cabo el proceso de selección que corresponda.

Cabe acotar, que según el artículo 22° de dicho cuerpo normativo, la aprobación de la exoneración en virtud de la causal de situación de desabastecimiento no constituye dispensa, exención o liberación de las responsabilidades de los funcionarios o servidores de la Entidad cuya conducta hubiese originado la presencia o configuración de dicha causal. Constituye agravante de responsabilidad si la situación fue generada por dolo o culpa inexcusable del funcionario o servidor de la Entidad. En estos casos, la autoridad competente para autorizar la exoneración deberá ordenar, en el acto aprobatorio de la misma, el inicio de las acciones que correspondan. Cuando no corresponda realizar un proceso de selección posterior, en los informes técnico y legal previos que sustentan la Resolución o el Acuerdo que autoriza la exoneración, se deberán fundamentar las razones que motivan la contratación definitiva materia de la exoneración. Esta disposición también es de aplicación, de ser el caso, para la situación de emergencia<sup>3</sup>.

Según el Dr. Paco Toledo Gallico, funcionario de la Contraloría General de la República, “las estadísticas conocidas, en el año 2008, tanto en número de operaciones como en monto que involucran éstas, la situación de desabastecimiento inminente es la causal en que inciden con mayor recurrencia las entidades públicas con un importe total aprobado de S/ 454.47 millones de Nuevos Soles, representando el 40% del monto total de exoneraciones aprobadas ascendente a S/ 1,141.17 millones, comportamiento que se repite desde los años 2003 a 2008 con un monto aprobado de S/ 2,877.31 millones. Esta cantidad representa a su vez, el

---

<sup>3</sup> Se entiende como situación de emergencia aquella en la cual la Entidad tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro, o que afecten la defensa y seguridad nacional. En este caso, la Entidad queda exonerada de la tramitación del expediente administrativo y podrá ordenar la ejecución de lo estrictamente necesario para remediar el evento producido y satisfacer la necesidad sobrevenida, sin sujetarse a los requisitos formales de Ley (artículo 23° de la Ley)

56% del monto total aprobado para exoneraciones en dicho periodo (S/. 5125.66 millones de nuevos soles)”<sup>4</sup>

No obstante la literalidad de la norma nos plantearía que esta causal, se podría dar de manera única, nos planteamos ¿sería legal que se produjeran exoneraciones consecutivas en un mismo proceso de contratación estatal de bienes, servicios o ejecución de obras?

## **II. Base Legal:**

1. Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante Ley)
2. Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante el reglamento)

## **III. Análisis:**

Bajo éstos parámetros doctrinarios y jurisprudenciales, se hace evidente que para establecer un orden sistémico normativo desde su construcción hasta su aplicación, es imprescindible la interpretación constitucional de las leyes de aplicación en la administración pública y otras, máxime si desde “en sus orígenes, la mayoría de las normas constitucionales se consideraban de carácter programático, en el sentido que requerían un desarrollo normativo posterior para poder ser aplicadas a casos concretos”<sup>5</sup>.

Sobre el particular, según el artículo 20° de la Ley se considera como una causal de exoneración de proceso de selección “la situación de desabastecimiento debidamente comprobada que afecte o impida a la Entidad cumplir con sus actividades u operaciones, debiendo determinarse, de ser el caso, las responsabilidades de los funcionarios o servidores cuya conducta hubiera originado la configuración de esta causal”.

---

<sup>4</sup> En Revista CONTRATANDO, N° 07 – Lima, Octubre 2009, Pág. 05

<sup>5</sup> **HERNANDO DÍAZ CANDIA:** “*La Doctrina de la Deferencia en el control judicial de la constitucionalidad de las leyes*”, en Tomo I del Congreso Internacional de Derecho Administrativo: Homenaje a Luis Farias Mata/Coordinador Rafael Badell Madrid. Editorial Texto C.A. Universidad Católica Andrés Bello, Primera Edición, Caracas. 2006 Pág.241

Como se puede apreciar, de la norma acotada, pueden distinguirse dos elementos indispensables para que se configure esta causal de exoneración:

- ✓ Situación extraordinaria e imprevisible de ausencia de determinado bien, servicio u obra; y
- ✓ Que dicha ausencia comprometa en forma directa e inminentemente la continuidad de las funciones, servicios, actividades, u operaciones productivas que la Entidad tiene a su cargo.

### **De la situación extraordinaria e imprevisible que determina la ausencia del bien y servicio u obra necesarias:**

Generalmente se concibe que esta situación extraordinaria e imprevisible, escapa tanto al conocimiento previo como la voluntad individual del operador administrativo; por lo que muchas veces, esta situación navega en el limbo del caso fortuito y de la fuerza mayor.

En cuanto a esto ultimo, el Código Civil ha definido al caso fortuito o fuerza mayor como la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso<sup>6</sup>.

Por su parte, Felipe OSTERLING PARODI y Felipe CASTILLO FREYRE han definido al caso fortuito o fuerza mayor como la o las causas independientes a la voluntad del deudor, de naturaleza extraordinaria, imprevisible e irresistible: *“El incumplimiento de la obligación puede tener origen en causas independientes de la voluntad del deudor, extraordinarias, imprevisibles e irresistibles, dando lugar a lo que en el Derecho se llama caso fortuito o fuerza mayor. En otras palabras, el incumplimiento le es impuesto al deudor por un hecho ajeno a él, por lo que ya no es el autor moral de dicha inejecución; se configura de esta forma un supuesto de inimputabilidad, merced a la cual el deudor no será responsable por tal incumplimiento ni por sus consecuencias. Es pues, un motivo más de la ruptura del nexo causal de la responsabilidad (...) El*

---

<sup>6</sup> Código Civil “Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”

*Derecho Positivo no ha otorgado mayor importancia a la distinción teórica entre caso fortuito y fuerza mayor, pudiendo constatarse que tal diferenciación carecería de efectos prácticos; no obstante, la doctrina sí distingue entre el caso fortuito y la fuerza mayor, y estas distinciones influyen – o podrían influir – en su aplicación”<sup>7</sup>*

No obstante lo manifestado, además de tener en cuenta esa ininmutabilidad aludida por los citados autores, hay que tener en cuenta que muchas veces los procesos de selección no cumplen sus objetivos, como es el caso de incumplimiento de obligaciones por parte del contratista seleccionado que da lugar a la resolución del contrato; así dentro de un criterio objetivo, basta la necesidad y el peligro de desabastecimiento (que si genera criterios de imputabilidad de responsabilidades administrativas contra el operador administrativo), para que ello sea causal de exoneración, dentro de los alcances de la ley.

**Del peligro o riesgo en la continuidad de las funciones, servicios, actividades, u operaciones productivas que la Entidad tiene a su cargo, en razón a la ausencia del bien, servicio u obra necesarios:**

Consideramos que si la función, servicio, actividad u operación que afecta al estado de necesidad, compromete la continuidad del ejercicio de competencias de la entidad; tiene la calidad de esencial.

Esta posición ha sido asumida por el OSCE quien mediante Opinión N° 022-2007-GTN del 09.02.2007, ha considerado que “*el segundo elemento (indispensable para la exoneración) apunta a que la referida ausencia de un bien o servicio comprometa en forma directa e inminente la continuidad de los servicios esenciales o de las operaciones productivas que la Entidad tiene a su cargo*” Agrega que “*sobre el particular, debe entenderse por servicios esenciales aquellos que están relacionados con el cumplimiento*

---

<sup>7</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. Tratado de las Obligaciones. Vol. XVI. Caurta Parte. Tomo XI. Biblioteca PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL. Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima. Ver especialmente las páginas 604 a 609. Por su parte, la autora argentina FLAH ha indicado que “Para que este “acontecimiento” sea relevante, deben coincidir simultánea e indefectiblemente dos calidades: la extraordinariedad y la imprevisibilidad; una sola de ellas no es suficiente como antecedente. Extraordinario es todo acontecimiento que supere los cánones de la normalidad, pudiendo ser tanto positivo como negativo. Lo nuclear es atender a que las partes no podrían haberlo imaginado, aun obrando con el debido cuidado. Imprevisible es el acontecimiento que las partes no pudieron representárselo racionalmente dentro de la habitual y prudente manera de obrar en casos similares...” FLAH, Lily R. Teoría de la Imprevisión. Segunda edición actualizada. Ediciones de Palma: Buenos Aires. 2002: página 38.

*de los fines, actividades y funciones institucionales, así como a las diversas funciones que por leyes expresas han sido atribuidas a diversas Entidades Públicas, deviniendo en esenciales. En cambio, son operaciones productivas a cargo de la Entidad las que están dirigidas a proveer bienes y/o servicios como forma de cumplir con la finalidad para la que fue creada, y que generalmente se da en el caso de las empresas públicas cuyo objeto social o giro principal es realizar determinadas operaciones productivas”.*

Así, a nuestro entender, la consideración de un servicio como esencial exige que la entidad asegure de manera celera la prestación de aquellos trabajos que sean necesarios para materializar la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, bajo este contexto el criterio asumido por el OSCE nos parece acertado, máxime si nuestro Tribunal Constitucional mediante sentencia de fecha 16.05.2005 obrante en el Expediente de Pleno Jurisdiccional N° 00053-2004-PI/TC, ha establecido el alcance conceptual de los servicios esenciales, en el siguiente detalle:

- ✓ Los servicios esenciales...que atienden simultáneamente al interés particular y general,...de ninguna manera pueden eludir su obligatoria prestación, ahí donde resulta más evidente la necesidad de recibir, que la capacidad de dar.
- ✓ Al tratarse de servicios esenciales, estamos frente a servicios indispensables y su utilización demuestra más la necesidad de goce que su capacidad de consumo.
- ✓ La esencialidad del servicio...hace que su exigencia trascienda al beneficio directo y/o concretizado (individualización). Efectivamente, en los servicios esenciales al confluir tanto la utilidad singular como la colectiva, no siempre podrá apelarse a un beneficio directo, sino más bien a uno indirecto cuando prioritariamente sea la comunidad la beneficiaria directa

A esta noción, es propicio considerar que de acuerdo al Expediente N° 005-2003-AI/TC el supremo interprete de la constitución ha señalado que” la normatividad sistémica del orden jurídico descansa en los siguientes principios: la coherencia normativa y el principio de jerarquía de las normas. Considerando que por la coherencia normativa, dicha noción implica la existencia de la unidad sistémica del orden jurídico, lo que, por ende, presume una relación armónica entre las normas que lo conforman; mientras que por el principio de jerarquía de normas, esta jerarquía se

fundamenta en el principio de *subordinación escalonada*. Así, la norma inferior encuentra en la superior la razón de su validez: y, además, obtiene ese rasgo siempre que hubiese sido creada por el órgano competente y mediante el procedimiento previamente establecido en la norma superior”

Bajo los criterios expuestos, el criterio de esencialidad del servicio asumido por el OSCE, encaja o es concordante con el asumido por el Tribunal constitucional.

Asimismo, mediante la Opinión N° 022-2007-GTN del 09.02.2007, aludida, adicionalmente el OSCE; ha manifestado por un lado que “solo basta la presencia de una necesidad que no podrá ser atendida si se espera los resultados del proceso de selección correspondiente, para que se justifique o resulte procedente una contratación o adquisición por exoneración”<sup>8</sup>, agregando adicionalmente que “debe entenderse por servicios esenciales aquellos que están relacionados con el cumplimiento de los fines, actividades y funciones institucionales, así como a las diversas funciones que por leyes expresas han sido atribuidas a diversas Entidades Públicas, deviniendo en esenciales. En cambio, son operaciones productivas a cargo de la Entidad las que están dirigidas a proveer bienes y/o servicios como forma de cumplir con la finalidad para la que fue creada, y que generalmente se da en el caso de las empresas públicas cuyo objeto social o giro principal es realizar determinadas operaciones productivas”.

Por otro lado el artículo 129° del Reglamento señala claramente que “la necesidad de los bienes, servicios u obras debe ser actual e imprescindible para atender los requerimientos inmediatos, no pudiéndose invocar la existencia de una situación de desabastecimiento inminente en las siguientes contrataciones:

a) En vía de regularización.

---

<sup>8</sup> Consideramos que la objetividad aludida en dicho pronunciamiento no solo comprende la existencia de la necesidad, toda vez que debe meritarse la naturaleza del bien, servicio u obra; así por ejemplo una cosa es que exista la necesidad de remplazar mobiliario institucional por cuestiones de depreciación legal y otra la necesidad de adquirir material mobiliario por la creación de una nueva unidad orgánica dentro de la institución; en el primer supuesto si bien existe la necesidad de adquirir, no se compromete totalmente las funciones operativas de la entidad, en cambio en el segundo supuesto si; en tal motivo los criterios de imprevisibilidad son determinantes en la medida de la naturaleza esencial del bien, servicios u obras a adquirir.

- b) Por períodos consecutivos que excedan el lapso del tiempo requerido para paliar la situación.
- c) Para satisfacer necesidades anteriores a la fecha de aprobación de la exoneración al proceso de selección, y
- d) Por cantidades que excedan lo necesario para atender el desabastecimiento.

Del mismo modo, con relación a la prohibición de contratar en vías de exoneración por periodos consecutivos, mediante la Opinión N° 022-2007-GTN en comentario, el OSCE ha señalado que *“este supuesto se presenta cuando la Entidad pretende exonerarse nuevamente del proceso de selección por la misma situación objetiva que dio motivo a la primera exoneración. Es decir, la prohibición se fundamenta en que se pretenda justificar la situación excepcional de no realizar el proceso de selección, por la misma situación de hecho que justificó la exoneración inicial del proceso. En tal sentido, no se configurará la prohibición establecida..., si concurren situaciones diferentes, ajenas a la Entidad, que provocan un desabastecimiento inminente, siendo aquélla la responsable de su verificación y sustentación. En esa medida, procedería aprobar una segunda exoneración por desabastecimiento inminente si, debido a un hecho distinto al que originó la primera exoneración, dicha situación se configura nuevamente. A tal efecto, deberá atenderse a los requisitos y formalidades establecidos...la Ley y en el... Reglamento”*.

No obstante la postura legal que asumimos, es menester considerar que el criterio abordado por el OSCE constituye una “opinión” que no tiene la calidad de precedente administrativo, calidad que ostentan sus resoluciones y pronunciamientos que son de cumplimiento obligatorio, para el caso específico que las origina, tal como lo establece la Tercera Disposición complementaria final del Reglamento. Así, resultaría imperioso, por cuestiones de seguridad jurídica, que el OSCE establezca las directivas correspondientes.

#### **IV. Conclusiones:**

1. A nuestro entender, en base a la Opinión N° 022-2007-GTN del 09.02.2007 del OSCE, cabe la posibilidad de darse exoneraciones consecutivas por causal de desabastecimiento inminente, siempre y cuando concurren situaciones distintas a las que produjeron el

desabastecimiento original, como la establecida en el supuesto fáctico materia de consulta.

2. El criterio abordado por el OSCE para este asunto constituye una “opinión” que no tiene la calidad de precedente administrativo, subsecuentemente no es de cumplimiento obligatorio, sin embargo constituye una guía para el operador administrativo, aspecto que podría definirse a través de una Directiva sobre el rubro.